

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 421

(ano VII)

(18/08/2015)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2015

Conselho Editorial

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

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

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

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

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

País: *Brasil*. Cidade: *Brasília – DF*.
Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLONISTA DO DIA



18/08/2015 Afonso Soares de Oliveira Sobrinho
» [Impeachment ou princípio democrático?](#)

ARTIGOS

- 18/08/2015 Jaques Bushatsky
» [Os Shopping Centers na Lei nº. 8245/91](#)
- 18/08/2015 Francisco Renato Silva Collyer
» [Liberdade em Rousseau: Nascemos livres, mas vivemos presos na sociedade?](#)
- 18/08/2015 Vanessa de Castro Rosa
» [A base de cálculo da pensão alimentícia segundo a jurisprudência brasileira](#)
- 18/08/2015 Tauã Lima Verdán Rangel
» [Ponderações à Política Nacional de Cultura Viva: Breves Comentários à Lei nº 13.018/2014](#)
- 18/08/2015 Ana Maria Felix dos Santos
» [Apelação com crime de embriaguez ao volante](#)
- 18/08/2015 Lorena Carneiro Vaz de Carvalho Albuquerque
» [A antecipação de tutela e a inversão do ônus da prova nos contratos bancários](#)

MONOGRAFIA

- 18/08/2015 Elinoyara Penha de Araújo
» [Análise da imputabilidade do psicopata sob o prisma da legislação penal brasileira e possíveis medidas alternativas impostas](#)

IMPEACHMENT OU PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO?

AFONSO SOARES DE OLIVEIRA SOBRINHO:
Advogado, Membro da ABRAFI, membro do IBDH.
Doutor em Direito - FADISP.

RESUMO: O impeachment [1] é processo político-jurídico. É político quando representa os anseios da população como um todo, o sentimento nacional do povo. Não apenas de setores descontentes com as eleições e a gestão. A legitimidade do processo, portanto, reside no desejo do povo, na soberania popular. É jurídico por se tratar de interpretação sistemática calcada em valores [2] e princípios [3]. Nesse diapasão, entendemos não haver elementos político-jurídicos, à luz da norma jurídica e da soberania do povo, que justifiquem o impedimento no presente. Do ponto de vista valorativo normativo, há que se atentar para o princípio democrático em consonância com a regra da proporcionalidade e razoabilidade como critério hermenêutico que afasta o impedimento como corolário do Estado Democrático. Do contrário, cairíamos em um erro, uma armadilha, que serviria de base para o aumento da instabilidade do País. A incredibilidade institucional se agravaria, ao ponto do caos social e negação da própria democracia.

Palavras-chave: Impeachment; Soberania Popular; Legitimidade; Crime de Responsabilidade.

ABSTRACT: The impeachment is a political and legal process. It is political when it represents the wishes of the population as a whole, national feelings of the people. Not only sectors unhappy with the election and management. The legitimacy of the process, therefore, lies in the will of the people, popular sovereignty. It is legal for it is systematic interpretation

grounded in values [2] and principles [3]. In this vein, we understand that there is no political and legal elements in the light of the rule of law and the sovereignty of the people to justify the impediment in the present. The normative evaluative point of view it is necessary to pay attention to the democratic principle in line with the rule of proportionality and reasonableness as a hermeneutical criterion that separates the impediment as a corollary of a democratic state. Otherwise we would fall in an error trap that would serve as a basis for increasing instability of the country. The institutional incredibility to worsen, to the point of social chaos and the denial of democracy itself.

Keywords: Impeachment; Popular sovereignty; Legitimacy; Crime Responsibility.

1. INTRODUÇÃO

Os “panelaços” se tornaram rotina nos pronunciamentos presidenciais e a crise ganha contornos dramáticos. Há uma articulação patrocinada - de um lado, por adeptos da Presidenta que depositaram nela seu voto de confiança para mais um mandato, que se iniciou há cerca de sete meses; e, de outra parte, por descontentes com o processo eleitoral e seus desdobramentos, apostando no impeachment ou renúncia como saída rápida para a crise política instalada com contornos econômicos para o País e para o povo. Há algo comovente em todo esse processo: a participação popular como exercício da democracia. O cidadão se manifesta contra os altos impostos e o mau uso do dinheiro público diante de tantos escândalos de corrupção nos noticiários. Mas quais são as causas da crise institucional? Nesse sentido, observamos algo mais complexo que o simples governo

atual: por exemplo, a necessidade de conciliação entre legalidade e igualdade de todos perante a lei, para que alguns não sejam mais iguais que outros, no sentido de obter vantagens decorrentes da representação política, enquanto a maioria luta pela efetivação dos direitos básicos.

É relevante a liberdade de manifestação na luta por justiça para todos com respeito ao princípio da legalidade [4] que se concilie com a igualdade de oportunidades.

A crise, embora veiculada pela grande mídia insistentemente como sendo da Presidenta, vai além e diz respeito às próprias instituições nas três esferas de poderes. Objetiva-se direcioná-la a um governo e partido, quando a prática patrimonialista está enraizada no próprio modelo de representação. E, enquanto se direciona a crise, o país afunda em desmandos por amplos poderes da República.

Já em junho de 2013, quando das manifestações pelos direitos sociais - por mobilidade urbana, saúde e educação de qualidade, e pelo passe livre - se anunciava que o povo estava descontente com os rumos da política representativa. Nesse sentido, aqui se observa que a crise de legitimidade das instituições está além de governos de direita, centro ou esquerda.

O que ocorreu foi um fenômeno midiático de capitanear toda essa crise para um partido e o governo federal, como na atualidade. Assim, encobre-se a causa das mazelas em amplos setores que estão em todos os poderes e que se espalham por estados e municípios. Essa desmistificação é primordial, pois nosso objetivo aqui não é alimentar o ódio e o preconceito contra partidos, mas observar que pela lógica de trocar “seis por meia-dúzia” não se muda os rumos da crise das instituições, especialmente calcada numa cultura patrimonialista e de cordialidade que vem desde a

República Velha (com o coronelismo e o voto de cabresto que perpetuaram as desigualdades sociais que temos hoje de norte a sul). Ao mesmo tempo a Nova República, após o período ditatorial vive uma democracia, mas não foi capaz de romper com a velha política do toma lá da cá nem com os conchavos que resultam em eleições bilionárias financiadas por empresas amplamente beneficiadas nos escândalos de corrupção pelo país. O “mensalão” e agora o “petrolão” revelam essa realidade. Em poucas palavras, os representantes institucionais não representam o povo, mas seus interesses, a priori.

As manifestações de junho de 2013, em grande medida, não foram atendidas e o processo de manifestações atual perdeu o foco por apostar na crise de um partido. A partir de então, não se priorizou uma mudança por um novo pacto político para o País. E aqui não se tira o mérito daqueles que lutam e se manifestam nas ruas por mudanças na política. Mas, é preciso pensar a política como espaço de diálogo e inclusão com vistas à emancipação humana. Não apenas falar em nome do povo, mas respeitar as suas decisões como sinal de amadurecimento democrático.

2. A NECESSIDADE DO RESPEITO À SOBERANIA POPULAR

Como acentua Comparato (1997), o conceito de povo como ente titular da soberania política aparece a partir do século XVIII. E, desde o advento da Declaração da Virgínia redigida por Thomas Jefferson, foi atribuído ao povo o papel preeminente na constitucionalização do país, atribuindo-lhe o desejo de romper com os laços políticos ingleses, ocasião em que é proposta a promulgação da Carta Constitucional pela autoridade do povo (COMPARATO, 1997).

Retomando as ideias acerca do discurso liberal do povo, ainda de acordo com o pensamento de Comparato (1997), é possível perceber a manipulação do conceito de povo a partir da dominação de classe e etnia, quando da deliberação acerca da legislatura da Câmara dos Representantes, ainda em 12 de junho de 1787. É interessante notar o argumento utilizado no discurso do representante da Carolina do Sul, o Sr. Charles Pinckney, para quem o povo norte-americano poderia ser classificado em três classes, e assim afirmou:

‘Estas três classes’, concluiu, ‘embora distintas quanto às suas atividades, são individualmente iguais na escala política, podendo ser facilmente provado que elas têm um só interesse’. Sintomaticamente, nenhuma referência foi feita, nessa ocasião, à numerosa escravaria que povoava os Estados do sul. O assunto só veio à baila em 11 de julho, quando se cuidou de fixar o número de representantes de cada Estado na Câmara Federal. Como o critério adotado foi o da população de cada Estado, os sulistas, bem entendido, quiseram que os escravos contassem como membros do “povo” representado. Ou seja, que eles servissem como massa de manobra política, além de instrumentos materiais de produção [...]. (COMPARATO, 1997, p. 215).

Identificamos também na Declaração francesa o reconhecimento do povo na constituição do Estado. Há, no entanto, que se reconhecer uma apropriação do discurso pela burguesia com o intuito de estabelecer a

vontade da maioria (conceito rousseauiano), mas na prática a sua vontade, e não a do povo efetivamente. Conforme assegurado na Constituição da Nação em seu art. 3º, “O princípio de toda soberania reside essencialmente na nação. Nenhum corpo, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que dela não emane expressamente” (COMPARATO, 1997, p. 216).

No caso brasileiro, esse conceito atravessa gerações e constituições como cultura deformada de dominação. O povo só é bom para a classe dominante quando escolhe alguém que não o represente. E só serve para o voto quando vota bem aos interesses dos endinheirados. Portanto, tem sido negado o direito à cidadania ao povo, embora o seu poder deliberativo tenha um valor imensurável como cultura popular, expresso nas urnas e nas mais diferentes formas de manifestação.

Müller (2013), em sua obra *Quem é povo*, nos ensina quatro modos de utilização do conceito de povo e sua relação com o cerne da democracia - a legitimidade: *povo icônico* que significa manipulação; *povo como práxis* que se relaciona com a instância deliberativa formada no poder constituinte originário; *povo ativo* e *povo-destinatário* (prestação de direitos fundamentais pelo Estado, equidade por parte do Estado). Assim, povo ativo, povo como instância legitimante e povo-destinatário seriam a forma de favorecer a democracia institucional e social. Para o autor, na exclusão do povo ativo, o povo como instância de atribuição e o povo-destinatário degeneram em povo-ícone. Nesse sentido, a exclusão significa deslegitimação. Assim, identificamos a interpretação da norma jurídica constitucional como fomentadora da garantia dos direitos fundamentais quando reconhece o povo como titular de soberania, diversamente de

quando se abandona o povo a si mesmo, não legitima sua vontade e se aproxima de povo como ícone.

Entendemos que o critério de aferição do poder do povo reside na legitimidade dos poderes e na legitimação para participar das deliberações na democracia. Identifica-se em todo esse processo de entendimento de povo que, para além da dogmática da nação, aplica-se a cidadania material. Assim, as Constituições, no sentido material, visam a atender aos direitos fundamentais do cidadão tendo como mote da universalidade a dignidade da pessoa humana.

Muller nos ensina sobre o mito do povo apropriado ao longo das Constituições do Ocidente:

Por que as constituições falam do povo? O termo ‘democracia’ não deriva apenas etimologicamente de ‘povo’. Estados democráticos chamam-se governos ‘do povo’ [*Voks’ herrschaften*]; eles se justificam afirmando que em última instância o povo estaria ‘governando’ [*herrscht*]. Todas as razões do exercício democrático do poder e da violência, todas as razões da crítica da democracia dependem desse ponto de partida. (MÜLLER, 2013, p. 45).

A ideia central colocada por Müller para o entendimento de povo, tem como referencial a titularidade da representação a partir de ideia de legitimidade das instituições e de representantes que, pelo discurso falam em nome da vontade do povo, e que, na prática, nem sempre agiriam em seu benefício.

[...] *O povo participante*

Se o povo – comunidade determinada – atribui-se o supremo poder na democracia, nem todo o povo participa do exercício do poder. O povo governante é o que tem a prerrogativa do exercício do poder. O povo governante é o que tem a prerrogativa da participação política, na linguagem técnica, goza de cidadania. (FERREIRA FILHO, 2015, p. 63, grifo do autor).

No entanto, na prática, os representantes eleitos pelo povo, nem sempre agiriam em seu benefício. Embora se reconheça juridicamente a representação política como um dos princípios sobre o qual se sustenta a democracia. Manoel Gonçalves Ferreira Filho em suas considerações acerca da conformação da democracia aponta os seguintes princípios jurídicos:

A democracia contemporânea, do ângulo jurídico, pode ser resumida nalguns princípios. Ou seja: 1) ela tem o povo como fonte de todo o poder – **princípio da soberania popular**; 2) todavia, o povo não exerce o poder, mas o faz por meio de representantes – **princípio representativo** – embora, excepcionalmente o exerça; 3) tal poder é, ademais, limitado por freios e contrapesos e, sobretudo, pelo reconhecimento de direitos fundamentais em favor dos seres humanos – **princípio da limitação do poder**. (FERREIRA FILHO, 2015, p. 63, grifo do autor).

Quando falamos em legitimação, estamos tratando de questões constitucionais que têm eficácia sobre todo o ordenamento jurídico, ou seja, todas as instâncias e atores sociais: os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário em suas decisões todos os dias, e a distância da realidade social. Nesse sentido não podemos ignorar a força do povo por meio do princípio da democracia que se expressa na soberania popular e na cidadania.

[...] *A soberania popular*

Este princípio põe, como instância superior no Estado, o povo. Disto, há uma decorrência negativa- a evidente rejeição de qualquer outra titularidade; e uma, positiva: o povo como fonte de todo o poder, senão como exercente do poder. (FERREIRA FILHO, 2015, p. 63)

A cidadania possui duas dimensões básicas distintas: uma, a cidadania ‘ativa’, que compreende o direito de votar e de atuar na vida política (daí o qualitativo); outra, a cidadania ‘passiva’, a elegibilidade (o direito de receber votos, daí o adjetivo). (FERREIRA FILHO, 2015, p. 63, grifo do autor).

Reconhece-se a necessidade da cidadania como práxis mediante luta e materialização de direitos, inclusive pela participação democrática do povo e que apresenta três condições à defesa da democracia:

[...] direitos humanos eficazes; uma política social empenhada na compensação de desigualdades
[...] forma estatal de inclusão possa assentar em uma

sociedade inclusiva; e formas de Estado de Direito em que a resistência e a atividade se expresse legalmente (MÜLLER, 2013, p. 120-121).

O risco do povo como ícone permite o abandono do povo a si mesmo, o que possibilita a prática de atos extremados que saem da legitimidade da violência estatal para as práticas de violência ilegítimas mediante aniquilamento, extinção, expulsão, e mesmo limpeza étnica mediante a manipulação brutal da população (MÜLLER, 2013).

No caso brasileiro, entendemos que há um déficit democrático expresso na atualidade numa crise das instituições e em formas sociais de discurso segregador, como em São Paulo nas manifestações em junho de 2013. Nesse sentido, quando o povo tenta expressar sua indignação a grande mídia passa a fomentar na opinião pública práticas de violência por grupos isolados, com vistas à desqualificação dos movimentos sociais. Assim, pelo discurso, ao invés de fomentar a igualdade, levam ao inverso: o ódio, o medo. Seria como o exercício democrático visando a expressar o individualismo em vez do bem público. Criam-se assim estereótipos que alimentam divisões e o esvaziamento do papel mobilizador das massas. E o poder público muitas vezes reflete a violência policial ao invés de dar proteção à sociedade.

Quando os valores que permeiam os direitos humanos fundamentais passam pela dignidade da pessoa humana, não se mensuram pessoas por um preço. Como se vê na concepção kantiana, o homem é um fim em si mesmo e cabe ao Estado assegurar a dignidade a todos, indistintamente. Nesse sentido é preciso resgatar a força democrática-participativo expressa

no povo não apenas como governante, mas no povo como cidadão pela horizontalização político-jurídica do Estado.

[...] *o povo governante*

Ainda hoje, apesar da difusão do modelo ‘participativo’, o povo exerce a soberania escolhendo os governantes. Estes é que exercitam concretamente o poder, tomando as decisões obrigatórias para todos em nome do povo soberano. [...]

A democracia contemporânea, portanto, embora admitindo a participação direta do povo na tomada de determinadas decisões, continua a ser, substancialmente, uma democracia indireta, de índole participativa. Realmente, a participação direta é eventual e esporádica, por consequência excepcional. (FERREIRA FILHO, 2015, p. 64, grifo do autor)

A cidadania ativa precisa ser exercida abrindo-se o Estado ao diálogo com a sociedade e ampliando-se os instrumentos de democracia participativa. Já não basta mais o exercício do voto, e de ser votado como práticas cidadãos no século XXI é preciso que se ampliem as possibilidades do cidadão como consciência coletiva.

A doutrina democrática entende que todo ‘nacional’ tem o direito à cidadania sem distinção de raça, sexo, cor, ideologia etc. Aceita, todavia, sem hesitação ser a participação política suscetível de graduação em razão da idade (presunção de

experiência e prudência), afora a condição elementar de sanidade mental, tanto quanto o direito de votar como quanto a elegibilidade. Isto faz com que, sempre, o povo governante seja menos numeroso que o povo, comunidade específica de determinado Estado. A exigência de qualificação especial, como não ser analfabeto, tende a ser eliminada, em nome da universalização da participação [...] (FERREIRA FILHO, 2015, p. 63-4)

Vale ressaltar que do ponto de vista jurídico é preciso o aperfeiçoamento institucional a partir das diretrizes expressas nos princípios constitucionais, e pelo exercício político-jurídico tornar palpáveis os instrumentos de cidadania ao povo; bem como sua ampliação mediante o referendo, plebiscito, projeto de lei de iniciativa popular, ação popular, *recall*, audiências públicas, orçamento participativo, com vistas ao acesso à Justiça. Inclusive pelas manifestações pacíficas como prática cotidiana da população exigindo uma reforma ampla do Estado quanto ao protagonismo da população na gestão pública.

3. A CRISE DE LEGITIMIDADE DOS PODERES E O IMPEDIMENTO À LUZ DOS PRINCÍPIOS E LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA

A crise ronda os poderes pelo País adentro, desde a famigerada lista de políticos investigados por supostos atos de corrupção, até os empresários ligados às empreiteiras. Ao mesmo tempo, se apontam culpados e se discute a extensão da responsabilidade por atos de improbidade administrativa ao longo de décadas de governos de direita, centro e esquerda. Indaga-se até

onde se vai a culpa daqueles que prometem “maravilhas” em períodos eleitorais e, acabada a eleição, demagogicamente buscam culpar até mesmo os santos pela crise. Não reconhecem a mentira política como um mal que aflige nossa democracia. Ao mesmo tempo, descontentes ávidos por mudança para manter seu poder econômico querem trocar “seis por meia-dúzia” num fulminante impeachment e, como se fosse possível, passando pela soberania popular num passe de mágica, se colocaria no trono o seu candidato preferido, mas nem sempre próximo do desejo da maioria. Ou seja, primeiro se retira quem não se deseja, depois se volta ao velho “Pão e Circo” dos domingos e do futebol.

Diga-se que o impedimento precisa se revelar como um sentimento nacional, expresso no desejo do povo em seu conjunto, não apenas por setores sociais descontentes com as eleições de 2014. Nesse sentido, destaca-se a grande mídia que em nome do pragmatismo apoiou um golpe em 1964, a mesma que em junho de 2013, quando o povo saiu às ruas, apoiou a repressão na Cidade de São Paulo contra manifestantes (ainda que à custa da violência contra jornalistas que trabalhando em nome da liberdade foram vítimas de balas de borracha da polícia paulistana). Essa mesma grande mídia e setores conservadores hoje falam no protagonismo das manifestações de outrora quando saem na defesa do impedimento pela manipulação da “expressão da vontade popular”.

No entanto, vivemos numa democracia e isso implica valores, princípios, regras. Democracia é o governo do povo, pelo povo e para o povo. Na democracia, convivemos com as maiorias e o respeito às minorias.

Faz-se relevante, inicialmente, o entendimento da democracia. Nesse diapasão, José Afonso da Silva esclarece que “[...] *a democracia é o regime de garantia geral para a realização dos direitos fundamentais do homem*”. (SILVA, 2001, p. 136, grifo do autor).

A expressão da democracia é a soberania popular, expressa direta ou indiretamente pelo povo.

A democracia, na verdade, repousa sobre *dois princípios fundamentais ou primários*, que lhe dão a essência conceitual: (a) *o da soberania popular*, segundo a qual *o povo é a única fonte do poder*, que se exprime pela regra de que *todo o poder emana do povo*; (b) *a participação, direta ou indireta, do povo no poder*, para que este seja efetiva expressão da *vontade popular*, nos casos em que a participação é indireta, surge um princípio derivado ou secundário: *o da representação*. [...]. A igualdade é o valor fundamental da democracia, não a igualdade formal, mas a substancial. (SILVA, 2001, p. 135-136, grifo do autor).

É no pós-Segunda Guerra Mundial que se vislumbra a legitimidade do Direito e sua efetividade expressa pela democracia deliberativa como desdobramento da soberania popular. Portanto, pautado na submissão do Estado à Constituição e sua força normativa. Nesse sentido, destaca-se

[...] a concepção axiológica dos direitos fundamentais, além de prover o influxo de novas tendências no tocante à interpretação desses direitos,

providencia para que antigos conceitos, a exemplo de direito fundamental, hermenêutica, liberdade, proporcionalidade, soberania, e outros tantos, beneficiem-se de novas ponderações. (JACINTHO, 2006, p. 241).

Em última análise, identificamos na concepção neoconstitucionalista a cultura associada à democracia deliberativa e sua legitimidade, que resulta na norma com força efetiva. É relevante atentar no critério interpretativo da norma jurídica para a nova hermenêutica.

Chama-se “Nova Hermenêutica da Constituição” a teoria que rompe com a concepção legalista e passa a ideia de concretude normativa (método voltado ao problema no caso concreto):

A nova hermenêutica que é a própria teoria material da Constituição, absorvendo os seus conteúdos axiológicos, funda uma nova técnica de interpretar, em tudo antagônica ao formalismo dedutivista reinante até então. [...] o jurista alemão Theodor Viehweg, que bebendo na fonte da antiga retórica, construiu um método de resolução do problema, a partir de um amplo processo de argumentação, ente vários intérpretes constitucionais denominado de método tópico-problemático. Esse processo de argumentação se utiliza da topoi. [...] No campo do Direito Constitucional, usa como ponto de partida:

Caráter prático da interpretação constitucional, dado que, como toda a interpretação procura resolver os problemas concretos;

Caráter aberto, fragmentário ou indeterminado da lei constitucional;

Preferência pela discussão do problema, em face de sua gramática de semântica aberta. (JACINTHO, 2006, p. 225-228).

Retoma-se a ideia do Estado Democrático de Direito voltado sempre para a legitimação do poder político fundado na soberania popular e no seu exercício. O povo como titular do poder, expresso na supremacia da constituição aberta, plural.

O princípio democrático (re) descoberto no seio do Estado de Direito Social, serviu então para indicar que o perfil do Estado era um que buscava na participação popular na formulação da vontade política estatal, a sua fonte legitimadora, especialmente na geração de instâncias garantidoras dos direitos fundamentais ao tempo em que limitava o poder estatal. (JACINTHO, 2006, p. 190-191).

A ideia de democracia deliberativa em uma concepção ética dialógica precisa ir além da cidadania restrita ao voto e à eleição. À medida que haja transparência nas contas públicas, poderemos ter poderes mais sólidos e eficientes. Portanto, toda manifestação é válida, e deve ser respeitada com vistas às mudanças nos rumos do País.

Identifica-se a democracia deliberativa (expressa pela soberania popular) a partir da Constituição Federal de 1988, no art. 1º, entre os princípios fundamentais da República (constituída em Estado Democrático de Direito) como princípio integrador da cidadania, da dignidade da pessoa humana e do pluralismo político. Essa integração é confirmada no parágrafo único segundo o qual “todo poder emana do povo que o exerce diretamente e por meio de seus representantes” (SILVA, 2001; BRASIL, 1988).

O art. 14, nos incisos I, II e III, apresenta o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular como princípios participativos do cidadão, o que chama de democracia participativa.

A democracia pluralista, enquanto conjunto de instâncias e instituições, apresenta-se nos princípios do art. 1º, caput e incisos II, III e V (princípio democrático, cidadania, dignidade da pessoa humana, pluralismo político) e do art. 1º, parágrafo único (democracia direta e representativa), bem como é consagrada no art. 3º, I (mediante uma sociedade constituída de forma livre, justa, fraterna e solidária) (SILVA, 2001).

José Afonso da Silva (2001, p. 147) destaca o princípio pluralista como princípio fundamental na constituição de 1988 e na democracia pluralista:

[...] pluralismo social, político (art. 1º); pluralismo partidário (art. 17), pluralismo econômico [...] (art. 170), pluralismo de ideias e de instituições de ensino (art. 206, III), pluralismo cultural [...] (arts. 215

e 216) e pluralismo de meios de informação (art. 220, caput, e §5º).

A cultura democrática participativa se traduz numa realidade como força expressa na própria Constituição por meio dos princípios constitucionais. E, pela ética dialógica do Direito, em seu pluralismo direciona os princípios do plano abstrato para o plano concreto e, portanto, prático-jurídico, efetivando-a. Enquanto realidade concreta traduzida na própria democracia deliberativo-participativa (seja pelas instituições, pelos institutos ou pelo cidadão), assume o Direito a partir de bens culturais estruturados na dialética social. E, assim, atinge-se o ápice da democracia deliberativa, a política na *pólis*, como instrumento emancipador (da vida boa) mediante o exercício pelo próprio cidadão como parte do poder soberano do Estado.

Assim, a interpretação principiológica deve levar em conta a democracia deliberativa, participativa e pluralista supracitada, em consonância com a regra da proporcionalidade [5] e da razoabilidade [6] com vistas à harmonização do sistema. Como os princípios expressos no art. 37, caput da Constituição Federal - moralidade administrativa, legalidade, impessoalidade, eficiência - e os demais da legislação infraconstitucional que, a nosso entender, não ensejam o impedimento por não haver qualquer ação ou omissão na gestão pública que chegue ao ponto da quebra de confiança e da transparência pública, nem mesmo da ilicitude na conduta da Presidenta. Há, na verdade, uma prática de atos por gestões, ao longo do tempo, que acabam por reiterar práticas de governabilidade calcada na velha política de ajustes fiscais, e o que vale para um governo

acaba se perpetuando no tempo para todos. Portanto, a raiz da crise diz respeito ao modelo representativo calcado no presidencialismo de coalizão.

Observado o critério da proporcionalidade, a responsabilidade pelas “pedaladas fiscais” dentro de um governo e mandato específico - à luz da regra da proporcionalidade com suas máximas de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito - permite uma harmonia principiológica. É desta harmonia que decorre não ser razoável um governo legitimamente eleito responder por atos pretéritos no tempo e espaço determinados, qual seja o mandato anterior que se findou em 2014, ainda que haja reeleição, como bem expresso no art. 86, §4º da Magna Carta de 1988: “O Presidente da República na vigência de seu mandato, não pode responder por atos estranhos ao exercício de suas funções”. O que se verifica no caso em tela é uma presunção de legitimidade dos atos administrativos discricionários confirmados pela própria expressão da soberania popular nas urnas.

Observa-se pelo critério da proporcionalidade uma interpretação de legitimidade quanto aos efeitos de atos anteriores que se tiveram sua finalidade exaurida ao final do mandato. E que um novo mandato conferido pelas urnas (soberania popular) necessita ser revestido da segurança jurídica necessária ao seu bom desempenho e não ao agravamento da instabilidade institucional. Há que se ater, além da adequação entre o meio e o fim da norma, à necessidade e exigibilidade. Assim, a um governo reeleito legitimamente há que se conferir a segurança jurídica necessária ao efetivo exercício. Afasta-se assim o critério de crime de responsabilidade por ato praticado em mandato anterior quanto aos atos político-administrativos. Haja vista a colisão de princípios, a prevalência da

soberania popular das urnas confere ao mandatário a confiança na gestão. Pois, sob o ponto de vista de sopesamento, o princípio democrático sobressai amplamente como fundamento do próprio Estado Democrático.

Também assim é razoável a partir do fim legítimo da democracia, que é o respeito à soberania popular, que se supere o debate em torno de se a reeleição ensejaria responsabilidade por mandato anterior. Ora, se a mandatária foi reconduzida ao posto por eleição majoritária, é razoável que sua legitimidade quanto ao exercício do mandato novo não enseje responsabilidade do mandato passado, pois este se findou. E que, assim como foi reeleita, o eleitorado poderia ter optado por outro candidato, mas não o fez por opção e foi assim respeitada a regra democrática da alternância no poder.

O gestor revestido de mandato eletivo tem presunção *juris tantum* quanto aos seus atos discricionário. É razoável assim sua harmonização com a melhor interpretação do princípio democrático. Tanto que a atual Presidenta foi reconduzida legitimamente nas urnas para um novo mandato, do inverso as urnas revelariam o descontentamento com sua gestão. Harmoniza-se, portanto com o princípio democrático deliberativo, participativo e pluralista com a regra da proporcionalidade e da razoabilidade. Vale destacar como critério interpretativo valorativo principiológico a máxima de que o povo tem o governo que assim deseja. Devendo ser a vontade soberana respeitada. Haja vista pelo critério da razoabilidade não há um ambiente político enquanto sentimento nacional que colocasse em dúvida não a governabilidade, mas o desejo de impedimento presidencial. O que não é a hipóteses de processo político deliberativo participativo do povo nas ruas que ensejasse o impedimento,

nem dos seus representantes eleitos no Congresso. O que há é um movimento oposicionista que insiste nesta tese e setores que se manifestam descontentes desde o resultado da eleição de 2014 por não ter seu candidato vitorioso, potencializadas em manifestações contra o partido situacionista.

Do ponto de vista infraconstitucional a lei 1079/50 dispõe sobre as hipóteses de crime de responsabilidade:

Art. 4º São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentarem contra a Constituição Federal, e, especialmente, contra:

[...] V - A probidade na administração;

Art. 9º São crimes de responsabilidade contra a probidade na administração:

[...] não tornar efetiva a responsabilidade dos seus subordinados, quando manifesta em delitos funcionais ou na prática de atos contrários à Constituição;

[...] proceder de modo incompatível com a dignidade, a honra e o decôro do cargo. (BRASIL, Lei 1.079, 1950).

A administração pública é regida pelos princípios do art. 37, caput da Magna Carta, entre os quais a impessoalidade, a publicidade, legalidade, moralidade e eficiência:

§4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas

em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. (BRASIL, Constituição Federal, 1988).

Mas vejamos mais a fundo o instituto do impeachment e seus desdobramentos a partir dos artigos: 51, inciso I; 85, I a VII e parágrafo único; 86, § 4º e 102, I, b, todos da Constituição Federal de 1988:

Art. 51. Compete privativamente à Câmara dos Deputados:

I. autorizar, por dois terços de seus membros, a instauração de processo contra o Presidente e o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado.

Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra:

- I. a existência da União;
- II. o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação;
- III. o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais;
- IV. a segurança interna do país;
- V. a probidade na administração;
- VI. a lei orçamentária;
- VII. o cumprimento das leis e das decisões judiciais.

§ único. Esses crimes serão definidos em lei especial, que estabelecerá as normas de processo e julgamento.

Art. 86. Admitida a acusação contra o Presidente da República, por 2/3 da Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento perante o STF, nas infrações penais comuns, ou perante o Senado Federal, nos crimes de responsabilidade;

§ 4º - O Presidente da República, na vigência de seu mandato, não pode ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de suas funções.

Art. 102. Compete ao STF, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o vice-presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios ministros e o procurador-geral da República. (BRASIL, Constituição Federal, 1988)

Assim, uma vez admitidos os crimes praticados à luz da Lei 8.429/92 por agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício do mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional conforme previsão dos art. 1º, 2º, 3º, 9º, 10 e 11 da lei especial supracitada, estaria o Presidente sujeito a abertura, processo e julgamento de Impeachment pela violação às normas e regras norteadoras do exercício da função. No entanto, não configura materialidade para o

impeachment a responsabilidade por atos praticados anteriormente ao exercício do mandato. No Estado Democrático, exige-se respeito à soberania popular em consonância com a regra da proporcionalidade razoabilidade e o princípio democrático.

Há que se reconhecer que a crise de legitimidade que assola as instituições passa pelo modelo presidencialista de coalizão, pelo financiamento privado de campanha e tem sua origem nos estados e municípios que se nutrem da velha política do “toma lá da cá”, enquanto o povo morre à míngua nos hospitais sucateados. Nesse sentido, como discernir hoje quem é beneficiário de campanhas milionárias de quem é “santo” para depois de eleito não agradar seus padrinhos e apadrinhados? Só a Justiça pode ajudar a desvendar esse mistério. Mas certamente não são poucos os beneficiários; é aguardar o listão do Ministério Público Federal e as investigações para que quem for “santo” atire a primeira pedra.

A atual crise de legitimidade institucional se revela próxima da “cordialidade constitucional” como cultura patrimonialista, personalista e clientelista que rege as relações público-privadas nos negócios (HOLANDA, 1995). Assim, moralidade e eficiência se tornaram palavras utópicas na história republicana e na vida política brasileira. E, como já mencionado na introdução, a crise dos poderes vai além de governos e diz respeito ao próprio pacto político institucional.

Desde a Grécia antiga, Aristóteles reconhece que a educação deve ser um dos principais objetivos de cuidado do legislador, pois os Estados que a desprezam se prejudicam grandemente; e vai além – entende que o que é comum a todos deve ser apreendido em comum. Certamente há que se entender a educação pública como caminho para a vida boa na *pólis*, no

sentido de que todo indivíduo é membro da cidade e de que o cuidado que se põe a cada parte deve harmonizar-se com o cuidado que cabe ao todo. Portanto, o direito a ser feliz mediante o acesso às oportunidades é do interesse de todos (ARISTÓTELES, 1995). Nesse sentido, entenderíamos o status de cidadão como um status concedido àqueles que possuem iguais condições, incluídos aí o respeito a direitos e obrigações como membros integrais da comunidade. (MARSHALL, 1967). Contraditoriamente à prioridade educacional, observa-se que as classes dominantes e governos não vislumbram em suas ações a busca por educação de qualidade (remuneram mal seus professores e ainda os criticam quando fazem greve; não oferecem infraestrutura física, tecnológica e de trabalho docente) que permita a mudança de políticos impopulares pelas urnas. Como podem então eles mesmos culparem o povo pelas suas escolhas? É preciso aceitar as regras democráticas e a sabedoria popular quanto a suas opções políticas diante da realidade social na qual se insere.

CONCLUSÃO

Prima facie, há que se levar em conta a democracia deliberativo-participativa e pluralista que reside na soberania do povo e na participação direta (manifestação, iniciativa legislativa popular, referendo, plebiscito) ou indireta do povo (representação, inclusive por eleição direta). No entanto, atente-se para o fato de que o poder político exercido pelo povo está acima do governante ou da representação política. A força normativa da Constituição se estrutura numa dialética que confere grau forte de legitimidade à norma efetiva pela democracia deliberativo-participativa associada a valores e princípios.

O processo de impedimento como saída única para a democracia revela-se em mero moralismo dos que querem o poder pelo poder. Os mesmos que desejam impedir para poder mandar são os velhos novos atores políticos: os apadrinhados, netos e bisnetos da República Velha e Nova República. Apoiados pela mesma grande mídia que outrora, por pragmatismo, optou pela ditadura civil-militar e hoje grita pelo impeachment de um governo eleito pelo povo. A saída para a crise é o aperfeiçoamento da horizontalização da política. Abrir o poder ao povo pela ampliação dos mecanismos de democracia deliberativo-participativa, nas ruas, nas urnas, no referendo, no plebiscito, no *recall*, no orçamento participativo, na ação popular e mesmo no parlamentarismo mediante uma reforma política em que seja ouvida a sociedade como um todo, inclusive pela audiência pública. E também pelo voto e pela mudança dos velhos representantes e novos apadrinhados, ou seja, acabar com a lógica do “ou se vota no pai, no parente ou agregado”.

Contraditoriamente ao desejo das ruas, há um imobilismo nos poderes constituídos em manter o *status quo*, preservando os grandes partidos e um poder centralizado nas mãos das velhas raposas da política, que se consideram os representantes do povo e conhecedores da vontade popular.

O campo da moralidade pública deve ser a pauta não apenas do Executivo, mas de todos os poderes constituídos com vistas à preservação da coisa pública, passando do campo legal ao ético-jurídico, à luz dos princípios constitucionais.

Não se vê por parte dos poderes representativos um projeto de País em sintonia com uma sociedade igualitária, solidária, com justiça social. O

papel da polícia e da justiça precisa ir além do “mais do mesmo” que, após apurar e prender, logo se volta à velha rotina de estabelecer uma relação de poder que continua ignorando o povo como partícipe do Estado.

Portanto, a questão da crise de legitimidade da representação e das instituições é que está no centro do problema político atual. Em síntese, as instituições não representam o povo. É preciso um novo pacto político que mude os rumos da República à luz de uma reforma político-administrativa e eleitoral, que passa pela própria representação e pelo presidencialismo de coalizão, abrindo-se espaços à democracia deliberativo-participativa por meio dos institutos do recall, parlamentarismo, plebiscito, referendo, projetos de iniciativa popular, audiências públicas (ouvir e atender os amplos setores da sociedade), de modo a remodelar a estrutura de Estado, reduzir o custo da política representativa e dos três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), permitir maior aproximação e controle dos gastos pelo cidadão (restabelecer a transparência e a confiança) e efetivar direitos fundamentais com vistas ao acesso à Justiça. Finalizando, o Impeachment não é vontade do povo, mas daqueles que se intitulam seus representantes. Haja vista como enunciado no início do artigo, o impeachment é processo político-jurídico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ARISTÓTELES. **A política**. Tradução de Nestor Silveira Chaves. São Paulo: Edipro, 1995.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 01 mar. 2015.

_____. **Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/11079.htm>. Acesso em 01 mar. 2015.

_____. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm>. Acesso em 01 mar. 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. Variações sobre o conceito de povo no regime democrático: do rejuvenescimento do direito pela filosofia. **Revista Estudos Avançados da USP**, v. 11, nº. 31, p. 215, 1997. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/eav/article/view/9031/10589>>. Acesso em: 15 out. 2014.

FEREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios Fundamentais do Direito Constitucional (o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro)**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

HOLANDA, Sergio Buarque. **Raízes do Brasil**. 26ª. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

JACINTHO, Jussara Maria Moreno. **Dignidade humana: princípio constitucional**. Curitiba: Juruá, 2006.

MARSHALL, T. H. **Cidadania, Classe Social e “Status”**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?**. 7ª ed. rev., atualiz. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

NOTAS:

[1] “[...] segundo seus matizes semânticos, corresponde a: *desacreditamento, descredenciamento, despojamento, apeamento* etc, e na acp. *Jur impedimento, destituição* [...]”. (HOUAISS, 2001, p. 1578, grifo do autor).

[2] “Quanto aos valores *stricto sensu*, em que pese o preâmbulo constitucional mencionar expressamente ‘valores supremos’, considerar-se-ão quase com o mesmo sentido de princípios, com a única diferença de que os últimos, conquanto encarnações de valores e ‘justificadores’ do sistema, têm a forma mais concentrada de diretrizes, que falta àqueles, ao menos em grau ou intensidade”. (FREITAS, 2010, p. 58-60).

[3] “Por princípios fundamentais entendem-se, por ora, os critérios ou as diretrizes basilares do sistema jurídico, que se traduzem como disposições hierarquicamente superiores, do ponto de vista axiológico, às normas estritas (regras) a despeito da aparência de mais genéricos e

indeterminados. São linhas mestras de acordo com as quais guiar-se-á o intérprete quando se defrontar com as antinomias jurídicas.

Impõe-se, ainda, esclarecimento do que sejam regras (normas estritas) e valores, diferenciando-se estes e aquelas dos princípios. Esclareça-se, outra vez, que não se opera a distinção apenas pela ‘fundamentalidade’ do princípio, mas a partir do reconhecimento de uma diferença substancial de grau hierárquico (distinção mais de grau hierárquico do que de ‘essência’). A própria Constituição cuida de estabelecer princípios fundamentais (embora de conteúdo não determinado previamente de modo cabal), entre os quais avultando o da dignidade humana e o da inviolabilidade dos direitos à liberdade, à igualdade e à vida (aí abarcando todos os direitos fundamentais de defesa, de participação e os prestacionais positivos).

Então, devem as normas estritas ou regras ser entendidas como preceitos menos amplos e axiologicamente inferiores aos princípios. Existem justamente para harmonizar e dar concretude aos princípios fundamentais, não para debilitá-los ou deles subtrair a nuclear eficácia direta e imediata. Tais regras, por isso, nunca devem ser aplicadas mecanicamente ou de modo passivo, mesmo porque a compreensão das regras implica, em todos os casos, uma simultânea aplicação dos princípios em conexão com as várias frações do ordenamento.” (FREITAS, 2010, p. 58-60).

[4] Nesse sentido vale destacar o propósito da defesa da igualdade de todos perante a lei na Constituição Federal de 1988 (art. 5º, caput), ou seja, a lei como expressão da soberania popular, fruto da herança das revoluções burguesas, garante nos termos do art. 5º, inciso II: “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Portanto

cabe ao Estado agir conciliando o conjunto dos direitos e garantias individuais e sociais. Nesse diapasão destacam-se os valores e princípios como norteadores do intérprete: “Exsurge, de fato, como fórmula derivada do princípio superior da hierarquização, que a *unidade dialética e a complementabilidade do sistema são indispensáveis à garantia de todos os valores, impedindo a erupção de decisionismos subjetivistas maculados pela irracionalidade arbitrária. O ‘metacritério’ da hierarquização axiológica, inclusiva e exclusivamente, veda a incoerência e a incompletabilidade, do modo concomitante. [...] uma interpretação sistemática do Direito realiza sempre uma hierarquização axiológica, de sorte a preponderar, inclusiva e exclusivamente, ora a norma superior, ora, em caso de antinomia pendente, o princípio superior. Recorre-se, em todas as hipóteses, expressa ou ocultamente, ao princípio da interpretação axiológica*”. (FREITAS, 2010, p. 283-286, grifo do autor).

[5] “Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é dedutível dessa natureza”. (ALEXY, 2011, p. 116-153).

[6] “Ao produzir normas jurídicas, o Estado atuará em face de circunstâncias concretas, e se destinará a realização de determinados fins a serem, atingidos pelo emprego de dados meios. Assim, são fatores invariavelmente presentes em toda ação relevante para a criação do direito: *os motivos* (circunstâncias de fato), *os fins e os meios*. Além disso, hão de

se levar em conta os valores fundamentais da organização estatal, explícitos ou implícitos, como a ordem, a segurança, a paz, a solidariedade; em última análise, a justiça. A razoabilidade é, precisamente, a adequação de sentido que deve haver entre tais elementos” (BARROSO, 2013, p. 281, grifo do autor).

OS SHOPPING CENTERS NA LEI Nº. 8245/91

JAQUES BUSHATSKY: Advogado, diretor da Mesa de Debates de Direito Imobiliário (MDDI), sócio correspondente para São Paulo da Associação Brasileira dos Advogados do Mercado Imobiliário (ABAMI).

A Lei nº. 8245/41 refere-se aos “shopping centers”, dispondo no artigo 54 que “nas relações entre os lojistas e os empreendedores do shopping center, prevalecerão as condições livremente pactuadas nos contratos de locação respectivos e as disposições procedimentais previstas nesta Lei”. São previstas proibições ao empreendedor, é exigido que as despesas sejam previstas em orçamento, antes de cobradas do locatário; este tem assegurado o direito de exigir a comprovação das despesas rateadas.

Duas constatações pelo menos, saltam da leitura do dispositivo legal: primeiro, surge a referência ao “shopping center”, sem que se encontre qualquer definição legal do que seja um “shopping center”; segundo, define como de locação o contrato celebrado com os lojistas, deixando de tratar mais detalhadamente da questão, mesmo que em seguida estabeleça algumas regras, de caráter secundário, a serem seguidas e mais, permita “condições livremente pactuadas”.

I

A rigor, qual seria a diferença entre um edifício comercial e um “shopping center”?

Se o legislador perdeu a oportunidade de disciplinar a questão, sobre ela já se debruçaram jurisconsultos e doutrinadores, até

porque nos últimos anos, popularizou-se o termo “shopping center”, fazendo-o abranger desde os “shopping centers” propriamente ditos, até modestas concentrações com algumas unidades comerciais.

Há quem insira na definição de “shopping center”, a menção a estacionamento, à estética diferenciada do prédio, ao arrojo arquitetônico, à presença de grandes e famosas lojas (âncoras) e assim por diante. Nenhuma das definições assim encaminhadas, no entanto, abrange a generalidade dos “shopping center”, nem tampouco expressa efetivamente o que é um “shopping center”.

Exemplificativamente, nada impede considerar-se “shopping center” um conjunto arquitetônico feio, nada o obriga a contar com vagas para estacionamento; nenhuma razão vincula sua existência à presença de uma loja “âncora” ou de instalações para lazer.

A pesquisa do conceito exato poderia talvez ser solucionada pela análise do termo “shopping center” (1): *“Shopping” é forma gerúndia de “To Shop”, verbo com significado mais amplo e sutil que “to buy”, embora ambos refiram-se à realização de aquisições, a “comprar”, “Center” significa “Centro”.*

Então, teríamos uma expressão inglesa definindo um centro onde mais do que se “fazer compras” (to buy), se “fica fazendo compras” (Shopping).

Assim entendida, fica a denominação fazendo às vezes, parece, da definição. Só parece: embora, exatamente por ser a expressão mais abrangente e consagrada mundialmente, seja o termo “Shopping Center” o que denomina, distingue tais centros, há de se convir que pudesse igualmente denominar uma prosaica feira, onde se compra, se cruza com

um ou outro conhecido, se saboreia pastéis só encontráveis em feiras livres, se estaciona o carro razoavelmente próximo e assim por diante.

Poder-se-ia prosseguir com tentativas de definições calçadas em tudo quanto “se vê” num “Shopping Center”: presença de lojas “famosas”? Existem “Shopping Centers” sem elas; local da moda? Não! Composto de lojas idênticas em tamanho e aparência? Lógico que não!

Estudiosos da arquitetura procuram também a definição. Tânia M.O. de Souza e Zied V. Sabbagh (2) apontam a criação de condições ideais de consumo ou usufruto do local. Assim,

“A atmosfera interior de shopping centers processa psicologicamente uma “infantilização” de seu usuário, criando condições ideais, como no útero materno, para o pleno usufruir do local. É uma comparação interessante, porque a atmosfera de um shopping center procura, de fato, amortecer os choques externos. Nesse ambiente fechado as pessoas se esquecem das intempéries, se está quente, ou se há chuva lá fora. O caos visual do centro de uma metrópole é transformado em projeto perfeito de comunicação visual e organização espacial. Lá as pessoas são induzidas pela informação a circular, o ambiente direciona e propicia o movimento. O barulho infernal do trânsito é trocado por uma música neutra de fundo que suaviza o espaço. A iluminação seduz e é um fator de segurança. A própria espacialidade, as ruas internas, as praças, as fontes, nos remetem ao

conhecido, ao fechado ou, como diz Guattari, ao útero materno”.

Nenhuma dessas conceitua es parece servir para fins de análise jurídica, pois não tocam o primordial num empreendimento dessa natureza, preferem os aspectos “físicos” (obra, presença desta ou daquela loja, existência de um ou outro item de lazer), aos verdadeiros elementos identificadores dos “Shopping Centers”.

Realmente, o que distingue um “Shopping Center”  , acredita-se, a reunião de comércio e serviços, planejados de modo a estimulá-los em nível superior àquele em que estariam, se apartados do empreendimento, sendo permitida e desejada a perene reorganiza o dessa reunião, de maneira a procurar-se atingir continuamente, novos estágios de estímulo ao rendimento comercial, concretizados num mesmo local.

Significa que   “Shopping Center”, aquele que for organizado segundo técnicas mercadológicas que analisem desde a quantidade e disposi o física das lojas e serviços, até a composi o dessa reunião (quem, como e onde, quanto a cada comerciante ou prestador de serviços). Esta é a primeira parte do conceito.

A segunda parte, que igualmente concretiza-se como condi o necessária, suficiente se acompanhada da primeira, é a referente à formata o jurídica, que permita (pois tudo deve estar expressamente contratado, e nada obviamente poderá escapar aos limites e exigências - mesmo que porventura arcaicas - da Lei), que admita o funcionamento perfeito da reunião peculiar de lojistas e prestadores de serviços, sob uma coordena o atenta e capaz.

Em resumo, é “Shopping Center” menos um acoplamento físico de comerciantes e mais, isto sim, uma reunião metódica e sofisticadamente organizada de capitais, ânimos e intenções de progresso econômico. Dessa reunião diferenciada e organizada com técnicas sempre inovadoras, regida e mantida com contratos atípicos e inseridos numa estrutura jurídica especialíssima, é que resultaram os “Shopping Centers”.

II

Firmado razoavelmente o conceito de “Shopping Center”, pode ser enfrentada a questão dizente ao relacionamento jurídico dos lojistas com os proprietários. Os debates sobre a natureza desta relação jurídica sempre foram intensos, alinhando-se em defesa de cada uma das teorias, verdadeiras constelações de juristas.

Existiria um contrato de locação, um contrato de locação atípico ou um “contrato atípico”? A robustez doutrinária de cada uma das linhas de pensamento e a complexidade do tema motivaram o espanto de muitos, quando se defrontaram com a previsão repentinamente imposta no artigo 54 da lei do inquilinato.

Entendem existir um contrato de locação, os professores Washington de Barros Monteiro (que enfatiza: “esse contrato é desenganadamente, o de locação, embora com algumas peculiaridades que, todavia, não chegam a descaracterizá-lo”.)(3) e Caio Mario da Silva Pereira (para quem, “... se trata de um vero e próprio contrato de locação”)(4).

Por outro lado, o Prof. Ives Gandra da Silva Martins (5) entende existir nos contratos, “... sempre uma dupla natureza, que os faz, de um lado, idênticos ao de uma singela locação do espaço físico em

contrato de locação comercial, mas que os torna, de outro lado, um contrato atípico, sem nenhuma vinculação com a lei de luvas...” (sic)

A terceira posição foi inaugurada, até onde se pode pesquisar, por Orlando Gomes (6), para quem o contrato firmado entre os lojistas e os “Shopping Centers” é um contrato atípico e não de locação. O respeitado civilista resumiu os aspectos basilares desse contrato, e é importante tê-los em mente:

“Traços da autonomia desse contrato relativamente ao de locação podem, afinal, ser sumariados, projetados de ângulos diversos, todos próprios ou discrepantes, tais como os seguintes 1) a forma de remuneração do uso e gozo das unidades destinadas à exploração comercial; 2) o reajustamento trimestral do “soi disant” aluguel mínimo; 3) a fiscalização da contabilidade das lojas pelos concedentes do seu uso para o fim de verificar a exatidão do chamado “aluguel percentual”, bem como a sua incidência para a cobrança da diferença no caso de seu valor ser superior ao do aluguel mínimo; 4) a fixação uniforme e antecipada do critério a ser observado para determinar a majoração do “aluguel” mínimo no tempo da renovação do contrato; 5) a incompatibilidade entre o critério de arbitramento do aluguel nas verdadeiras locações para fins comerciais, aplicado nas renovatórias, e o denominado “aluguel” percentual; 6) o cunho mercantil desse “aluguel”

como suporte da lucratividade do empreendimento; 7) a desvinculação entre a atividade comercial e o uso efetivo da loja para o efeito de remuneração deste, exigível antes de ser iniciada aquela; 8) a vigência de proibição e práticas ligadas ao uso da loja, derivadas da circunstância de se integrarem num sistema; 9) a proibição de cessão da posição contratual, nula ou impugnável na locação, mas admitida no contrato com o “Shopping Center”, por entender com a sua organização e funcionamento; 10) a ingerência de terceiro no exercício do direito do titular do uso da loja, como sucede com o intrometimento da associação a que é obrigado a se filiar, criando-se um vínculo tão apertado que a sua exclusão é admitida como a causa de rescisão do contrato; 11) a cooperação do concedente (o “Shopping Center”) nas promoções para ativação das vendas e sua participação em campanha publicitárias; 12) a convergência de interesses no contrato; 13) a imutabilidade orgânica do gênero de atividade do lojista - e tantos outros, significativos da diferença entre o contrato estudado e a locação”.

Essa posição mereceu forte aceitação jurisprudencial, como exemplificam os acórdãos proferidos nos apelos nº. 5/36, julgado em 1989 pelo TACRJ e nº. 3744 julgado em 1990 TJMA, ambos encontráveis neste livro.

Esta rápida lembrança dos acalorados debates focados na natureza do contrato justifica a leitura cautelosa do disposto na Lei nº. 8245/91. De fato, o legislador rotulou a avença como “contrato de locação”, mas opiniões seriíssimas divergem dessa conceituação e como visto, esses pareceres tiveram força suficiente para embasar uma corrente jurisprudencial de peso.

III

Feitas essas ressalvas, e com a certeza de que esses fundamentados debates ainda modificarão o entendimento legal, anota-se que momentaneamente afastada a formulação teórica que necessariamente deveria anteceder os dispositivos (em outras palavras, defrontam-se os estudiosos, após a edição da lei inquilinária, com a curiosa situação de tratar das conseqüências, sem ver aperfeiçoados os estudos das causas) tem-se que o relacionamento entre lojistas e “Shopping Centers” findou por merecer uma série de proteções características das locações comerciais.

É possível a renovação judicial do contrato de locação, sendo proibido ao proprietário recusá-la argumentando intenção de utilizar, ele próprio, o imóvel. É o que prevê o § 2º do artigo 52 da lei 8245/91, vedando, portanto ao proprietário do shopping, um direito concedido e qualquer outro locador comercial.

A lei do inquilinato consagrou o direito de livre disposição contratual, sem embargo de poderem vir a ser reputadas nulas aquelas cláusulas que se mostrarem ilegais ou injustas em sua formação ou execução. Assim, nada impede que o princípio da autonomia da vontade, declarado no “caput” do artigo 54, tenha por parâmetro limitador a exata apreciação das condições efetivas do contrato . Ainda hoje, por exemplo,

não há como negar que o contrato é de adesão e que o lojista encontra-se sempre numa posição inferior à do shopping, não tendo sido derrubados ainda alguns tabus como o da imprescindibilidade do aluguel porcentual (facilmente substituível mediante singelas equações financeiras, e inexistentes em muitos “Shopping Centers” no exterior) ou mesmo esclarecidas as responsabilidades quanto aos fundos de promoção (se o que justifica o alto aluguel é o oferecimento de características especiais de concentração e organização das lojas, mas se quem paga por isso é o lojista, não estaria ele pagando duas vezes?)

Em proteção ao locatário, a lei proibiu ao locador cobrar o custo das obras de reformas ou de acréscimos relativos à “estrutura integral do imóvel” (sic, art. 22, § único “a”); as pinturas das fachadas, empenas, poços de aeração e iluminação e das esquadrias externas (art. 22 § único “b”); as indenizações trabalhistas e previdenciárias relativas à dispensa de empregados, efetivadas antes do início da locação (art. 22 § único, “d”).

Se a idéia era “*proteger*” os locatários, faltou muito. Por exemplo, poderia a lei esclarecer que não se lhes cobraria as indenizações trabalhistas referentes a período anterior a locação, mesmo que a dispensa ocorresse após a contratação. Poderia igualmente, vedar o repasse aos locatários, do custo administrativo do shopping (afinal, não é o empreendedor remunerado com gordos alugueres exatamente por prestar esses serviços?), cobrando-lhes apenas os de manutenção e zeladoria. A propósito, exemplifique-se com um contra senso: o locatário está livre de pagar a pintura das esquadrias externas, mas pagará a substituição total delas (pois não há como qualificar tal obra como interessante à “estrutura integral do prédio”).

O artigo 54 prevê ainda que (§ 1º alínea “b”) o empreendedor não poderá cobrar do locatário “as despesas com obras ou substituições de equipamentos, que impliquem modificar o projeto ou o memorial descritivo da data do habite-se e obras de paisagismo nas partes de uso comum”.

Finalmente, foi estipulado no § 2º do citado artigo 54 que “as despesas cobradas do locatário devem ser previstas em orçamento, salvo casos de urgência ou força maior, devidamente demonstrada, podendo o locatário, a cada sessenta dias, por si ou entidade de classe exigir a comprovação das mesmas”.

Encerram-se neste ponto as previsões legais a respeito do relacionamento entre lojistas e “Shopping Centers”. Parece rigoroso concluir que a normatização do contrato em “Shopping Centers”, do modo como foi feita, frusrou, nota-se em análise primeira, todos os interessados: aos empreendedores de “Shopping Centers”, certamente interessaria mais caracterizar o pacto como atípico, livre das amarras legais características dos contratos de locação, sempre abalados por periódicas e historicamente novas leis emergenciais; aos lojistas, melhor seria completar o elenco de proteções legais, talvez simplesmente lhes assegurando os direitos dos locatários comerciais.

IV

Exatamente pela brevidade das disposições legais a respeito, obriga-se o analista dos aspectos jurídicos dos “shopping centers” a buscar outras fontes, e a primordial, é a jurisprudência.

Merecem atenção, por outro lado, os aspectos genéricos, decorrentes da lei de locações, também obviamente presentes nos contratos

de locação (e, mais relevante, em sua operação) pactuados quanto a shopping centers.

As cláusulas reputadas nulas pela jurisprudência costumam ensejar longuíssimas e torturantes discussões. No estreito limite deste estudo, lembra-se pesquisa (7), na qual se apurou que foram declaradas nulas, pelos tribunais, cláusulas que: a) deixavam a renovação da locação comercial sob exclusivo arbítrio do Locador; b) exigiam multa por não desocupação de escritório de estabelecimento de ensino, retirando a proteção a este outorgada; c) vedavam a purgação da mora; d) estipulavam o vencimento antecipado da dívida de aluguéis; e) equiparavam alteração social da locatária a cessão ou sublocação; f) declaravam renunciado o direito do inquilino à preferência na aquisição do imóvel; g) impediam a cessão em locação comercial; h) previam a perda da caução pelo inquilino; i) estipulavam o aluguel em moeda estrangeira.

Em cada caso concreto, relembre-se, é submetida ao Poder Judiciário a validade da cláusula contratual; sua nulidade não atinge todo o pacto que é, por este procedimento, repostado em condições legais, extirpado das disposições repelidas pelo Direito.

V

Regida pela Lei n. 8245/91, qualquer locação em “shopping center” exige atenção, aos seus aspectos ordinários: a renovação compulsória judicial somente se verifica nas condições previstas no Art. 51; a cobrança de luvas admite-se apenas na primeira locação, e assim por diante.

A fixação judicial do aluguel tem relevo especial nas locações em “shoppings”, dada sua sucessiva renovação (na maioria dos casos), seja

em ação renovatória de locação, seja em revisional de aluguel. Neste tópico, cumpre anotar ao menos dois pontos cruciais: aluguel provisório, no curso de ação judicial, só se fixa diante de “elementos hábeis” (Art.72 parágrafo 4 da Lei de Locações) ; perícia não é o único elemento informativo da sentença que fixará o novo locativo.

Se realmente têm boa força probante quanto à fixação provisória, não têm os laudos, inobstante seu rigor técnico, o condão de retratarem fiel e exatamente o mercado. Talvez tal se verifique até pela ausência, nas equações utilizadas, de variáveis que efetivamente representem as mutações do mercado. Insofismável que os elementos considerados nos laudos periciais são via de regra, falseados já na origem: consideram-se preços pedidos (por corretores ou em anúncios), mas ignoram-se preços de fechamento; escrituras, não é de hoje, celebram-se com valores fictícios; aí, de pronto, duas jamais superadas dificuldades com que defrontam-se os peritos.

Daí a necessidade (ainda não por todos, infelizmente, enxergada) de ser formada a convicção judicial com outros elementos probantes, não apenas com a conclusão do parecerista técnico. A lei o permite (Art. 436 do código processual civil) e o bom senso o exige: a sentença não é singela homologação de trabalhos periciais (a pensar-se contrariamente, mais econômico seria invocar apenas o trabalho do perito, prescindível o do juiz) e sim, há de consistir resultado de consistente elaboração lógica, na qual se confrontem todas as provas, com as máximas da experiência e dos fatos notórios (independentes de prova). O juiz, portanto, para alçar-se à condição de melhor intérprete dos fatos e com o

escopo de dar término a litígios, não se baliza unicamente pela prova pericial.

Nas questões de fixação judicial de aluguel em “shopping centers” merecem realce os dados informativos quanto ao exato estado do “shopping”. Explica-se: em muitos casos, o prédio é novo e está bem situado, o que levaria o valor locativo para o alto. Mas, é empreendimento pessimamente administrado, as despesas condominiais são altas, a verba de propaganda é gasta sem critério, evidências que retiram as vantagens do empreendimento, findando por transformar um “shopping” numa rejeitada galeria comercial. Na hipótese (que dificilmente aparecerá nos laudos periciais usualmente apresentados, adstritos que ficam aos valores pedidos por metro quadrado) é evidente que o juiz deverá atentar a informações outras que não aquelas descritas por equações frias no laudo pericial.

VI

Como os operadores do direito enxergam esses empreendimentos? Nem sempre com absoluta liberdade conceitual, observa-se na jurisprudência.

Um tópico que ensejou - e ainda enseja- candente controvérsia é o do aluguel percentual. É curioso observar que em tempos de comércio aquecido, costumam pugnar os lojistas pela nulidade da fixação percentual, exigindo apenas a cobrança do aluguel mínimo; em tempos de vacas magras, o movimento é inverso, pois o aluguel “mínimo” assume proporções absurdas em face dos minguados faturamentos. No sentido inverso, é lógico, estão sempre os proprietários.

Por sua vez, os julgadores divergem, diametralmente: encontram-se acórdãos reputando justa a fixação percentual, ao lado de

outros que a qualificam como nada menos que emblemática do capitalismo “selvagem”.

No entretempo, sabem os auditores contábeis que em cada ramo, o dispêndio com aluguel há de obedecer a certos limites sendo imprescindível, sob o prisma jurídico e empresarial, compará-los aos percentuais estipulados por “shoppings”. De qualquer modo, a análise é, a par de necessária, urgente: a desproporção dos dispêndios leva, evidentemente, qualquer comércio à insolvência. Os acórdãos fixam-se, majoritariamente, na visão contratualista, afastando-se das implicações econômicas.

Outra questão recorrente refere-se à responsabilidade por eventos nas garagens, tratada em diversos acórdãos e consistindo tema que ainda não se pacificou na jurisprudência.

Mais um tema que ainda motiva demandas é o da fiscalização do faturamento, pelo “shopping”: é válida a cláusula que prevê esse procedimento? Inobstante a insurgência de muitos, os tribunais brasileiros costumam acolher a disposição contratual, permitindo a verificação de livros e a permanência de fiscal no estabelecimento comercial. Trata-se de entendimento coerente com a aceitação do aluguel percentual: como entender este, em sua plenitude, sem outorgar meio para apurar-se o acerto do cálculo?

Os tribunais também já decidiram acerca dos horários especiais de funcionamento, quando fixados por legislação municipal ou nas hipóteses em que se diferenciam os horários de somente algumas das lojas do “shopping”.

Estes, dada a quantidade de ações judiciais que ensejam, os temas que sofrem maior divergência interpretativa em “shopping centers”.

VII

O texto da lei ainda permite (como visto) muito debate. Mas talvez a solução não se encontre na edição de nova legislação: por sua própria natureza, os “shopping centers” são empreendimentos quase diariamente modificados, não apenas em sua estrutura física, mas também nos conceitos econômico-financeiros que os regem e, por via reflexa, em sua estrutura jurídica. Esta evidência parece aconselhar deva permanecer intocada a lei, mas deva ser observada com maior atenção, pelos intérpretes, a exata realidade, o verdadeiro manejo operacional desses empreendimentos, para daí sim, aplicar-se a solução mais justa a cada litígio.

Nota e Bibliografia referida

(*) artigo selecionado e publicado originalmente no Boletim do Direito Imobiliário n.12, de abril de 1993 em São Paulo.

(1) Alexandre Agra Belamonte - Natureza Jurídica dos Shopping Centers – RJ: Ed. Lumen Juris, 1989, p. 6.

(2) Tania M.O. Souza e Zied U. Sabbagh - “Shopping Centers”, Campinas, FAV/PUCCAMP, 1985, p. 57 “in” “Shopping Centers” Wilson Ribeiro dos Santos Jr. Ed.Unesp, 1992, pág. 64.

(3) Washington de Barros Monteiro - “Shopping Centers” “in” “Shopping Centers, Aspectos Jurídicos”, SP: Revista dos Tribunais, 1984, p. 166;

(4) Caio Mario da Silva Pereira – “Shopping Centers” - Organização Econômica e Disciplina Jurídica “in” “Shopping Centers”, Aspectos Jurídicos, SP: Ed. Revista dos Tribunais, 1984, p. 77 e segs.

(5) Ives Gandra da Silva Martins - “A natureza jurídica das locações comerciais dos “Shopping Centers”, não publicado, citado em “Shopping Centers” - questões jurídicas, SP, Ed. Saraiva, p. 43; 1991.

(6) Orlando Gomes - Traços do perfil jurídico de um “Shopping Centers”, “in” SP: Revista dos Tribunais, nº. 576/9;

(7) Jaques Bushatsky - “Nulidade de Cláusula em Contrato de Locação” “in” SP: Revista dos Tribunais, fev/1997, vol. 736.

LIBERDADE EM ROUSSEAU: NASCEMOS LIVRES, MAS VIVEMOS PRESOS NA SOCIEDADE?

FRANCISCO RENATO SILVA COLLYER: Graduado em Direito pela PUC Minas. Especialista em Direito Público (com capacitação para o ensino superior), Política e Sociedade, Direito Ambiental e Educação Ambiental. Mestrando em Constitucionalismo e Democracia pela FDSM. Graduando em Ciências Sociais e História pela Universidade de Franca. Possui cursos de formação complementar em Ciência Política, Direitos Humanos, Sociologia Contemporânea, Filosofia, Argumentação Jurídica, Formação Docente para Professores de Direito, Direito Municipal e Urbanístico, Ações Constitucionais, Legislação Ambiental e Gestão Ambiental.

Resumo: O presente estudo pretende analisar a questão da liberdade do indivíduo inserido na coletividade e a questão da vontade geral segundo o filósofo Jean-Jacques Rousseau, bem como a heteronomia da lei como forma de controle social.

Palavras-Chave: Liberdade, Estado Democrático, Poder, Rousseau.

Você já parou para pensar (e constatar) que tudo que está à sua volta foi, de certa forma, imposto a você? Ao nascer, ninguém lhe perguntou se você concordava ou não com o modo com que a sociedade dirige seus negócios, suas relações políticas ou mesmo elabora suas leis. Ao nascer, você foi bombardeado com obrigações, com um mundo já previamente pronto e seu nascimento de nada influenciaria o ritmo dessa sociedade. Você teve que aceitar o fato de que mesmo tendo alguns poucos dias de vida e não concordando com o regime político vigente (levando-se em consideração que, enquanto bebê, você já pudesse ter essa consciência), ele

não mudaria só porque era sua vontade. Mesmo que chorasse com toda a força de seus pulmões as coisas continuariam como estavam.

Isso também acontece com a tecnologia. Não sabemos como funciona nosso celular ou tablet. Na verdade, para a maioria das pessoas não importa como um mecanismo pode se comunicar a uma rede mundial de informações sem nem mesmo precisar de fios. Não queremos saber dos detalhes, mas nos achamos verdadeiros homens das cavernas quando não encontramos sinal para o celular ou quando a internet está lenta devido a algum problema técnico ou mesmo por causa do mal tempo, já que a umidade e as descargas elétricas presentes na atmosfera podem distorcer o sinal, que é transmitido por ondas.

Já nascemos em um mundo pronto e até você ganhar certo grau de determinação e consciência pouca coisa poderá ser mudada através de suas atitudes, ainda que em um espaço limitado de abrangência, restrito ao seu convívio social. As mudanças ocorrem sim, mas o que a história da humanidade nos mostra é que os movimentos revolucionários são frutos de anos de lutas e revoluções, galgadas por pessoas que possuíam o mesmo ideal, que não desistiram devido ao fato do mundo já estar pronto quando nasceram. Esses homens queriam mudar as coisas, alterar o que, até então, parecia ser o certo a ser feito (e não poderia ser alterado), mas que, muitas vezes, favorecia o interesse de uma pequena parcela de pessoas, em detrimento da condição de vida de uma grande parcela de indivíduos, que viviam na miserabilidade.

Sobre o fato das leis já existirem quando nascemos e que elas são colocadas a nós de forma obrigatória, a isso dá-se o nome de “heteronomia”. É uma característica da lei, que impõe ao destinatário o seu

cumprimento, independentemente da vontade do indivíduo. Pouco importa se você concorda ou não com o fato de uma prática ser considerada crime ou se acha injusto pagar tributo para o governo. Se não obedecer a lei (no primeiro caso, o deixar de fazer, e, no segundo, o dever de efetuar o pagamento) você sofrerá as penalidades cabíveis.

A heteronomia funciona como um processo de interiorização do dever da lei. Inicialmente, os indivíduos obedecem à lei por medo do castigo, por não quererem sofrer as penalidades. Depois de certo tempo, esses indivíduos passam a perceber que o cumprimento da lei trará benefícios para a coletividade. Nesse sentido, a vontade individual dá lugar ao que é bom para todos. Passa-se de um estado egoísta para uma consciência baseada nos princípios e valores morais que justificam a aplicação da lei e sua devida aceitação pelas pessoas.

Assim, mesmo que, inicialmente, o cumprimento da lei cause estranheza, o segundo patamar, o da aceitação, reflete que, ainda que um indivíduo ache injusto pagar imposto ao governo, este passa a refletir que se ninguém pagasse imposto não seria possível o Estado por em prática as políticas públicas necessárias para a melhoria da qualidade de vida da coletividade.

Agora, a reflexão e o questionamento se esses impostos são abusivos e/ou não estão tendo a destinação correta é uma correta linha de pensamento, que passa a assimilar o teor da lei, que não é o de beneficiar um seleto grupo de pessoas (como políticos e empresários corruptos ou a elite da sociedade), mas que o fim último da lei é a segurança jurídica, que inclui o conceito de qualidade de vida para todos os cidadãos.

Será que podemos relacionar a heteronomia a um tipo de prisão ou cerceamento de vontade?

Para Jean-Jacques Rousseau, importante filósofo, escritor, teórico político e compositor suíço, notável influenciador dos ideais iluministas, o homem se encontra preso. É dele a frase: “o homem nasce livre, e, em toda parte, encontra-se acorrentado”.

Mas a qual homem Rousseau estava se referindo? Ele se referia ao homem do século XVIII. A questão da heteronomia pode ser abordada aqui em função de a sociedade daquela época ter aceitado um fato que causa horror e repúdio em nossos dias: homens que nasceram livres sendo escravizados por outros homens. Não somente uma escravidão pela etnia (como ainda ocorria na época), mas pelo trabalho e pelas regras impostas pela própria sociedade.

Rousseau teve vários de seus livros banidos pela Igreja Católica por apresentarem conceitos religiosos pouco convencionais para a época, como a ideia de que a verdadeira religião vinha do coração e que as cerimônias e liturgias não eram importantes. Mas foram as ideias políticas que lhe trouxeram maiores problemas e perseguições.

A ideia de que o homem é livre ao nascer, mas se encontra preso na sociedade, presente na sua obra “O contrato social”, publicado em 1762, questiona a causa dos indivíduos viverem sob o julgo da sociedade ao abandonarem o “estado de natureza”, onde se encontravam livres e iguais.

Não é difícil entender o porquê das ideias de Rousseau terem tido grande reverberação nos movimentos revolucionários. Rousseau se tornou um grande inspirador do movimento iluminista francês, que desejava quebrar as correntes que a classe rica havia imposto à população pobre.

Pessoas morriam de fome enquanto a classe rica gozava de uma vida de luxo as custas do trabalho dos pobres.

É pouco provável que Rousseau, que faleceu quase uma década antes da Revolução Francesa vir à tona, concordasse com as atrocidades que foram praticadas pelos líderes do movimento. Na verdade, para o filósofo suíço, o homem é naturalmente bom e, provavelmente, viveríamos em um certo grau de reciprocidade amigável se vivêssemos em uma floresta à base de nossos próprios recursos. É o que ele chama de “estado de natureza”, bastando sermos realocamos para um ambiente como as cidades para que tudo comece a dar errado.

Fora do estado de natureza, o homem busca, a todo custo, dominar os outros e ser o centro da atenção dos demais indivíduos. Por viver em sociedade, sentimentos como ganância e inveja e o desejo de manipular os outros invadem o ser humano. Na natureza, os homens seriam fortes, saudáveis e livres, mas a civilização corrompe o homem.

Em sua obra, Rousseau desejou encontrar uma solução para que as pessoas vivessem juntas e fossem livres da mesma forma que seriam na natureza, ao passo que também obedeceriam às leis impostas pelo Estado. Impossível ou não e ainda que a ideia de liberdade não comungue com as regras da sociedade, que são como verdadeiras correntes que impedem os homens de fazerem o que bem entenderem, Rousseau apontou uma saída: a vontade geral.

Assim como a heteronomia parte de um pensamento e um querer egoísta e evolui para a assimilação do bem maior (para o que seja melhor para a coletividade), a vontade geral propõe que os indivíduos devem abrir

mão de muitas liberdades individuais em prol da comunidade. Nesse sentido, deve haver leis que restrinjam o comportamento das pessoas.

Para Rousseau, as ideias de liberdade e obediência às leis estatais se complementavam. Quando os indivíduos agrupam-se em sociedade, acabam por formar um tipo de pessoa, em que cada cidadão faz parte de um todo bem maior em relação à individualidade de cada um. Para o filósofo, as pessoas seriam livres na sociedade quando estivessem sob o julgo de leis que, verdadeiramente, refletissem a vontade geral, a vontade deste corpo formado pelos cidadãos, e não a leis que beneficiassem somente a uma parcela da coletividade.

Nesse contexto, o legislador teria a função de criar um sistema que permitisse que os indivíduos se mantivessem livres de acordo com a vontade geral, ao invés de buscarem suas próprias realizações as custas da perda da liberdade de outros. A verdadeira liberdade, para Rousseau, seria viver em um grupo de cidadãos que procuram agir de acordo com o interesse da coletividade, em que os desejos pessoais convergissem para o que fosse melhor para todos e que as leis evitassem que pessoas agissem de forma egoísta.

E para os que não desejassem seguir o “contrato”? Eles seriam forçados a isso! Seriam forçados a serem livres! Parece contraditório, mas para Rousseau não era. O indivíduo é forçado a ser livre quando é livre de sua própria vontade mesquinha e egoísta, quando é levado a pensar no que é melhor para todos, pois, já que vivemos em sociedade, se cada um pensar somente em si o resultado será o extermínio das relações e instituições sociais tal como as conhecemos.

Assim, semelhante à ideia de heteronomia, a ideia de vontade geral pressupõe a assimilação de que os homens, para viverem em sociedade, devem aceitar as regras que lhe são impostas. Em contrapartida, essas leis devem refletir o anseio do Estado em praticar o que é melhor para todos. Quando as leis representam ou favorecem a um grupo restrito de pessoas, é aceitável que a própria sociedade, como um único corpo, admita movimentos revolucionários que objetivam resgatar o ideal de bem comum e segurança jurídica para todos, tal qual anticorpos combatem um corpo estranho presente no organismo que deseja alterar o estado normal de funcionamento do corpo humano.

Referências

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política: A Filosofia Política e as Lições dos Clássicos**. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. São Paulo : Malheiros, 2007.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à Filosofia**. 13a. ed. São Paulo: Ática, 2008.

CHALITA, Gabriel. **Vivendo a filosofia**. 3a. ed. São Paulo: Ática, 2007.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. São Paulo, Martins Fontes, 1989.

A BASE DE CÁLCULO DA PENSÃO ALIMENTÍCIA SEGUNDO A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

VANESSA DE CASTRO ROSA: Advogada e Professora universitária. Bacharela em Direito pela UNESP. Mestra em Direitos Humanos Fundamentais. Bacharela em Filosofia. Especialista em Direito Ambiental. Especialista em Direito Processual Civil. Especialista em Direito Penal.

Resumo: O presente trabalho tem como escopo estudar a base de cálculo do pensionamento de alimentos destinados aos filhos menores ou incapazes, à luz do direito de família. Percebe-se uma grande variedade de posicionamentos que prolongam o litígio, por não haver consenso entre as partes, nem entendimento pacificado na jurisprudência, embora se esteja caminhando neste sentido. A análise da jurisprudência se mostra imprescindível tendo em vista que tem contribuído significativamente para o desenvolvimento do tema, especialmente, permitindo a penhora do FGTS para pagamento de dívida alimentar.

Sumário. Introdução. 1. Conceito e características. 2. Critério de valoração e fixação. 3. Natureza jurídica das principais verbas trabalhistas. 4. Base de cálculo dos alimentos. Conclusão. Referências Bibliográficas.

Introdução

O direito a alimentos é uma garantia de sobrevivência de quem deles depende, assim, é um direito personalíssimo, fundamental e atrelado à dignidade da pessoa humana, portanto,

inequívoca sua importância, a merecer a tutela do direito e do Judiciário.

É certo que os problemas de família são tormentosos e, muitas vezes, de difícil resolução, todavia, sempre é melhor uma solução consensual, que não rompa os vínculos familiares e que tenha maior chance de ser cumprida, sem ensejar a necessidade de processos judiciais para forçar o cumprimento.

Porém, quando não se é possível se determinar de modo amigável o valor necessário para a pensão alimentícia, o Judiciário é chamado para resolver a questão, momento em que o juiz tentará conhecer a vida financeira das pessoas e suas necessidades, pelos meios de prova utilizados, o que é uma tarefa árdua para o juiz e para as partes.

O Código Civil e a Lei Especial – Lei 5478/68 – buscam regular a matéria referente aos alimentos no âmbito familiar, sendo o primeiro diploma mais amplo que o segundo.

Na tarefa de buscar um valor que resolva o conflito entre as partes, o juiz se pauta no binômio necessidade-possibilidade, ou, na versão mais enfática consubstanciada, no trinômio necessidade-possibilidade-proporcionalidade e no auxílio da jurisprudência dos Tribunais Superiores.

Todavia, o terreno é eivado de controvérsias acerca da base de cálculo dos alimentos, ou seja, sobre quais valores da remuneração do alimentante deverá incidir a porcentagem fixada a título de pensão alimentícia.

Não é despidendo registrar que as partes podem convencionar as incidências que farão parte dos alimentos, desde que o interesse da pessoa incapaz (alimentando) não seja prejudicado, ocasião em que o juiz pode (e deve) intervir em proteção do incapaz.

1. Conceito e características

Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves Farias^[1] definem os alimentos como tudo o que se afigurar necessário para a manutenção da pessoa humana, compreendidos os mais diferentes valores necessários para uma vida digna, este conceito parte da clássica doutrina de Orlando Gomes: “alimentos são prestações para satisfação das necessidades vitais de quem não pode provê-las por si”.

Os dois conceitos se complementam, pois o primeiro explicita a abrangência e o segundo evidencia o destinatário.

Os alimentos englobam as despesas ordinárias, tais como, alimentação, habitação, vestuário, educação, saúde e extraordinárias, por exemplo, remédio, material escolar, etc. Podem ser pagos *in natura* ou em dinheiro (pensão alimentícia), conforme art. 1701 do Código Civil.

Segundo doutrina e jurisprudência os alimentos são: personalíssimos, irrenunciáveis, atuais, imprescritíveis e divisíveis, ou seja, valores destinados a garantir a sobrevivência da pessoa que os recebe (personalíssimo), portanto, não podem ser renunciados.

Além de ser uma necessidade premente e imediata, por isto o caráter atual e sem prazo para ser exercido, são suficientes para

embasar o pedido a prova do parentesco familiar, a necessidade fática e o preenchimento dos requisitos legais para serem requeridos a qualquer momento e podem ser rateados entre os devedores de acordo com as possibilidades de cada um e entre os alimentandos.

Vale registrar que a necessidade do filho menor é presumida por lei diante de sua incapacidade e do dever dos pais de cuidar dos filhos menores.

2. Critério de valoração e fixação

Obviamente, não há um valor definido em lei, mas sim um critério para a quantificação dos alimentos se pauta no binômio necessidade-possibilidade, ou, no trinômio necessidade-possibilidade-proporcionalidade, conforme o disposto no art. 1694, §1º, do Código Civil, ou seja, a necessidade do alimentando (credor) e a possibilidade do alimentante (devedor), de forma a se buscar um valor justo que não onere demasiadamente o devedor e garanta o necessário ao credor (proporcionalidade).

Neste sentido, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

Direito de família. Alimentos. **Trinômio possibilidade do alimentante, necessidade do alimentado e proporcionalidade.** O critério jurídico para se fixar o montante que deve ser pago a título de pensão alimentícia é a conjugação proporcional e razoável da possibilidade econômica do requerido e da necessidade do requerente, nos termos do que

prescreve o artigo 1.694 do Código Civil de 2002. Neste diapasão, demonstrada a necessidade da requerente e a capacidade dos obrigados, hão de serem fixados os alimentos proporcionalmente. (TJ-MG 102310811456180011 MG 1.0231.08.114561-8/001(1), Relator: MARIA ELZA, Data de Julgamento: 24/09/2009, Data de Publicação: 08/10/2009) (negritei)

O espaço de conformação para o aplicador da lei é extenso, sendo certo que será guiado, especialmente, pelas provas carreadas aos autos, bem como pela jurisprudência, que tem fixado a baliza de 30% (trinta por cento) ou 1/3 (um terço) dos rendimentos líquidos do alimentante e/ou com base no salário mínimo federal ou estadual.

Neste sentido:

DECIDE o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por sua Oitava Câmara Cível, à unanimidade de votos, dar provimento parcial ao apelo, para **fixar o valor da pensão alimentícia, definitivamente, em 30% (trinta por cento) dos rendimentos líquidos do alimentante (bruto menos descontos obrigatórios), inclusive o 13º Salário**, nos termos da fundamentação, ficando mantidos os demais parâmetros da decisão recorrida. (TJ-PR - Apelação Cível 1465736) (negritei)

Ementa: Ação de investigação de paternidade e alimentos - Irresignação que se restringe ao **valor arbitrado a título de pensão alimentícia arbitrada em 1/3 dos rendimentos líquidos** do réu, desde a citação - Binômio necessidade/ possibilidade bem observado - Ação julgada procedente - Sentença confirmada - Recurso não provido. (TJ – SP - Apelação Com Revisão: CR 5534754000 - Publicação: 25/02/2009) (negritei)

Importante deixar claro que os valores 30% ou 1/3 dos rendimentos líquidos do alimentante são apenas uma baliza para o operador do direito, sendo que será determinante para a fixação do valor da pensão, a prova da situação financeira do alimentante e da necessidade do alimentando a ser elaborada nos autos, de forma que outro valor pode ser fixado, para melhor atender ao caso concreto.

Vale registrar que a jurisprudência admite a fixação da pensão alimentícia sobre o salário mínimo, o que é de bom alvitre para as situações em que o devedor não trabalha com carteira assinada, nem disponha de qualquer elemento de prova que comprove seus rendimentos, como, por exemplo, a situação do trabalhador autônomo. Nesse sentido, já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

Ementa: Agravo regimental agravo de instrumento. Constitucional. Pensão alimentícia. Fixação em salários mínimos. Possibilidade. Precedentes. **O Supremo Tribunal Federal firmou**

entendimento no sentido de que, em se tratando de pensão alimentícia, é possível sua fixação em salários mínimos. Precedentes: RE 629.668, Rel. Min. Dias Toffoli, o RE 166.586, Rel. Min. Marco Aurélio, o RE 603.496-AgR, Rel. Min. Ayres Britto, AI 567.424 AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, e ARE 727.009 AgR, Rel^a. Min^a. Cármen Lúcia. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF - AI 751934 AgR / MG, Julgamento: 12/11/2013) (negritei)

Ação de alimentos. Fixação de pensão alimentícia com base em salário mínimo. Alegação de maltrato ao artigo 7º, inciso IV, da constituição federal. A fixação de pensão alimentícia tem por finalidade garantir aos beneficiários as mesmas necessidades básicas asseguradas aos trabalhadores em geral pelo texto constitucional. De considerar-se afastada, por isso, relativamente a essa hipótese, a proibição da vinculação ao salário mínimo, prevista no inciso IV do artigo 7. da Carta Federal. Recurso Extraordinário não conhecido. (STF - RE 134567 / PR – PARANA - Julgamento: 19/11/1991)

Além do trabalhador autônomo, a fixação da pensão alimentícia sobre o salário mínimo também é recomendável para os casos de desemprego, pois o dever alimentar subsiste nesta hipótese.

Apelação cível - ação de alimentos - pretensão de fixação em percentual sobre salário mínimo em caso de desemprego - razoabilidade - sentença parcialmente reformada. **Tem-se por razoável a pretensão do alimentante de fixação da obrigação alimentar sobre salário mínimo para o caso de desemprego, o que lhe possibilitará cumprir o dever legal de sustentar o filho, bem como evitar futuras demandas judiciais entre as partes.** (TJ-MG - AC: 10400120001088001 MG, Relator: Edgard Penna Amorim, Data de Julgamento: 14/04/0015, Câmaras Cíveis / 8ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 28/04/2015) (negritei)

Contudo, é sabida a dificuldade de se provar o valor percebido pelo trabalhador autônomo, o que possibilita fraude e prejuízos irreparáveis ao alimentando que necessita dos alimentos para a sua sobrevivência. Deste modo, para evitar tal dano, a doutrina e jurisprudência tem permitido a fixação dos alimentos com base na teoria da aparência, isto é, a partir dos sinais exteriores de riqueza ostentados pelo alimentante.

Nesta linha, a jurisprudência:

Direito de família. Separação judicial. Alimentos à filha menor. Profissional autônomo. Condição econômica do alimentante. Fixação do quantum. **Teoria da aparência. Aplicação.** O profissional autônomo tem o dever de provar sua incapacidade

financeira de pagar pensão alimentícia para filho menor, fixada em 75% do salário mínimo. **Inexistindo prova segura acerca dos ganhos do alimentante, há de prevalecer a lógica do valor arbitrado, lastreada em sinais exteriores que demonstram a capacidade do alimentante.** Recurso conhecido e não provido. (TJDF - apelação cível: apl 115711220088070003 DF0011571-12.2008.807.0003 - julgamento: 14/04/2010) (negritei)

Ação de alimentos - filho menor adolescente - pai empresário - teoria da aparência - alimentos provisórios arbitrados - manutenção - binômio necessidade-possibilidade. A fixação da prestação alimentícia deve considerar o binômio necessidade/possibilidade; **pode, contudo, o julgador utilizar-se da teoria da aparência para arbitrar a pensão alimentar.** (TJ-MG – numeração única [2046928-93.2005.8.13.0702](#) – Data do julgamento: 05/05/2009) (negritei)

É de boa praxe, fixar na sentença o valor da pensão alimentícia tanto para as hipóteses de emprego formal e de emprego informal ou desemprego, a fim de efetivamente resolver a lide e evitar que a cada alteração na situação laboral do alimentante as partes tenham que recorrer, novamente, ao Judiciário para especificar o valor da pensão.

Assim, tem seguindo os julgados:

Apelação cível. Ação de oferecimento de alimentos. **Sentença que fixou os alimentos em 10% dos rendimentos líquidos (rendimentos brutos, subtraídos unicamente os descontos legais obrigatórios) do autor**, incidindo o referido percentual sobre férias, gratificação natalina e demais verbas de natureza salarial, devendo o pagamento ser feito mediante desconto incidente sobre o contracheque do autor, bem como o pagamento, in natura, dos gastos com a mensalidade escolar e o plano de saúde do alimentado. **Na hipótese de ausência de vínculo de emprego, determinou que o requerente pagará ao requerido o equivalente a 65% do salário mínimo, quando o pagamento deverá ser feito no 5.º dia útil de cada mês.** Inconformismo do autor, que não merece prosperar. 1-Alimentos devidos por força do art. 1.694 do Código Civil - fixação em patamar compatível com os elementos dos autos e com a necessidade do menor. 2-A obrigação alimentar dos pais resulta do outrora chamado "pátrio poder", ora poder familiar, devendo ser pautada no binômio necessidade-possibilidade, conforme o previsto no § 1º, do artigo 1694 do Código Civil, podendo o montante ser modificado, uma vez que estes dois

elementos são variáveis. 3-Da análise dos documentos acostados aos autos, o apelante não comprovou a existência de gastos ou de qualquer outra dificuldade relevante, capaz de causar prejuízo para o seu sustendo, traduzindo a ausência do direito a redução do valor da obrigação de alimentar. 4- Pleito de redução que deve ser rejeitado. Sentença que se mantém. Desprovimento do recurso. (TJ-RJ - APL: 00056682620118190045 RJ 0005668-26.2011.8.19.0045, Relator: DES. ROBERTO GUIMARAES, Data de Julgamento: 26/02/2014, DÉCIMA PRIMEIRA CAMARA CIVEL, Data de Publicação: 15/04/2014 19:21) (negritei)

Importante registrar que a situação de desemprego superveniente do alimentante não é motivo apto, por si só, para elidir a pensão, razão pela qual a sentença que fixa os alimentos já deve prever tal hipótese, a fim de não ensejar dúvida, nem prejudicar o recebimento dos alimentos pelos filhos menores. Contudo, se não houver tal previsão, deverá o alimentante continuar a pagar a pensão com base na sua última remuneração, conforme já assentou entendimento o Superior Tribunal de Justiça.

Processo civil - Recurso Especial - violação ao art. 586, § 1º, do CPC - falta de prequestionamento - Súmula 356/STF - Ação de execução de alimentos - Pensão fixada em percentual incidente sobre a

remuneração do executado - Desemprego superveniente - Extinção da ação - Impossibilidade - Liquidez do título executivo judicial.

1 - Não enseja interposição de recurso especial matéria (art. 586, § 1º, do CPC) não ventilada no v. julgado atacado. Incidência da Súmula 356/STF.

2 - Esta Corte de Uniformização já decidiu no sentido de que a rescisão do contrato de trabalho do devedor de alimentos não retira a liquidez do título executivo judicial que fixa a pensão alimentícia em percentual incidente sobre a remuneração mensal do executado. Ocorrendo alteração na situação econômica do alimentante, tal fato será motivo de defesa ou de ação revisional, mas não de extinção da ação de execução. **O cálculo do valor devido deve se basear na última remuneração efetivamente percebida.**

3 - Precedente (REsp nº 330.011/DF).

4 - Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, provido para determinar o processamento da ação de execução de alimentos. (STJ - REsp 726752/SP – Julgamento: 14/06/2005) (negritei)

Dependendo do caso concreto, também se revela de boa prática a fixação de um piso no valor da pensão alimentícia, quando se suspeita de possível ocultação de bens e rendas, ou, evitar fraude

futura no registro do valor do salário na carteira de trabalho do alimentante.

Casos em que a pensão pode ser fixada num determinado valor porcentual ou fracional, com a cláusula “desde que não inferior a uma porcentagem do salário mínimo” ou outra que a equivalha. Neste sentido:

Ementa: AÇÃO DE ALIMENTOS - Pedido formulado por filhos menores - Pai que exerce atividade profissional de médico - Rendimentos provenientes de dois empregos - **Sentença que arbitra a pensão mensal em 30% dos rendimentos líquidos, desde que não inferior a seis salários mínimos** - Hipótese em que há suspeita de omissão de dados e de rendimentos - Obediência ao binômio necessidade/possibilidade - Apelação desprovida Honorários Advocatícios - Sucumbência parcial e recíproca - Benefício obtido pelos alimentantes correspondente a aproximadamente a metade da pretensão - Recurso não acolhido. (TJ-SP - 0128015-80.2006.8.26.0000 – Data do julgamento: 30/11/2010) (negritei)

3. Natureza jurídica das principais verbas trabalhistas

Segundo Maurício Godinho Delgado^[2], salário é o conjunto de parcelas contraprestativas pagas pelo empregador ao empregado em função do contrato de trabalho. Tem natureza

alimentar, é crédito superprivilegiado e possui caráter forfetário (o salário não se afeta com o risco do empreendimento).

É uma espécie do gênero remuneração, já que esta engloba todas as contraprestações recebidas pelo empregado, inclusive as gorjetas, ao passo que o salário é prestado somente pelo empregador.

De acordo com José Cairo Júnior^[3],

Além do salário *stricto sensu*, também denominado de salário-base, compõem o salário do empregado os complementos salariais ou sobresalários, quais sejam, os prêmios, gratificações, adicionais, abonos e todas as parcelas pagas em razão do trabalho, deste modo, tais verbas integram a composição salarial do empregado para todos os efeitos legais, formando toda uma estrutura salarial.

Seguindo o entendimento deste autor, formam o complexo salarial: o salário-base, adicionais (noturno, insalubridade, periculosidade, hora extra, transferência), prêmios, gratificações (tempo de serviço e natalina) e abonos.

Os adicionais possuem natureza compensatória, salvo o adicional por tempo de serviço, que mais se aproxima de uma gratificação.

As gratificações, geralmente, não têm base legal, ou seja, são liberalidades do empregador ou convencionadas em acordo

coletivo ou sentença normativa, não são compensatórias e se regulares integram o salário, como o 13º salário.

As gorjetas, conforme a súmula 354 do TST, integram a remuneração do trabalhador e não servem de base de cálculo para as parcelas de aviso-prévio, adicional noturno, horas extras e repouso semanal remunerado.

O abono, na visão de Jose Cairo^[4]

[...] constitui, ordinariamente, uma verba de caráter salarial decorrente de um ato de liberalidade do empregador, que faz o pagamento de um *plus* salarial para o trabalho do empregado, geralmente em parcela única, sem que exista um motivo determinante específico para tal acréscimo.

Mister registrar que o abono pecuniário de férias, conforme art. 143 da CLT, não possui natureza salarial.

Também não possui natureza salarial: multa de 40% do FGTS, abono do PIS ou PASEP, indenização por tempo de serviço, vale-transporte, participação nos lucros, salário-família, ajuda de custo, reembolsos, férias indenizadas ou aviso prévio indenizado, ações da empresa em caráter de *stock option plan* (aquisição de ações da empresa como forma de incentivo e estímulo à permanência do trabalhador na empresa).

4. Base de cálculo dos alimentos

O direito de família vige sob o princípio da autonomia privada, embora temperado com normas de ordem pública, o que

não retira a predominância daquele, que bem foi definido por Francisco dos Santos Amaral Neto^[5]:

[...] a autonomia privada é o poder jurídico dos particulares de regularem, pelo exercício de sua própria vontade, as relações de que participam, estabelecendo o seu conteúdo e a respectiva disciplina jurídica. Por muitos considerado como sinônimo de autonomia da vontade, com ela, a meu ver, não se confunde, pois a expressão "autonomia da vontade" tem uma conotação subjetiva, psicológica, enquanto "autonomia privada" significa o poder particular de criar relações jurídicas de que se participa. Assim, é o poder que nós, particulares, temos, de regular juridicamente as nossas relações, dando-lhes conteúdo e eficácia juridicamente reconhecidos.

A autonomia privada é um dos princípios fundamentais do sistema de Direito Privado, em um reconhecimento da existência de um âmbito particular de atuação do sujeito, com eficácia normativa.

Destarte, devem as partes - alimentante e representante legal dos alimentandos - sempre que possível, convencionarem um justo valor da pensão alimentícia e a base de cálculo, pois sem sombra de dúvida será a melhor solução, por ser consensual, o que diminui a duração e o volume de processos no Judiciário, além de preservar os laços familiares, sem as mágoas decorrentes do litígio judicial.

Contudo, caso seja impossível a resolução amigável, indicando as verbas que comporão a base de cálculo da pensão, o juiz buscará fixá-las à luz da jurisprudência e com base na prova contida nos autos do processo.

A pensão alimentícia, em regra, é calculada sobre os rendimentos líquidos do alimentante, ou seja, o valor bruto dos rendimentos subtraídos os descontos legais obrigatórios, tais como imposto de renda, contribuição previdenciária e sindical. Conforme demonstra a decisão abaixo:

DESCONTO DE PENSÃO ALIMENTÍCIA EM FOLHA.

Definição de 'descontos legais' INSS, IR e contribuição sindical. Empregadora que não considerou o IR Correção que se impõe Cálculos equivocados e que foram adotados pela sentença Reforma necessária Danos morais inexistentes Apelo da ré provido em parte, desprovido o do autor. (TJ-SP, APL 00041696920088260157, Relator: Percival Nogueira, Data de Julgamento: 11/04/2013, 6ª Câmara de Direito Privado) (negritei)

A questão das incidências dos alimentos gera divergência, ante a diversidade de entendimentos sobre a própria incidência e sobre a natureza de algumas verbas trabalhistas, todavia, predomina entendimento de que o desconto dos alimentos não pode incidir sobre as verbas indenizatórias e as eventuais.

Recurso Especial. Alimentos. Auxílio-Acidente. Auxílio-Cesta-Alimentação E Vale-Alimentação. Verbas Indenizatórias. Exclusão Da Base De Cálculo Da Pensão Alimentícia. Precedentes. Negativa De Prestação Jurisdicional. Art. 535 Do Cpc. Não Ocorrência. Percentual Incidente Sobre A Remuneração. Revisão. Impossibilidade. Súmula Nº 7/STJ. **1. Os alimentos incidem sobre verbas pagas em caráter habitual, aquelas incluídas permanentemente no salário do empregado.** A verba alimentar incide, portanto, sobre vencimentos, salários ou proventos, valores auferidos pelo devedor no desempenho de sua função ou de suas atividades empregatícias, decorrentes dos rendimentos ordinários do devedor. **2. As parcelas denominadas auxílio-acidente, cesta-alimentação e vale-alimentação, que tem natureza indenizatória, estão excluídas do desconto para fins de pensão alimentícia porquanto verbas transitórias.** 3. Não há falar em negativa de prestação jurisdicional se o tribunal de origem motiva adequadamente sua decisão, solucionando a controvérsia com a aplicação do direito que entende cabível à hipótese, apenas não no sentido pretendido pela parte. 4. Rever as conclusões que conduziram à fixação do percentual

do desconto incidente no salário do alimentante demandaria o reexame de matéria fático-probatória, o que é inviável em sede de recurso especial, nos termos da Súmula nº 7 do Superior Tribunal de Justiça. 5. Recurso especial parcialmente provido. (STJ - REsp: 1159408 PB 2009/0197588-1, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Data de Julgamento: 07/11/2013, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/11/2013) (negritei)

De igual modo, o coeficiente de correção cambial:

CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. MISSÃO NO EXTERIOR. COEFICIENTE DE CORREÇÃO CAMBIAL. VERBA TRANSITÓRIA E INDENIZATÓRIA. ALIMENTOS. NÃO INCIDÊNCIA. 1. **A parcela denominada "coeficiente de correção cambial" não integra a base de cálculo de alimentos**, cujo valor foi estabelecido levando em consideração as necessidades dos alimentandos e as possibilidades do alimentante no Brasil. **Isso em razão do caráter transitório e indenizatório dessa verba**, conforme reconhecido na instância ordinária, percebida pelo servidor público apenas no período em que desempenhou missão no exterior, época em que os alimentandos permaneceram residindo no território nacional. 2. Recurso especial a que se nega

provimento. (STJ - REsp: 1017035 RJ 2007/0300306-0, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 17/11/2011, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/02/2012) (negritei)

O valor da pensão alimentícia é descontado do salário do alimentando, portanto, em regra, somente deve incidir sobre as verbas de natureza salarial, sendo que o STJ decidiu que há desconto de pensão sobre o décimo terceiro salário e sobre o terço constitucional de férias, no julgamento do recurso repetitivo, conforme julgados abaixo:

DIREITO DE FAMÍLIA. ALIMENTOS. DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO. TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS. INCIDÊNCIA. JULGAMENTO SOB A TÉCNICA DO ART. 543-C DO CPC.

1. Consolidação da jurisprudência desta Corte no sentido da incidência da pensão alimentícia sobre o décimo terceiro salário e o terço constitucional de férias, também conhecidos, respectivamente, por gratificação natalina e gratificação de férias.

2. Julgamento do especial como representativo da controvérsia, na forma do art. 543-C do CPC e da Resolução 08/2008 do STJ - Procedimento de Julgamento de Recursos Repetitivos.

3. Recurso especial provido. (STJ, REsp 1106654 / RJ, Recurso Repetitivo tema 192) (negritei)

Agravo regimental. Recurso especial. Direito de família. Alimentos. Base de cálculo. Remuneração do alimentante. Inclusão da gratificação natalina e do terço de férias. Possibilidade. Inexistência de ressalva em cláusula expressa.

1. A Segunda Seção desta Corte Superior consagrou o entendimento, em recurso repetitivo, de que o 13º salário (gratificação natalina) e o adicional de férias (terço constitucional) integram a base de cálculo da pensão alimentícia, desde que não haja pactuação em sentido inverso. É que tais estipêndios integram a remuneração do genitor, sendo abarcados pelo conceito de "renda líquida".

2. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ - AgRg no REsp 1152681 MG 2009/0157427-0 - Publicação: DJe 01/09/2010) (negritei)

Durante muito tempo a jurisprudência entendeu que as horas extras não deviam ingressar na base de cálculo da pensão alimentícia, devido ao seu caráter eventual, contudo, o Superior Tribunal de Justiça, através de sua quarta turma, decidiu que independentemente da habitualidade, as horas extras devem compor a base de cálculo da pensão alimentícia.

Direito de Família. Alimentos. Base de Cálculo. Percentual Fixado sobre os Rendimentos líquidos do devedor. Horas Extras. Incidência.

1. O valor recebido pelo alimentante a título de horas extras, mesmo que não habituais, embora não ostente caráter salarial para efeitos de apuração de outros benefícios trabalhistas, é verba de natureza remuneratória e integra a base de cálculo para a incidência dos alimentos fixados em percentual sobre os rendimentos líquidos do devedor.

2. Recurso não provido. (STJ - REsp 1098585 / SP - QUARTA TURMA, Data: 25/06/2013) (negritei)

Na jurisprudência, há divergência sobre a incidência dos alimentos sobre o adicional noturno:

Ementa: ALIMENTOS - Possibilidade de incidência sobre horas extras, adicional noturno e férias. Todavia, descabimento sobre o terço constitucional de férias. Sentença de procedência. Recurso provido em parte para, por maioria de votos, para excluir a incidência dos alimentos ao terço constitucional de férias. (TJ-SP - 0004884-56.2008.8.26.0337 - Data do julgamento: 22/09/2010) (negritei)

Ementa: *02714506* Voto n.º 11.900 Revisional de alimentos. Fixação da pensão em meio salário mínimo se apresenta adequada às circunstâncias fáticas. Salário base do alimentante não é expressivo. **Horas extras e adicional noturno não integram a base de cálculo para efeitos de alimentos, pois configuram verbas personalíssimas.** Binômio necessidade/possibilidade observado. Apelo desprovido. (TJ-SP - 0336143-03.2009.8.26.0000 - Data do julgamento: 26/11/2009) (negritei)

Todavia, a fim de buscar uma solução razoável sobre a incidência do adicional noturno, parece acertada o posicionamento e a fundamentação do eminente Desembargador Rui Portanova sobre o tema, de modo que as incidências devem vir expressas, pois vige o princípio da autonomia privada, e na ausência de menção, não há razão para se excluir os adicionais noturno e de insalubridade, por não ser um benefício próprio do alimentante.

Ementa: Apelação. Revisional de alimentos. 13º Salário e adicional de férias. Adicional de insalubridade e noturno. Participação nos lucros. A incidência de pensão alimentícia sobre o 13º salário e adicional de férias deve vir expressa no termo onde acordados ou fixados os alimentos. Na omissão, entende-se como não incidente sobre estas verbas. Por outro lado, **não há razão para excluir da base de**

cálculo dos alimentos os adicionais de insalubridade e noturno, bem como a participação nos lucros da empresa. Tais parcelas fazem parte da remuneração do alimentante e não constituem um plus em seu benefício próprio. Agravo parcialmente provido. Em monocrática. (Agravo de Instrumento Nº 70018672063, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 15/02/2007) (negritei)

Em relação à participação nos lucros, também há divergência jurisprudencial sobre sua incidência para definição dos alimentos, porém, há julgados no STJ que admitem a incidência. Vale conferir:

Civil. Família. Ação revisional de alimentos. Sentença. Pensão alimentícia fixada em um salário mínimo. Alteração do valor dos alimentos para 15% dos rendimentos do alimentante. Manutenção do percentual. Binômio necessidade-possibilidade (cc, art. 1.694, § 1º). Pedido de exclusão de incidência dos alimentos sobre participação nos lucros da empresa. Possibilidade. Verba de caráter eventual não integrante do salário. Recurso parcialmente provido. O critério de fixação dos alimentos provisionais, provisórios ou definitivos está previsto no artigo 1.694, § 1º, do Código Civil, cuja ordem é para que se observem as necessidades dos reclamantes e os

recursos econômico-financeiros do reclamado, visando a uma mais justa fixação da verba alimentar, devendo o juiz estar atento para não fixá-la em quantia irrisória, inadequada ao suprimento das necessidades vitais do alimentando, nem em valor apto a levar o alimentante à insolvência. **A pensão alimentícia não pode incidir sobre participação nos lucros da empresa, por constituir verba de caráter eventual, decorrente do exclusivo esforço pessoal do alimentante.** (TJ-SC - AC: 554786 SC 2007.055478-6, Relator: Luiz Carlos Freyesleben, Data de Julgamento: 19/05/2011, Segunda Câmara de Direito Civil, Data de Publicação: Apelação Cível n. , de Joinville) (negritei)

Em sentido contrário, o STJ julgou:

Embargos de declaração em agravo de instrumento – expediente manejado com nítido e exclusivo intuito infringencial – recebimento do reclamo como agravo regimental - pensão alimentícia – **alimentante beneficiário de gratificação a título de participação nos lucros de sociedade empresária - evidente caráter remuneratório da verba - correta incidência na base de cálculo da pensão alimentícia** - recurso não provido. (STJ - EDcl no Ag: 1214097 RJ 2009/0092121-

9, Relator: Ministro MARCO BUZZI, Data de Julgamento: 08/11/2011, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 21/11/2011) (negritei)

No tocante ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), o STJ fixou entendimento de que é possível a sua inclusão na base de cálculo da pensão alimentícia, guiando a jurisprudência dos Tribunais de Justiça neste sentido:

Apelação cível. Família. Homologação de acordo extrajudicial. Alvará para pagamento da pensão alimentícia em atraso. Saque do FGTS. Considerando a natureza alimentar da dívida, **tanto no âmbito do STJ, quanto no âmbito desta Corte, encontra-se assentado o entendimento de que é possível a movimentação de conta vinculada de trabalhador no FGTS, além das hipóteses arroladas nas disposições do art. 20 da Lei nº 8.036/90, também para fins de garantia e satisfação de dívida de alimentos.** Recurso Provido. (TJ-RS - AC: 70065629495 RS , Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Data de Julgamento: 16/07/2015, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 21/07/2015) (negritei)

Tem sido comum o saque do FGTS para o pagamento de dívida alimentar em processo de execução, após o esgotamento de

outras possibilidades executivas, conforme mostra o seguinte julgado:

Mandado de segurança. Execução de alimentos. Bens não localizados. Verba depositada a título de PIS (programa de integração social). Penhora. Possibilidade. Princípios constitucionais superiores. Dignidade da pessoa humana. Proporcionalidade. Absoluta prioridade da criança e do adolescente. Precedentes. Ordem denegada. **A penhora de recursos do Programa de Integração Social - PIS (e do FGTS), em regra, não é admitida. Entretanto, no caso de inadimplemento de pensão alimentícia, quando esgotadas as possibilidades de satisfação da dívida, pode ser realizada. A prestação de alimentos possui tamanha prioridade em nosso sistema constitucional que é a única hipótese de restrição da liberdade de ordem civil, por meio da prisão. Se até mesmo a liberdade é tolhida, não há patrimônio intangível.** (TJ-SC - MS: 272636 SC 2011.027263-6, Relator: Victor Ferreira, Data de Julgamento: 04/08/2011, Quarta Câmara de Direito Civil, Data de Publicação: Mandado de Segurança n. , de Garuva) (negritei)

Ademais, entende o STJ que a competência para autorizar o saque é da Justiça Estadual (e não da Justiça Federal), embora haja

julgado em sentido contrário, a jurisprudência dos Estados tem seguido esta linha conforme aduz o presente julgado:

Competência. FGTS. Pensão alimentícia devida pelo titular da conta - Alvará de levantamento. I - **É da competência da justiça estadual expedir alvará de levantamento de valores relativos ao FGTS, devidos pelo titular da conta em decorrência de pensão alimentícia estipulada por decisão judicial.** II - Conflito de que se conhece, a fim de declarar-se a competência da justiça estadual. (STJ - CC: 19283 BA 1997/0010083-9, Relator: Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Data de Julgamento: 28/05/1997, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJ 23/06/1997 p. 29035) (negritei)

Na mesma esteira, se estende o entendimento ao PIS:

Processual civil. Recurso ordinário em mandado de segurança. Alvará de levantamento de valores de conta vinculada ao PIS. Titularidade de devedor de pensão alimentícia. Ausência de teratologia e ilegalidade. Recurso desprovido. 1. **A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica quanto à possibilidade de a Justiça estadual autorizar o levantamento de valores de conta vinculada ao FGTS para o pagamento de obrigação alimentar do titular, daí decorrendo, por imperativo lógico, que**

também o é para expedir alvará de levantamento de conta vinculada ao PIS 2. Recurso ordinário desprovido. (STJ - RMS: 36105 SP 2011/0232202-3, Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Data de Julgamento: 14/05/2013, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 24/05/2013) (negritei)

Por fim, não integram a base de cálculo da pensão alimentícia as verbas indenizatórias, tais como, ajuda de custo, diárias, auxílio-acidente, cesta-alimentação e vale-alimentação, etc. Nesse sentido, definiu o STJ:

Recurso especial. **Alimentos. Auxílio-acidente. Auxílio-cesta-alimentação e vale-alimentação. Verbas indenizatórias. Exclusão da base de cálculo da pensão alimentícia.** Precedentes. Negativa de prestação jurisdicional. Art. 535 do cpc. Não ocorrência. Percentual incidente sobre a remuneração. Revisão. Impossibilidade. Súmula nº 7/STJ. 1. Os alimentos incidem sobre verbas pagas em caráter habitual, aquelas incluídas permanentemente no salário do empregado. A verba alimentar incide, portanto, sobre vencimentos, salários ou proventos, valores auferidos pelo devedor no desempenho de sua função ou de suas atividades empregatícias, decorrentes dos rendimentos ordinários do devedor. **2. As parcelas denominadas**

auxílio-acidente, cesta-alimentação e vale-alimentação, que tem natureza indenizatória, estão excluídas do desconto para fins de pensão alimentícia porquanto verbas transitórias. 3. Não há falar em negativa de prestação jurisdicional se o tribunal de origem motiva adequadamente sua decisão, solucionando a controvérsia com a aplicação do direito que entende cabível à hipótese, apenas não no sentido pretendido pela parte. 4. Rever as conclusões que conduziram à fixação do percentual do desconto incidente no salário do alimentante demandaria o reexame de matéria fático-probatória, o que é inviável em sede de recurso especial, nos termos da Súmula nº 7 do Superior Tribunal de Justiça. 5. Recurso especial parcialmente provido. (STJ - REsp: 1159408 PB 2009/0197588-1, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Data de Julgamento: 07/11/2013, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/11/2013) (negritei)

Nesta linha, as férias indenizadas também não integram a base de cálculo da pensão alimentícia, conforme julgado abaixo:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL - Revisional de Alimentos - Pedido de redução da verba alimentar - Alegação do apelante de aumento de suas despesas com a constituição de nova família - Pretensão de

não incidência da verba alimentar sobre as horas extras, visto que não previstas no acordo entabulado entre as partes- Pretensão de afastamento da incidência da pensão sobre 13º salário e férias gozadas- Acolhimento parcial - Não demonstrada mudança na situação financeira do apelante que justifique a pretendida redução dos alimentos - Incidência dos alimentos sobre o 13º salário, horas extras habituais e 1/3 pago sobre as férias - **Não incidência sobre horas extras não habituais e férias indenizadas** - Recurso parcialmente provido. (TJ-SP - 0299533-36.2009.8.26.0000 - Data do julgamento: 03/08/2010) (negritei)

Conclusão

Os alimentos constituem direito humano fundamental, por se tratar de condição indispensável para o desenvolvimento sadio e completo das crianças e adolescentes e para manutenção da vida daquele que não consegue prover a própria subsistência. Assim, são os pais responsáveis pelos alimentos aos filhos menores e incapazes, sendo presumida a necessidade de alimentos para as crianças e adolescentes.

Os alimentos podem ser pagos *in natura* ou mediante pensão alimentícia, sendo que as partes, em observância a autonomia privada, podem convencionar o valor da pensão e as condições de pagamento, hipótese que tem se mostrado melhor, por resolver

amigavelmente, preservando-se os vínculos familiares, e sem o desgaste de um processo judicial.

Contudo, quando as partes não conseguem entabular um acordo sobre a pensão, deve-se recorrer ao juiz que o fará à luz do Código Civil e da Lei 5478/68, munindo-se do auxílio da jurisprudência.

A lei impõe que os alimentos sejam fixados segundo o binômio necessidade-possibilidade, modernamente, tem se falado no trinômio necessidade-possibilidade-proporcionalidade. Como se percebe, são balizas amplas, ficando a cargo da jurisprudência a especificação das verbas que devem compor a base de cálculo da pensão alimentícia, diante da falta de acordo entre as partes.

Entretanto, é possível encontrar muita divergência sobre a composição da base de cálculo da pensão alimentícia. Apenas, há certo consenso de que a pensão deve incidir sobre as verbas de natureza salarial, com exclusão das verbas indenizatórias, restando, ainda, um pouco de dúvidas sobre as verbas eventuais.

A jurisprudência também destaca a boa prática de se fixar os alimentos tanto nas hipóteses de trabalho forma, quanto no caso de desemprego ou trabalho informal, a fim de se evitar que a cada alteração na situação laboral do devedor, as partes tenham que se socorrer do Poder Judiciário.

Assim, em caso de emprego formal os alimentos devem ser fixados em porcentagem dos rendimentos líquidos (valor bruto

menos os descontos legais), e em caso de emprego informal ou desemprego os alimentos são fixados sobre o salário mínimo.

O Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento sobre a incidência da pensão alimentícia sobre o décimo terceiro salário e sobre o terço constitucional de férias. Também, modernamente, admitiu a penhora do FGTS para pagamento de dívida alimentar.

Ainda, há um longo caminho para se pacificar quais verbas compõem a base de cálculo da pensão alimentícia. Logo, é importante sempre consultar as fontes legislativas e doutrinárias do direito do trabalho, para identificar a natureza de cada verba, a fim de verificar se está compreendida no salário ou se é indenizatória, embora, nem sempre a jurisprudência siga fielmente esta linha de raciocínio.

Deste modo, é sempre recomendável buscar a resolução amigável, pois na impossibilidade do consenso abrir-se-á um longo caminho para se discutir e definir a justa composição da base de cálculo da pensão alimentícia.

Referências Bibliográficas:

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. Autonomia privada.

Portal do Conselho da Justiça Federal. Disponível em:<<http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero9/artigo5.htm>>.

Acesso em: 13 ago 2015.

CAIRO JÚNIOR, José. **Curso de direito do trabalho: direito individual e direito coletivo do trabalho.** 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

Notas:

[1] FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 587-588.

[2] DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 4. ed. São Paulo: Ltr, 2005, p. 681 *apud* CAIRO JÚNIOR, José. **Curso de direito do trabalho: direito individual e direito coletivo do trabalho**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 308.

[3] CAIRO JÚNIOR, José. **Curso de direito do trabalho: direito individual e direito coletivo do trabalho**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 327.

[4] CAIRO JÚNIOR, José. **Curso de direito do trabalho: direito individual e direito coletivo do trabalho**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 342.

[5] AMARAL NETO, Francisco dos Santos. Autonomia privada. **Portal do Conselho da Justiça Federal**. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero9/artigo5.htm>>. Acesso em: 13 ago 2015.

PONDERAÇÕES À POLÍTICA NACIONAL DE CULTURA VIVA: BREVES COMENTÁRIOS À LEI Nº 13.018/2014

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

Resumo: O objetivo do presente está assentado na análise da Política Nacional de Cultura Viva, introduzida no ordenamento jurídico por meio da Lei nº 13.018/2014. Cuida salientar que o meio ambiente cultural é constituído por bens culturais, cuja acepção compreende aqueles que possuem valor histórico, artístico, paisagístico, arqueológico, espeleológico, fossilífero, turístico, científico, refletindo as características de uma determinada sociedade. Ao lado disso, quadra anotar que a cultura identifica as sociedades humanas, sendo formada pela história e maciçamente influenciada pela natureza, como localização geográfica e clima. Com efeito, o meio ambiente cultural decorre de uma intensa interação entre homem e natureza, porquanto aquele constrói o seu meio, e toda sua atividade e percepção são conformadas pela sua cultural. A cultura brasileira é o resultado daquilo que era próprio das populações tradicionais indígenas e das transformações trazidas pelos diversos grupos

colonizadores e escravos africanos. Nesta toada, ao se analisar o meio ambiente cultural, enquanto complexo macrossistema, é perceptível que é algo incorpóreo, abstrato, fluído, constituído por bens culturais materiais e imateriais portadores de referência à memória, à ação e à identidade dos distintos grupos formadores da sociedade brasileira. O conceito de patrimônio histórico e artístico nacional abrange todos os bens moveis e imóveis, existentes no País, cuja conservação seja de interesse público, por sua vinculação a fatos memoráveis da História pátria ou por seu excepcional valor artístico, arqueológico, etnográfico, bibliográfico e ambiental.

Palavras-chaves: Patrimônio Cultural. Tutela Jurídica. Cultura Viva.

Sumário: 1 Ponderações Introdutórias: Breves notas à construção teórica do Direito Ambiental; 2 Comentários à concepção de Meio Ambiente; 3 Meio Ambiente e Patrimônio Cultural: Aspectos Introdutórios; 4 Ponderações à Política Nacional de Cultura Viva: Breves Comentários à Lei nº 13.018/2014.

1 Ponderações Introdutórias: Breves notas à construção teórica do Direito Ambiental

Inicialmente, ao se dispensar um exame acerca do tema colocado em tela, patente se faz arrazoar que a Ciência Jurídica, enquanto um conjunto multifacetado de arcabouço doutrinário e técnico, assim como as robustas ramificações que a integram, reclama uma interpretação alicerçada nos plurais aspectos modificadores que passaram a influir em sua estruturação. Neste almiré, lançando à tona os aspectos característicos de mutabilidade que passaram a orientar o Direito, tornou-se imperioso

salientar, com ênfase, que não mais subsiste uma visão arrimada em preceitos estagnados e estanques, alheios às necessidades e às diversidades sociais que passaram a contornar os Ordenamentos Jurídicos. Ora, infere-se que não mais prospera o arcabouço imutável que outrora sedimentava a aplicação das leis, sendo, em decorrência dos anseios da população, suplantados em uma nova sistemática.

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

Ademais, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, imprescindível se fez adotá-la como maciço axioma de sustentação do Ordenamento Brasileiro, precipuamente quando se objetiva a amoldagem do texto legal, genérico e abstrato, aos complexos

anseios e múltiplas necessidades que influenciam a realidade contemporânea. Ao lado disso, há que se citar o voto magistral voto proferido pelo Ministro Eros Grau, ao apreciar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF, “*o direito é um organismo vivo, peculiar porém porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo. Essa, a sua força, o seu fascínio, a sua beleza*” [2]. Como bem pontuado, o fascínio da Ciência Jurídica jaz, justamente, na constante e imprescindível mutabilidade que apresenta, decorrente do dinamismo que reverbera na sociedade e orienta a aplicação dos Diplomas Legais e os institutos jurídicos neles consagrados.

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

Nas últimas décadas, o aspecto de mutabilidade tornou-se ainda mais evidente, em especial, quando se analisa a construção de novos que derivam da Ciência Jurídica. Entre estes, cuida destacar a ramificação ambiental, considerando como um ponto de congruência da formação de

novos ideários e cânones, motivados, sobretudo, pela premissa de um manancial de novos valores adotados. Nesta trilha de argumentação, de boa técnica se apresenta os ensinamentos de Fernando de Azevedo Alves Brito que, em seu artigo, aduz: *“Com a intensificação, entretanto, do interesse dos estudiosos do Direito pelo assunto, passou-se a desvendar as peculiaridades ambientais, que, por estarem muito mais ligadas às ciências biológicas, até então era marginalizadas”*^[4]. Assim, em decorrência da proeminência que os temas ambientais vêm, de maneira paulatina, alcançando, notadamente a partir das últimas discussões internacionais envolvendo a necessidade de um desenvolvimento econômico pautado em sustentabilidade, não é raro que prospere, mormente em razão de novos fatores, um verdadeiro remodelamento ou mesmo uma releitura dos conceitos que abalizam a ramificação ambiental do Direito, com o fito de permitir que ocorra a conservação e recuperação das áreas degradadas, primacialmente as culturais.

Ademais, há de ressaltar ainda que o direito ambiental passou a figurar, especialmente, depois das décadas de 1950 e 1960, como um elemento integrante da farta e sólida tábua de direitos fundamentais. Calha realçar que mais contemporâneos, os direitos que constituem a terceira dimensão recebem a alcunha de direitos de fraternidade ou, ainda, de solidariedade, contemplando, em sua estrutura, uma patente preocupação com o destino da humanidade^[5]. Ora, daí se verifica a inclusão de meio ambiente como um direito fundamental, logo, está umbilicalmente atrelado com humanismo e, por extensão, a um ideal de sociedade mais justa e solidária. Nesse sentido, ainda, é plausível citar o artigo 3º., inciso I, da Carta Política de 1988 que abriga em sua redação tais pressupostos como

os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direitos: “*Art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária*”[6].

Ainda nesta esteira, é possível verificar que a construção dos direitos encampados sob a rubrica de terceira dimensão tende a identificar a existência de valores concernentes a uma determinada categoria de pessoas, consideradas enquanto unidade, não mais prosperando a típica fragmentação individual de seus componentes de maneira isolada, tal como ocorria em momento pretérito. Com o escopo de ilustrar, de maneira pertinente as ponderações vertidas, insta trazer à colação o entendimento do Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº. 1.856/RJ, em especial quando destaca:

Cabe assinalar, Senhor Presidente, que os direitos de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos, genericamente, e de modo difuso, a todos os integrantes dos agrupamentos sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem, por isso mesmo, ao lado dos denominados direitos de quarta geração (como o direito ao desenvolvimento e o direito à paz), um momento importante no processo de expansão e reconhecimento dos direitos humanos, qualificados estes, enquanto valores fundamentais indisponíveis, como prerrogativas impregnadas de uma natureza essencialmente inexaurível[7].

Quadra anotar que os direitos alocados sob a rubrica de *direito de terceira dimensão* encontram como assento primordial a visão da espécie humana na condição de coletividade, superando, via de consequência, a tradicional visão que está pautada no ser humano em sua individualidade. Assim, a preocupação identificada está alicerçada em direitos que são coletivos, cujas influências afetam a todos, de maneira indiscriminada. Ao lado do exposto, cuida mencionar, segundo Bonavides, que tais direitos “*têm primeiro por destinatários o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta*”[8]. Com efeito, os direitos de terceira dimensão, dentre os quais se inclui ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, positivado na Constituição de 1988, emerge com um claro e tangível aspecto de familiaridade, como ápice da evolução e concretização dos direitos fundamentais.

2 Comentários à concepção de Meio Ambiente

Em uma primeira plana, ao lançar mão do sedimentado jurídico-doutrinário apresentado pelo inciso I do artigo 3º da Lei Nº. 6.938, de 31 de agosto de 1981[9], que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências, salienta que o meio ambiente consiste no conjunto e conjunto de condições, leis e influências de ordem química, física e biológica que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas. Pois bem, com o escopo de promover uma facilitação do aspecto conceitual apresentado, é possível verificar que o meio ambiente se assenta em um complexo diálogo de fatores abióticos, provenientes de ordem química e física, e bióticos, consistentes nas plurais e diversificadas formas de seres vivos. Consoante os ensinamentos

apresentados por José Afonso da Silva, considera-se meio-ambiente como *“a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas”*[10].

Nesta senda, ainda, Fiorillo[11], ao tecer comentários acerca da acepção conceitual de meio ambiente, coloca em destaque que tal tema se assenta em um ideário jurídico indeterminado, incumbindo, ao intérprete das leis, promover o seu preenchimento. Dada à fluidez do tema, é possível colocar em evidência que o meio ambiente encontra íntima e umbilical relação com os componentes que cercam o ser humano, os quais são de imprescindível relevância para a sua existência. O Ministro Luiz Fux, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N.º. 4.029/AM, salientou, com bastante pertinência, que:

(...) o meio ambiente é um conceito hoje geminado com o de saúde pública, saúde de cada indivíduo, sadia qualidade de vida, diz a Constituição, é por isso que estou falando de saúde, e hoje todos nós sabemos que ele é imbricado, é conceitualmente geminado com o próprio desenvolvimento. Se antes nós dizíamos que o meio ambiente é compatível com o desenvolvimento, hoje nós dizemos, a partir da Constituição, tecnicamente, que não pode haver desenvolvimento senão com o meio ambiente ecologicamente equilibrado. A gemação do conceito me parece de rigor técnico, porque salta da própria Constituição Federal[12].

É denotável, desta sorte, que a constitucionalização do meio ambiente no Brasil viabilizou um verdadeiro salto qualitativo, no que concerne, especificamente, às normas de proteção ambiental. Tal fato decorre da premissa que os robustos corolários e princípios norteadores foram alçados ao patamar constitucional, assumindo colocação eminente, ao lado das liberdades públicas e dos direitos fundamentais. Superadas tais premissas, aprovou o Constituinte, ao entalhar a Carta Política Brasileira, ressoando os valores provenientes dos direitos de terceira dimensão, insculpir na redação do artigo 225, conceder amplo e robusto respaldo ao meio ambiente como pilar integrante dos direitos fundamentais. *“Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, as normas de proteção ambiental são alçadas à categoria de normas constitucionais, com elaboração de capítulo especialmente dedicado à proteção do meio ambiente”*[13]. Nesta toada, ainda, é observável que o *caput* do artigo 225 da Constituição Federal de 1988[14] está abalizado em quatro pilares distintos, robustos e singulares que, em conjunto, dão corpo a toda tábua ideológica e teórica que assegura o substrato de edificação da ramificação ambiental.

Primeiramente, em decorrência do tratamento dispensado pelo artífice da Constituição Federal, o meio ambiente foi içado à condição de direito de todos, presentes e futuras gerações. É encarado como algo pertencente a toda coletividade, assim, por esse prisma, não se admite o emprego de qualquer distinção entre brasileiro nato, naturalizado ou estrangeiro, destacando-se, sim, a necessidade de preservação, conservação e não-poluição. O artigo 225, devido ao cunho de direito difuso que possui, extrapola os limites territoriais do Estado Brasileiro, não ficando centrado,

apenas, na extensão nacional, compreendendo toda a humanidade. Neste sentido, o Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 1.856/RJ, destacou que:

A preocupação com o meio ambiente - que hoje transcende o plano das presentes gerações, para também atuar em favor das gerações futuras (...) tem constituído, por isso mesmo, objeto de regulações normativas e de proclamações jurídicas, que, ultrapassando a província meramente doméstica do direito nacional de cada Estado soberano, projetam-se no plano das declarações internacionais, que refletem, em sua expressão concreta, o compromisso das Nações com o indeclinável respeito a esse direito fundamental que assiste a toda a Humanidade[15].

O termo “todos”, aludido na redação do *caput* do artigo 225 da Constituição Federal de 1988, faz menção aos já nascidos (presente geração) e ainda aqueles que estão por nascer (futura geração), cabendo àqueles zelar para que esses tenham à sua disposição, no mínimo, os recursos naturais que hoje existem. Tal fato encontra como arrimo a premissa que foi reconhecido ao gênero humano o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao gozo de condições de vida adequada, em ambiente que permita desenvolver todas as suas potencialidades em clima de dignidade e bem-estar. Pode-se considerar como um direito transgeracional, ou seja, ultrapassa as gerações, logo, é viável afirmar que o meio-ambiente é um direito público subjetivo. Desta feita, o ideário de que o meio ambiente substancializa patrimônio público a ser

imperiosamente assegurado e protegido pelos organismos sociais e pelas instituições estatais, qualificando verdadeiro encargo irrenunciável que se impõe, objetivando sempre o benefício das presentes e das futuras gerações, incumbindo tanto ao Poder Público quanto à coletividade considerada em si mesma.

Assim, decorrente de tal fato, produz efeito *erga omnes*, sendo, portanto, oponível contra a todos, incluindo pessoa física/natural ou jurídica, de direito público interno ou externo, ou mesmo de direito privado, como também ente estatal, autarquia, fundação ou sociedade de economia mista. Impera, também, evidenciar que, como um direito difuso, não subiste a possibilidade de quantificar quantas são as pessoas atingidas, pois a poluição não afeta tão só a população local, mas sim toda a humanidade, pois a coletividade é indeterminada. Nesta senda, o direito à interidade do meio ambiente substancializa verdadeira prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, ressoando a expressão robusta de um poder deferido, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas num sentido mais amplo, atribuído à própria coletividade social.

Com a nova sistemática entabulada pela redação do artigo 225 da Carta Maior, o meio-ambiente passou a ter autonomia, tal seja não está vinculada a lesões perpetradas contra o ser humano para se agasalhar das reprimendas a serem utilizadas em relação ao ato perpetrado. Figura-se, *ergo*, como bem de uso comum do povo o segundo pilar que dá corpo aos sustentáculos do tema em tela. O axioma a ser esmiuçado, está atrelado o meio-ambiente como vetor da sadia qualidade de vida, ou seja, manifesta-se na salubridade, precipuamente, ao vincular a espécie humana está se tratando do bem-estar e condições mínimas de existência. Igualmente, o

sustentáculo em análise se corporifica também na higidez, ao cumprir os preceitos de ecologicamente equilibrado, salvaguardando a vida em todas as suas formas (diversidade de espécies).

Por derradeiro, o quarto pilar é a corresponsabilidade, que impõe ao Poder Público o dever geral de se responsabilizar por todos os elementos que integram o meio ambiente, assim como a condição positiva de atuar em prol de resguardar. Igualmente, tem a obrigação de atuar no sentido de zelar, defender e preservar, asseverando que o meio-ambiente permaneça intacto. Aliás, este último se diferencia de conservar que permite a ação antrópica, viabilizando melhorias no meio ambiente, trabalhando com as premissas de desenvolvimento sustentável, aliando progresso e conservação. Por seu turno, o cidadão tem o dever negativo, que se apresenta ao não poluir nem agredir o meio-ambiente com sua ação. Além disso, em razão da referida corresponsabilidade, são titulares do meio ambiente os cidadãos da presente e da futura geração.

3 Meio Ambiente e Patrimônio Cultural: Aspectos Introdutórios

Quadra salientar que o meio ambiente cultural é constituído por bens culturais, cuja acepção compreende aqueles que possuem valor histórico, artístico, paisagístico, arqueológico, espeleológico, fossilífero, turístico, científico, refletindo as características de uma determinada sociedade. Ao lado disso, quadra anotar que a cultura identifica as sociedades humanas, sendo formada pela história e maciçamente influenciada pela natureza, como localização geográfica e clima. Com efeito, o meio ambiente cultural decorre de uma intensa interação entre homem e natureza, porquanto aquele constrói o seu meio, e toda sua atividade e percepção são conformadas pela sua cultura. “A *cultura*

brasileira é o resultado daquilo que era próprio das populações tradicionais indígenas e das transformações trazidas pelos diversos grupos colonizadores e escravos africanos”[16]. Desta maneira, a proteção do patrimônio cultural se revela como instrumento robusto da sobrevivência da própria sociedade.

Nesta toada, ao se analisar o meio ambiente cultural, enquanto complexo macrossistema, é perceptível que é algo incorpóreo, abstrato, fluído, constituído por bens culturais materiais e imateriais portadores de referência à memória, à ação e à identidade dos distintos grupos formadores da sociedade brasileira. Meirelles anota que *“o conceito de patrimônio histórico e artístico nacional abrange todos os bens moveis e imóveis, existentes no País, cuja conservação seja de interesse público, por sua vinculação a fatos memoráveis da História pátria ou por seu excepcional valor artístico, arqueológico, etnográfico, bibliográfico e ambiental”*[17]. Quadra anotar que os bens compreendidos pelo patrimônio cultural compreendem tanto realizações antrópicas como obras da Natureza; preciosidades do passado e obras contemporâneas.

Nesta esteira, é possível subclassificar o meio ambiente cultural em duas espécies distintas, quais sejam: uma concreta e outra abstrata. Neste passo, o meio-ambiente cultural concreto, também denominado material, se revela materializado quando está transfigurado em um objeto classificado como elemento integrante do meio-ambiente humano. Assim, é possível citar os prédios, as construções, os monumentos arquitetônicos, as estações, os museus e os parques, que albergam em si a qualidade de ponto turístico, artístico, paisagístico, arquitetônico ou histórico. Os exemplos citados alhures, em razão de todos os predicados que ostentam,

são denominados de meio-ambiente cultural concreto. Acerca do tema em comento, é possível citar o robusto entendimento jurisprudencial firmado pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar, ao apreciar o Recurso Especial N° 115.599/RS:

Ementa: Meio Ambiente. Patrimônio cultural. Destruição de dunas em sítios arqueológicos. Responsabilidade civil. Indenização. O autor da destruição de dunas que encobriam sítios arqueológicos deve indenizar pelos prejuízos causados ao meio ambiente, especificamente ao meio ambiente natural (dunas) e ao meio ambiente cultural (jazidas arqueológicas com cerâmica indígena da Fase Vieira). Recurso conhecido em parte e provido. (Superior Tribunal de Justiça – Quarta Turma/ REsp 115.599/RS/ Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar/ Julgado em 27.06.2002/ Publicado no Diário da Justiça em 02.09.2002, p. 192).

Diz-se, de outro modo, o meio-ambiente cultural abstrato, chamado, ainda, de imaterial, quando este não se apresenta materializado no meio-ambiente humano, sendo, deste modo, considerado como a cultura de um povo ou mesmo de uma determinada comunidade. Da mesma maneira, são alcançados por tal acepção a língua e suas variações regionais, os costumes, os modos e como as pessoas relacionam-se, as produções acadêmicas, literárias e científicas, as manifestações decorrentes de cada identidade nacional e/ou regional. Neste sentido, é possível colacionar o entendimento firmado pelo Tribunal Regional Federal da Segunda Região,

quando, ao apreciar a Apelação Cível N° 2005251015239518, firmou entendimento que “*expressões tradicionais e termos de uso corrente, trivial e disseminado, reproduzidos em dicionários, integram o patrimônio cultural de um povo*”[18]. Esses aspectos constituem, sem distinção, abstratamente o meio-ambiente cultural. Consoante aponta Brollo, “*o patrimônio cultural imaterial transmite-se de geração a geração e é constantemente recriado pelas comunidades e grupos em função de seu ambiente*”[19], decorrendo, com destaque, da interação com a natureza e dos acontecimentos históricos que permeiam a população.

O Decreto N°. 3.551, de 04 de Agosto de 2000[20], que institui o registro de bens culturais de natureza imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências, consiste em instrumento efetivo para a preservação dos bens imateriais que integram o meio-ambiente cultural. Como bem aponta Brollo[21], em seu magistério, o aludido decreto não instituiu apenas o registro de bens culturais de natureza imaterial que integram o patrimônio cultural brasileiro, mas também estruturou uma política de inventariança, referenciamento e valorização desse patrimônio. Ejeta-se, segundo o entendimento firmado por Celso Fiorillo[22], que os bens que constituem o denominado patrimônio cultural consistem na materialização da história de um povo, de todo o caminho de sua formação e reafirmação de seus valores culturais, os quais têm o condão de substancializar a identidade e a cidadania dos indivíduos inseridos em uma determinada comunidade. Necessário se faz salientar que o meio-ambiente cultural, conquanto seja artificial, difere-se do meio-ambiente humano em razão do aspecto cultural que o caracteriza, sendo dotado de valor especial, notadamente em

decorrência de produzir um sentimento de identidade no grupo em que se encontra inserido, bem como é propiciada a constante evolução fomentada pela atenção à diversidade e à criatividade humana.

4 Ponderações à Política Nacional de Cultura Viva: Breves Comentários à Lei nº 13.018/2014

Em consonância com a Política Nacional de Cultura Viva, a legislação em comento tem como base a parceria da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios com a sociedade civil no campo da cultura, com o objetivo de ampliar o acesso da população brasileira às condições de exercício dos direitos culturais. São objetivos da Política Nacional de Cultura Viva: (i) garantir o pleno exercício dos direitos culturais aos cidadãos brasileiros, dispondo-lhes os meios e insumos necessários para produzir, registrar, gerir e difundir iniciativas culturais; (ii) estimular o protagonismo social na elaboração e na gestão das políticas públicas da cultura; (iii) promover uma gestão pública compartilhada e participativa, amparada em mecanismos democráticos de diálogo com a sociedade civil; (iv) consolidar os princípios da participação social nas políticas culturais; (v) garantir o respeito à cultura como direito de cidadania e à diversidade cultural como expressão simbólica e como atividade econômica; (vi) estimular iniciativas culturais já existentes, por meio de apoio e fomento da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; (vii) promover o acesso aos meios de fruição, produção e difusão cultural; (viii) potencializar iniciativas culturais, visando à construção de novos valores de cooperação e solidariedade, e ampliar instrumentos de educação com educação; (ix) estimular a exploração, o uso

e a apropriação dos códigos, linguagens artísticas e espaços públicos e privados disponibilizados para a ação cultural.

A Política Nacional de Cultura Viva tem como beneficiária a sociedade e prioritariamente os povos, grupos, comunidades e populações em situação de vulnerabilidade social e com reduzido acesso aos meios de produção, registro, fruição e difusão cultural, que requeiram maior reconhecimento de seus direitos humanos, sociais e culturais ou no caso em que estiver caracterizada ameaça a sua identidade cultural. A Política Nacional de Cultura Viva compreende os seguintes instrumentos: (i) pontos de cultura: entidades jurídicas de direito privado sem fins lucrativos, grupos ou coletivos sem constituição jurídica, de natureza ou finalidade cultural, que desenvolvam e articulem atividades culturais em suas comunidades; (ii) pontões de cultura: entidades com constituição jurídica, de natureza/finalidade cultural e/ou educativa, que desenvolvam, acompanhem e articulem atividades culturais, em parceria com as redes regionais, identitárias e temáticas de pontos de cultura e outras redes temáticas, que se destinam à mobilização, à troca de experiências, ao desenvolvimento de ações conjuntas com governos locais e à articulação entre os diferentes pontos de cultura que poderão se agrupar em nível estadual e/ou regional ou por áreas temáticas de interesse comum, visando à capacitação, ao mapeamento e a ações conjuntas; (iii) Cadastro Nacional de Pontos e Pontões de Cultura: integrado pelos grupos, coletivos e pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos que desenvolvam ações culturais e que possuam certificação simplificada concedida pelo Ministério da Cultura.

Os pontos e pontões de cultura constituem elos entre a sociedade e o Estado, com o objetivo de desenvolver ações culturais sustentadas pelos princípios da autonomia, do protagonismo e da capacitação social das comunidades locais. As entidades juridicamente constituídas serão beneficiárias de premiação de iniciativas culturais ou de modalidade específica de transferência de recursos prevista nos arts. 8º e 9º da Lei em comento. Os pontos e pontões de cultura poderão estabelecer parceria e intercâmbio com as escolas e instituições da rede de educação básica, do ensino fundamental, médio e superior, do ensino técnico e com entidades de pesquisa e extensão. A certificação simplificada prevista no inciso III do artigo 4º da PNCV deverá considerar a identificação das entidades e seu histórico nas áreas de cultura, educação e cidadania, conforme regulamentação do Ministério da Cultura. Para recebimento de recursos públicos, os pontos e pontões de cultura serão selecionados por edital público.

Visando ao desenvolvimento de políticas públicas integradas e à promoção da interculturalidade, são ações estruturantes da Política Nacional de Cultura Viva: (i) intercâmbio e residências artístico-culturais; (ii) cultura, comunicação e mídia livre; (iii) cultura e educação; (iv) cultura e saúde; (v) conhecimentos tradicionais; (vi) cultura digital; (vii) cultura e direitos humanos; (viii) economia criativa e solidária; (ix) livro, leitura e literatura; (x) memória e patrimônio cultural; (xi) cultura e meio ambiente; (xii) cultura e juventude; (xiii) cultura, infância e adolescência; (xiv) agente cultura viva; (xv) cultura circense; (xvi) outras ações que vierem a ser definidas em regulamentação pelo órgão gestor da Política Nacional de Cultura Viva. Para fins da Política

Nacional de Cultura Viva, consideram-se objetivos dos pontos de cultura: a) potencializar iniciativas culturais já desenvolvidas por comunidades, grupos e redes de colaboração; b) promover, ampliar e garantir a criação e a produção artística e cultural; c) incentivar a preservação da cultura brasileira; d) estimular a exploração de espaços públicos e privados que possam ser disponibilizados para a ação cultural; e) aumentar a visibilidade das diversas iniciativas culturais; f) promover a diversidade cultural brasileira, garantindo diálogos interculturais; g) garantir acesso aos meios de fruição, produção e difusão cultural; h) assegurar a inclusão cultural da população idosa; i) contribuir para o fortalecimento da autonomia social das comunidades; j) promover o intercâmbio entre diferentes segmentos da comunidade; k) estimular a articulação das redes sociais e culturais e dessas com a educação; l) adotar princípios de gestão compartilhada entre atores culturais não governamentais e o Estado; m) fomentar as economias solidária e criativa; n) proteger o patrimônio cultural material e imaterial; o) apoiar e incentivar manifestações culturais populares.

Para fins da Política Nacional de Cultura Viva, consideram-se objetivos dos pontos de cultura: a) promover a articulação entre os pontos de cultura; b) formar redes de capacitação e de mobilização; c) desenvolver programação integrada entre pontos de cultura por região; d) desenvolver, acompanhar e articular atividades culturais em parceria com as redes temáticas de cidadania e de diversidade cultural e/ou com os pontos de cultura; e) atuar em regiões com pouca densidade de pontos de cultura para reconhecimento do trabalho desenvolvido pelos grupos e instituições locais; f) realizar, de forma participativa, levantamento de informações

sobre equipamentos, produtos e serviços culturais locais, para dinamizar atuação integrada com os circuitos culturais que os pontos de cultura mobilizam. Para fins da Política Nacional de Cultura Viva, serão reconhecidos como pontos e pontões de cultura os grupos e entidades que priorizem: (i) promoção de cidadania e de uma cultura de paz por intermédio de ações culturais nas comunidades locais; (ii) valorização da diversidade cultural e regional brasileira; (iii) democratização das ações e bens culturais; (iv) fortalecimento de experiências culturais desenvolvidas por agentes e movimentos socioculturais que dialoguem com a comunidade local; (v) reconhecimento dos saberes, dos fazeres, dos cultivos e dos modos de vida das populações indígenas e das comunidades rurais, tradicionais, quilombolas e itinerantes; (vi) valorização da infância, adolescência e juventude por meio da cultura; (vii) incorporação dos jovens ao mundo do trabalho cultural; (viii) inclusão cultural da população idosa por meio da promoção do acesso desse grupo às manifestações de cultura, da oferta de oportunidades para a sua participação ativa nas diversas formas de manifestação artística e do estímulo ao convívio social em ambientes culturais; (ix) capacitação e formação continuada dos trabalhadores da cultura; (x) promoção de programas de capacitação e qualificação do acesso às tecnologias da informação para a produção e difusão culturais; (xi) fomento à criação de estruturas locais e assessorias técnicas para capacitação, planejamento e gestão dos pontos de cultura.

O reconhecimento dos grupos, coletivos e núcleos sociais comunitários como pontos de cultura para efeitos desta Lei será efetuado após seleção pública, prévia e amplamente divulgada, executada por meio de edital da União, de Estado, de Município ou do Distrito Federal. Para

realizar a avaliação e a seleção dos inscritos nos editais, será composta comissão julgadora paritária com membros do Poder Executivo e da sociedade civil, a ser designada pelo órgão competente do Ministério da Cultura, no caso da União. Os pontos e pontões de cultura selecionados terão projetos aprovados por, no mínimo, 12 (doze) meses e, no máximo, 3 (três) anos, renováveis mediante avaliação pelo órgão gestor das metas e resultados, e as normas concernentes à prestação de contas que serão definidas em regulamento pelo órgão executor da Política Nacional de Cultura Viva e que terão relação com o plano de trabalho de cada entidade. É vedada a habilitação como pontos e pontões de cultura de pessoas físicas, instituições com fins lucrativos, fundações e institutos criados ou mantidos por empresas, grupos de empresas ou serviços sociais, exceto para a hipótese prevista no § 2º do art. 4º. A Política Nacional de Cultura Viva é de responsabilidade do Ministério da Cultura, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios integrantes do Sistema Nacional de Cultura. Nos casos de inexistência dos fundos de cultura estaduais e municipais, o repasse será efetivado por estrutura definida pelo órgão gestor de cultura em cada esfera de governo. O Ministério da Cultura disporá sobre os critérios gerais de distribuição e destinação dos recursos, com atenção especial aos custos diferenciados das regiões do País, e os procedimentos operacionais para elaboração e divulgação das prestações de contas, que serão simplificadas e essencialmente fundamentadas nos resultados previstos nos editais. Poderão ser beneficiadas entidades integrantes do Cadastro Nacional de Pontos e Pontões de Cultura, nos termos dos planos de trabalho por elas apresentados, que se enquadrem nos

critérios gerais de distribuição e destinação dos recursos de que trata o § 2º do artigo 8º da Política Nacional de Cultura Viva.

A União, por meio do Ministério da Cultura e dos entes federados parceiros, é autorizada a transferir de forma direta os recursos às entidades culturais integrantes do Cadastro Nacional de Pontos e Pontões de Cultura, com a finalidade de prestar apoio financeiro à execução das ações da Política Nacional de Cultura Viva. A transferência dos recursos de que trata o caput do artigo 9º da Política Nacional de Cultura Viva ficará condicionada ao cumprimento de Termo de Compromisso Cultural, que deverá conter a identificação e a delimitação das ações a serem financiadas, as metas, o cronograma de execução físico-financeira e a previsão de início e término da execução das ações ou das fases programadas. No caso da transferência de recursos de que trata o caput, os recursos financeiros serão liberados mediante depósito em contas correntes específicas abertas e mantidas exclusivamente para este fim. Sem prejuízo da fiscalização de competência dos órgãos de controle interno e externo, o Ministério da Cultura regulamentará as regras de cumprimento do Termo de Compromisso Cultural de que trata este artigo e de prestação de contas simplificada conforme estabelecido no § 2º do art. 8º da Política Nacional de Cultura Viva.

Referência:

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

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 22 jul. 2015.

_____. **Decreto Nº 3.551, de 04 de Agosto de 2000.** Institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 22 jul. 2015.

_____. **Decreto-Lei Nº 25, de 30 de novembro de 1937.** Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 22 jul. 2015.

_____. **Lei Nº. 6.938, de 31 de Agosto de 1981.** Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 22 jul. 2015.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 22 jul. 2015.

_____. **Tribunal Regional Federal da Segunda Região.** Disponível em: <www.trf2.jus.br>. Acesso em 22 jul. 2015.

BRITO, Fernando de Azevedo Alves. A hodierna classificação do meio-ambiente, o seu remodelamento e a problemática sobre a existência ou a inexistência das classes do meio-ambiente do trabalho e do meio-ambiente misto. **Boletim Jurídico**, Uberaba, a. 5, n. 968. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br>>. Acesso em 22 jul. 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 24 ed, rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro.** 13 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 38 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

MINAS GERAIS (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em 22 jul. 2015.

MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, Willian. **Direito Constitucional – Teoria, Jurisprudência e 1.000 Questões** 15 ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2004.

RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 22 jul. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental: Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental: Conforme o Novo Código Florestal e a Lei Complementar 140/2011**. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 22 jul. 2015.

[1] VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 22 jul. 2015, s.p.

[2] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF. Empresa Pública de Correios e Telégrafos. Privilégio de Entrega de Correspondências. Serviço Postal. Controvérsia referente à Lei Federal 6.538, de 22 de Junho de 1978. Ato Normativo que regula direitos e obrigações concernentes ao Serviço Postal. Previsão de Sanções nas Hipóteses de Violação do Privilégio Postal. Compatibilidade com o Sistema Constitucional Vigente. Alegação de afronta ao disposto nos artigos 1º, inciso IV; 5º, inciso XIII, 170, caput, inciso IV e parágrafo único, e 173 da Constituição do Brasil. Violação dos Princípios da Livre Concorrência e Livre Iniciativa. Não Caracterização. Arguição Julgada Improcedente. Interpretação conforme à Constituição conferida ao artigo 42 da Lei N. 6.538, que estabelece sanção, se configurada a violação do privilégio postal da União. Aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º, da lei. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marcos Aurélio. Julgado em 05 ag. 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 22 jul. 2015.

[3] VERDAN, 2009, s.p.

[4] BRITO, Fernando de Azevedo Alves. A hodierna classificação do meio-ambiente, o seu remodelamento e a problemática sobre a existência ou a inexistência das classes do meio-ambiente do trabalho e do meio-ambiente misto. **Boletim Jurídico**, Uberaba, ano 5, n. 968. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br>>. Acesso em 22 jul. 2015.

[5] MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, Willian. **Direito Constitucional – Teoria, Jurisprudência e 1.000 Questões** 15 ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2004, p. 69.

[6] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 22 jul. 2015.

[7] *Idem.* **Supremo Tribunal Federal.** Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense N° 2.895/98) - Legislação Estadual que, pertinente a exposições e a competições entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa - Diploma Legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga - Crime Ambiental (Lei N° 9.605/98, ART. 32) - Meio Ambiente - Direito à preservação de sua integridade (CF, Art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Proteção constitucional da fauna (CF, Art. 225, § 1º, VII) - Descaracterização da briga de galo como manifestação cultural - Reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Estadual impugnada - Ação Direta procedente. Legislação Estadual que autoriza a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes - Norma que institucionaliza a prática de crueldade contra a fauna – Inconstitucionalidade. . Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 26 mai. 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 22 jul. 2015.

[8] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007, p. 569.

[9] BRASIL. **Lei N°. 6.938, de 31 de Agosto de 1981.** Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de

formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 22 jul. 2015.

[10] SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p.20.

[11] FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 13 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 77.

[12] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 4.029/AM. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Federal Nº 11.516/07. Criação do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade. Legitimidade da Associação Nacional dos Servidores do IBAMA. Entidade de Classe de Âmbito Nacional. Violação do art. 62, caput e § 9º, da Constituição. Não emissão de parecer pela Comissão Mista Parlamentar. Inconstitucionalidade dos artigos 5º, caput, e 6º, caput e parágrafos 1º e 2º, da Resolução Nº 1 de 2002 do Congresso Nacional. Modulação dos Efeitos Temporais da Nulidade (Art. 27 da Lei 9.868/99). Ação Direta Parcialmente Procedente. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 08 mar. 2012. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 22 jul. 2015.

[13] THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental: Conforme o Novo Código Florestal e a Lei Complementar 140/2011**. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012, p. 116.

[14] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 22 jul. 2015: “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso

comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

[15] *Idem*. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense Nº 2.895/98) - Legislação Estadual que, pertinente a exposições e a competições entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa - Diploma Legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga - Crime Ambiental (Lei Nº 9.605/98, ART. 32) - Meio Ambiente - Direito à preservação de sua integridade (CF, Art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Proteção constitucional da fauna (CF, Art. 225, § 1º, VII) - Descaracterização da briga de galo como manifestação cultural - Reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Estadual impugnada - Ação Direta procedente. Legislação Estadual que autoriza a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes - Norma que institucionaliza a prática de crueldade contra a fauna – Inconstitucionalidade. . Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 26 mai. 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 22 jul. 2015.

[16] BROLLO, Sílvia Regina Salau. **Tutela Jurídica do meio ambiente cultural: Proteção contra a exportação ilícita dos bens culturais**. 106f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2006. Disponível em:

<http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_arquivos/1/TDE-2006-10-05T061948Z-421/Publico/SilviaDto.pdf>. Acesso em 22 jul. 2015, p. 15-16.

[17] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 38 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 634.

[18] BRASIL. **Tribunal Regional Federal da Segunda Região**. Acórdão proferido em Apelação Cível Nº 2005251015239518. Direito da propriedade industrial. Marca fraca e marca de alto renome. Anulação de marca. Uso compartilhado de signo mercadológico (ÔMEGA). I – Expressões tradicionais e termos de uso corrente, trivial e disseminado, reproduzidos em dicionários, integram o patrimônio cultural de um povo. Palavras dotadas dessas características podem inspirar o registro de marcas, pelas peculiaridades de suas expressões eufônicas ou pela sua inegável repercussão associativa no imaginário do consumidor. II – É fraca a marca que reproduz a última letra do alfabeto grego (Omega), utilizado pelo povo helênico desde o século VIII a.C., e inserida pelos povos eslavos no alfabeto cirílico, utilizado no Império Bizantino desde o século X d.C. O propósito de sua adoção é, inegavelmente, o de fazer uso da familiaridade do consumidor com o vocábulo de uso corrente desde a Antiguidade. III – Se uma marca fraca alcançou alto renome, a ela só se pode assegurar proteção limitada, despida do jus excludendi de terceiros, que também fazem uso do mesmo signo mercadológico de boa-fé e em atividade distinta. Nessas circunstâncias, não há a possibilidade de o consumidor incidir erro ou, ainda, de se configurar concorrência desleal. IV – Apelação parcialmente provida tão-somente para ajustar o pólo passivo da relação processual, fazendo constar o Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI como

r eu, mantida a improcedência do pedido de invalidação do registro da marca mista OMEGA (n  818.522.216), classe 20 (móveis e acessórios de cozinha), formulado por  mega S.A.  rg o Julgador: Segunda Turma Especializada. Relator: Desembargador Federal André Fontes. Julgado em 25.08.2007. Disponível em: <www.trf2.jus.br>. Acesso em 22 jul. 2015.

[19] BROLLO, 2006, p. 33.

[20] BRASIL. **Decreto N  3.551, de 04 de Agosto de 2000**. Institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 22 jul. 2015.

[21] BROLLO, 2006, p. 33.

[22] FIORILLO, 2012, p. 80.

APELAÇÃO COM CRIME DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE

ANA MARIA FELIX DOS SANTOS:
Bacharelado em Direito pela Faculdade de
Ciências Humanas e Sociais- AGES.

RESUMO: O presente trabalho tem como base buscar dados e estudos sobre o recurso de apelação no crime previsto pelo Artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro (1997) que foi recentemente alterado pela Lei 12760/2014, chamada de Lei Seca. Esta alteração veio a atender a um clamor social de uma maior segurança no trânsito, tendo em vista que as estatísticas de acidentes de trânsito demonstravam uma escalada crescente. A finalidade da Lei Seca é reduzir o número de acidentes que tenham como causa a embriaguez ao volante, uma vez que o álcool é responsável por muitos desastres no trânsito que ceifam vidas humanas, causam mutilações de membros e outros tipos de lesões graves nas pessoas.

PALAVRAS-CHAVE: Embriaguez; Lei [12.760/2012](#); Recurso; crime.

INTRODUÇÃO

O consumo de bebidas alcoólicas tornou-se hábito pela sociedade há milhares de anos. Desde os primórdios da história o álcool faz parte do cotidiano, principalmente em reuniões festivas.

Infelizmente, a falta de bom senso da população que consome álcool em proporções maiores chegou a uma mistura extremamente perigosa: álcool e direção. Esta mistura é responsável pela maioria dos acidentes de trânsito, o que reclamou o surgimento de diplomas legais para prevenir acidentes e punir quem dirige embriagado.

Este artigo versa exatamente sobre a embriaguez ao volante e seu recursos cabível legal, mormente no que se refere à interpretação da lei [12.760/2012](#), que alterou o artigo [306](#) do [Código de Trânsito Brasileiro](#), para conduzi-la a sua real finalidade: punir quem oferece risco à segurança viária.

Para isso serão tratados aqui os efeitos químicos do álcool no corpo humano e as implicações na direção de veículo automotor, visando demonstrar as características apresentadas pelo ébrio e a potencialização do risco à segurança viária e à população, quando quem ao volante estar embriagado.

Será exposto, outrossim, o atual cenário legislativo da embriaguez ao volante, que encontra respaldo no [Código de Trânsito Brasileiro](#), objetivando explanar seus elementos e destrinchá-los conforme os princípios constitucionais.

Por fim, após realizadas as colocações acerca do crime de perigo e dos princípios constitucionais envolvidos, será solucionada a questão e provida a embriaguez ao volante como crime de perigo concreto.

2. O CRIME DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE

A redação promovida pela destacada Lei Federal nº 12.760/2012 ao delito do artigo 306, *caput*, do CTB, assim dispõe:

“Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência:

Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor”.

Sujeitos

O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, ainda que não seja motorista habilitado. Já como sujeito passivo figura a coletividade em primeiro plano (crime vago) e, de modo secundário, a pessoa física que eventualmente seja exposta a risco pela conduta.

Tipo penal objetivo

O verbo nuclear do tipo conduzir significa dirigir, ou seja, ter sob seu controle direto os aparelhos de velocidade e direção.

Além disso, pode configurar culpa exclusiva da vítima na hipótese de acidente no qual a parte lesionada ou morta se encontrava embriagada e provoque o evento (por exemplo no caso de ciclista sob efeito de álcool que adentra abruptamente na via pública com veículos em movimento acarretando o seu atropelamento).

Para a caracterização do delito basta que a capacidade psicomotora do sujeito esteja alterada, ou seja, encontre-se fora da normalidade, e que tal circunstância seja decorrente do consumo de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência, física ou psíquica (MARCÃO, 2013 p. 125).

Salienta-se que a substância psicoativa pode ser lícita ou ilícita e, portanto, não compreende apenas as drogas proscritas, elencadas na Portaria nº 344, de 12 de maio de 1998, da Anvisa (Agência Nacional de Vigilância Sanitária) e que preenchem as normas penais em branco da Lei Antidrogas (Lei Federal nº 11.343/2006), podendo abranger medicamentos cujo uso seja controlado.

Em linhas gerais, sob o prisma da medicina legal, a avaliação do estado de alteração psicomotora apresentado pelos motoristas poderá ser classificada em três tipos básicos:

a) Sóbrio: conceito amplo e abrangente que define o indivíduo abstêmio ou que não tenha ingerido álcool, nas últimas horas (bafômetro e alcoolemia igual a zero).

b) Apenas alcoolizado: indivíduo ingeriu álcool, mas não apresenta sinais clínicos que indiquem essa ingestão e que não comprometem sua capacidade psicomotora (seu comportamento, suas reações, seu raciocínio etc.).

c) Embriagado: motorista ingeriu álcool ou outra substância psicoativa e apresenta sinais e/ou sintomas (efeitos) de alterações típicas ou evidentes da influência da substância e que afetam a sua capacidade psicomotora (comportamento, postura, atitudes etc.), com intensidade proporcional à quantidade ingerida (POÇO, 2013 p.63).

2. 1. MATERIALIDADE E COMPROVAÇÃO DO DELITO

Como se observa, aferidos os níveis etílicos legais, haverá importante indício que, agregado a qualquer outro elemento, mormente às provas testemunhais denotando os sinais indicativos de alteração da capacidade psicomotora ou o exame clínico conclusivo no mesmo sentido, assegurarão lastro probatório mínimo para a autuação e prisão em flagrante delito ou para o indiciamento no curso do inquérito na etapa policial, assim como para a regular persecução com vistas à responsabilização criminal em juízo.

Avançando, o parágrafo segundo do artigo 306, do CTB, admite a utilização de quaisquer meios de prova lícitos, elencando aqueles tradicionalmente empregados para a verificação da embriaguez como o exame clínico, os registros em vídeos e as provas testemunhais. Prevê também o direito do investigado de pleitear contraprova, ou seja, de solicitar uma segunda verificação ou ofertar outros elementos com vistas a infirmar aqueles a ele desfavoráveis já obtidos.

Nesse panorama, a autoridade policial deve se ater aos fatos e seus elementos e não isoladamente à pessoa do investigado, numa conjectura do direito penal do fato desde a fase investigativa. O delegado de polícia não figura como parte na perquirição criminal, ele busca a verdade atingível dos fatos apurados e, somente por via de consequência, esclarecer a autoria delitiva (BARROS FILHO, 2012 p.58).

No que tange à alteração psicomotora decorrente da influência por outra substância psicoativa que determine dependência, com mais razão torna-se aconselhável a requisição de exames ao Instituto Médico Legal, mormente o exame clínico agregado à avaliação neurológica pelo médico legista, sem prejuízo dos exames laboratoriais se houver coleta de materiais como sangue, urina ou saliva para a constatação do uso de drogas pelo motorista investigado.

2. 1. 1 PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO

Ressalta-se que a avaliação técnico-jurídica para a lavratura ou não de um auto de prisão em flagrante delito e respectiva classificação típica, ultimada em sede de cognição urgente e sumaríssima, consiste em prerrogativa e incumbência exclusiva da autoridade policial. É dever legal

do delegado de polícia examinar se há, no caso concreto, além das destacadas hipóteses legais flagranciais, a “fundada suspeita” contra o investigado conduzido (e não mera conjectura desprovida de indícios vigorosos), em estrita observância ao artigo 304, § 1º, do CPP, devendo decidir fundamentadamente seguindo a sua convicção jurídica, expondo os motivos fáticos e legais, com independência funcional (LESSA, 2012, p.8).

3. RECURSO CABÍVEL EM CRIME EMBRIGUEZ NO VOLANTE

Ementa: Apelação Criminal. Delitos dos arts. 306 do código de trânsito brasileiro e 330 do código penal. Recurso exclusivo da defesa. Pretendida absolvição por ausência de provas. Necessidade.

A prova produzida pela acusação na fase investigativa, de forma unilateral e despida do devido contraditório, não possui o condão de extrair a certeza necessária para se levar a frente um decreto condenatório, sobejamente quando não ratificada perante a autoridade judiciária e completamente desprovida de outros elementos probantes aptos a formar um juízo seguro de convicção a respeito dos fatos. Apelo provido. (SANTA CATARINA, 2009 p. 25)

O Ministério Público do Distrito Federal, por interposição do referido membro, possui o entendimento que o motorista preso nessas condições pode ser processado e penalizado na seara penal, desde que se proceda o exame clínico firmado por perito médico da polícia judiciária, o qual aponte, com segurança, o estado de embriaguez. Assevera ainda que a hermenêutica contrária a isso ensejaria algo inédito na história do Direito Penal, uma vez que o poder punitivo do Estado somente alcançaria o

infrator se o mesmo aquiescesse em contribuir para o conjunto probante de sua própria condenação.

CONCLUSÃO

Há de se acentuar que o legislador brasileiro, como maioria das vezes, no afã de solucionar questões envolvendo fatos criminosos que trazem grande repercussão no meio social, sem um maior aprofundamento jurídico que a criação ou modificação de uma lei pode causar, acaba por acarretar decisões judiciais conflitantes, o que gera insegurança jurídica.

O certo é que, embora as discussões sobre o tema ainda continuem a ser objeto de análise dos Tribunais Superiores, a norma do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro exige, para a comprovação do nível de álcool no sangue ou nos pulmões, a produção de prova técnica a ser realizada tanto pelo exame sanguíneo quanto pelo teste do bafômetro, isso sem falar na possibilidade pouco aceitável entre os juristas da admissão de outros meios de provas aptos a demonstrar a embriaguez do condutor.

De mais a mais, conclui-se, por hora, que é inexigível a coleta de material sanguíneo do condutor de veículo automotor a fim de ser submetido a análise técnica ou científica para comprovação da quantidade de álcool no sangue, quando este já tiver se submetido ao teste de alcoolemia em *aparelho de ar alveolar pulmonar*, pois, embora sejam exames distintos, são equivalentes entre si.

REFERÊNCIAS

BARROS FILHO, Mário Leite de. ***A metamorfose da polícia judiciária brasileira sob a óptica da evolução dos direitos e garantias fundamentais***. Teresina, jun. 2012.

SANTA CATARINA. *Tribunal de Justiça. Crime de trânsito. Embriaguez ao volante. Art. 306 da lei n. 9.503/97. 08.2009a. Apelação Criminal n. 2008.070499-9* Relator: Des. Túlio Pinheiro. Disponível em Acesso em 26 outubro. 2014.

LESSA, Marcelo de Lima. *A independência funcional do delegado de polícia paulista*. São Paulo: Adpesp - Associação dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo, 2012.

MARCÃO, Renato. *O art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro conforme a Lei nº 12.760/2012*. Jus Navigandi, Teresina, jan. 2013 Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/23403>>. Acesso em: 27 de outubro. 2014.

POÇO, Arnaldo Tadeu. *Constatação legal de embriaguez (considerações sobre os meios de prova admitidos na nova lei)*. São Paulo: 2013.

A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA E A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NOS CONTRATOS BANCÁRIOS

LORENA CARNEIRO VAZ DE CARVALHO ALBUQUERQUE:
Advogada, inscrita na OAB/GO. Bacharel em Direito pela PUC/GO. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela UNIDERP.

INTRODUÇÃO

A tutela antecipatória do direito subjetivo material deve existir porque se alguém tem o direito de obter exatamente aquilo que tem o direito, o processo há de fornecer-lhe meios para que o seu direito ocorra logo de imediato. O meio processual, qual seja, a Tutela Antecipatória, torna possível a pronta realização do direito se afirma possuir.

O artigo 273 do CPC assim disciplina:

“O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação;

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.”

São claras as consequências negativas e os danos de difícil reparação que aquele que pleiteia a antecipação dos efeitos da tutela poderá continuar a sofrer, caso o fato que enseje esse requerimento perdure até o trânsito em julgado da sentença condenatória, ferindo assim suas garantias Constitucionais.

“A técnica engendrada pelo novo art. 273 consiste em oferecer rapidamente a quem veio ao processo pedir determinada solução para a situação que descreve, precisamente aquela solução que veio ao processo pedir. Não se trata de obter medida que impeça o perecimento do direito, ou que assegure ao titular a possibilidade de exercê-lo no futuro. **A medida antecipatória conceder-lhe-á o exercício do próprio direito afirmado pelo autor.** Na prática, a decisão com que o juiz concede a tutela antecipada terá, no máximo, o mesmo conteúdo do dispositivo da sentença que concede a definitiva e a sua concessão equivale, *mutatis mutandis*, à procedência da demanda inicial - com a diferença

fundamental representada pela
provisoriamente[1].” Negritamos.

PALAVRAS CHAVES: Antecipação de tutela. Requisitos.
Contratos bancários. Inversão do ônus da prova.

DESENVOLVIMENTO:

A doutrina mais conceituada indica ser o melhor caminho o de o Juízo interferir prontamente no processo quando as condições vividas entre as partes importam em eminente prejuízo a qualquer uma delas, e assim, referenda Humberto Theodoro Júnior in Código de Processo Civil Anotado, “*verbis*”:

“Novidade em nosso direito, a antecipação da tutela introduziu, no CPC, os princípios da verossimilhança, da prova inequívoca e do perigo de irreversibilidade. (a nova redação do art. 273 decorre da Lei nº 8.952, de 13.12.94).

Os incisos I e II cuidam das condições de concessão da medida, que não se confunde nem prejudica as tutelas cautelares, previstas nos arts. 796 a 889 do CPC, verossimilhança, em esforço propedêutico, que se quadre com o espírito do legislador, é a aparência de verdade, o razoável, alcançando, em interpretação *lato sensu*, o

próprio “*fumus boni iuris*” e, principalmente, o “*periculum in mora*”.

Prova inequívoca é aquela clara, evidente, que apresenta grau de convencimento tal que a seu respeito não se possa levantar dúvida razoável, equivalendo, em última análise, à verossimilhança da alegação, mormente no tocante ao direito subjetivo que a parte queira preservar” (obra citada, p. 124, Ed. Forense, RJ, 1996, 2ª ed.).

Para que o pleito de antecipação dos efeitos da tutela seja deferido pelo magistrado, os requisitos caracterizadores o mencionado instituto devem estar presentes, de acordo com o artigo 273, do Código de Processo Civil, uma vez que pode o juiz, a requerimento da parte poderá antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação (...), sendo, portanto, possível antecipação de tutela, a fim de se evitar danos ainda maiores e irreparáveis, para que a vítima Requerente continue a levar sua vida de maneira normal.

É levado em consideração, na concessão da antecipação da tutela pleiteada o valor do bem jurídico envolvido, qual seja a honra subjetiva, a vida privada, a intimidade e a privacidade do Requerente, a

fim de que fique caracterizado sem sombra de dúvidas para o magistrado, que tal concessão não causará prejuízo algum à parte Requerida.

Inexistindo risco, vez o não comprometimento de forma alguma da decisão da causa e o valor a ser restituído, associado às condições financeiras/poder econômico financeiro da parte requerida, necessário se faz a concessão do pleito de antecipação dos efeitos da tutela, até a resolução total da lide, bem como a posterior fixação do valor do dano moral a ser cumulativamente requerido.

E já não tem onde residir na atualidade, as eventuais dúvidas outrora registradas sobre a cumulatividade das condições previstas nos incisos I e II, do artigo 273 DO CPC, inexistindo a necessidade de cumular-se as condições para o deferimento da tutela, eis que a própria norma já assim explica com a conjunção “ou”.

Ensina sabidamente Geraldo Beire Simões, ao comentar o art. 273, com redação conferida pela Lei nº 8.942/94, em “A Antecipação da Tutela do Art. 273 do CPC nas Ações Locatícias”, ADCOAS, 1.995, o seguinte, “*verbis*”:

“(…) cabe, a nós advogados manejarmos tal instituto sempre que possível, e que os julgadores não se atemorizem em adotá-lo quando cabível, em benefício do jurisdicionado, praticando, assim, nós e eles, a autêntica justiça e a realização da efetividade real do processo.”

Finalizando, vale a transcrição dos seguintes arestos:

“1. TUTELA ANTECIPADA. QUANDO CABE. 2. CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO. REVISÃO DO CONTRATO. PROTESTO. SUSPENSÃO REGISTRO CREDITÓRIO NEGATIVO. TUTELA ANTECIPADA. 3. SERASA. ESTABELECIMENTO BANCÁRIO. INTERPRETAÇÃO. – Antecipação de tutela. Art do CPC. discussão da dívida. Suspensão de informações negativas. a provisoriedade e inerente a tutela antecipada, que se funda em cognição sumaria, que não prevalecera ao reconhecimento de realidades antes não conhecidas com a instrução. Com esta, poderá, em qualquer tempo ser revogada ou modificada a antecipação. as matérias propostas em juízo são discutíveis, tendo decisões favoráveis nesta corte a tese dos devedores, o que já é motivo para antecipação parcial de tutela por fundado receio ou dano irreparável. o débito esta sendo discutido em juízo. conhecidos os efeitos da negativação do devedor em órgãos de que se valem os comerciantes e instituições financeiras para buscar informações sobre os pretendentes a um credito, justifica-se a concessão da liminar

pleiteada. agravo provido. (TARS – AGI 195.168.331 – 5ª CCiv. – Rel. Juiz João Carlos Branco Cardoso – J. 30.11.1995)”.
TUTELA ANTECIPADA - Central de restrições - Negativação junto às instituições financeiras - Coação indevida - Liminar mantida. Estando em discussão a legitimidade do crédito, correta a decisão que manda sustar a negativação do devedor junto à "Central de Restrições" e que o impede, na prática, a qualquer operação bancária. Precedentes da Câmara a respeito do CADIN. Aplicação do artigo 42 do CDC (TARS - 4ª Câm.; AI nº 195.155.551; Rel. Juiz Moacir Leopoldi Haeser; j. 14.12.1995) RJ 227/64. (grifamos).

TUTELA ANTECIPADA. SPC. SERASA. CONTRATOS DE DÍVIDA SUB JUDICE. Estando sub judice a matéria relacionada com os contratos e títulos da dívida, cabe deferir o pedido de sustação dos efeitos dos registros e protestos feitos contra os devedores com base naqueles contratos. Recurso conhecido e provido. RESP 213580/RJ - DJ: 22/11/1999 - PG:00161 - LEXSTJ VOL.: 00127 - PG: 00202 - RSTJ VOL.: 00132 - PG:00435 – Relator Min. RUY ROSADO DE AGUIAR - Órgão Julgador - quarta turma. v.u.. (grifamos).

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL NÃO ADMITIDO. TUTELA ANTECIPADA. INSCRIÇÃO DOS DEVEDORES NO SERASA. 1. Estando em discussão o débito, inviável se mostra a inscrição do devedor nos Serviços de Proteção ao Crédito, mormente porque não demonstrado o dano ao credor. Precedentes. 2. Agravo regimental improvido. STJ - AGA 221029/RS; DJ:

31/05/1999 - PG: 00149 - Relator Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO - Órgão Julgador - TERCEIRA TURMA. v.u.. (grifamos).

“(...) Não há violação ao artigo 535, do CPC, quando o Tribunal *a quo* enfrenta a questão em debate satisfatoriamente... Vale lembrar que o julgador, para fundamentar suas decisões, não está adstrito à utilização dos argumentos ou dispositivos legais trazidos pelas partes, visando à defesa da teoria que apresentaram, podendo, apenas, decidir a controvérsia observando as questões relevantes e imprescindíveis à sua resolução” (AGREsp 501 182/SP, Primeira Turma, Rei. Min. Francisco Falcão, j . 17 06 2003, v.u., DJ 09.09.2003, p. 236). No mesmo sentido a jurisprudência inserta na RJTJESP 115/207. No caso, os dispositivos legais invocados nos embargos não têm relação direta com o motivo determinante de manutenção da decisão agravada. **Com efeito, pela só suspeita de possível clonagem do cartão magnético que foi utilizado por terceiro para firmar o empréstimo no banco eletrônico, fica clara a impossibilidade de cobrança das respectivas prestações da conta da autora.** Daí a conclusão suficiente e adequada do julgado de que, enquanto **"não apurada a efetiva contratação pela própria autora não há elementos jurídicos que sustentem o pacta sund servanda sobre o qual se funda a defesa do recorrente"** (fls 85). Nessas condições, o recurso dá ares de conduta procrastinatória ou má-técnica jurídica do seu subscritor”.

No concernente á inversão do ônus da prova, cumpre fazermos algumas considerações: nos contratos bancários, aplicam-se o

que dispõe no CDC, até mesmo porque a hipossuficiência se dá em relação ao poder econômico, como afirma a Professora Doutora Cláudia Lima Marques, “[...] a Constituição ordena a proteção do consumidor, presumido agente mais vulnerável do mercado, através da lei”.

Assim, o consumidor ante a inversão do ônus da prova, é legalmente tratado como hipossuficiente em relação às instituições bancárias e estabelecimentos comerciais, uma vez que essa inversão ser impositiva sob a ótica do art.6º, VIII do CDC e da Súmula 297 do STJ, cabendo á parte adversa, provar e comprovar os fatos alegados contra si na exordial, para que restabeleça o controle da legalidade das disposições contratuais.

Nesse sentido tem-se entendido os seguintes tribunais:

“CONTRATO BANCÁRIO. APLICAÇÃO DO CDC - **SÚMULA 297 do STJ**. . Nos contratos bancários, há incidência do Código de Defesa do Consumidor (súmula 297 do STJ), inclusive para controle da legalidade das disposições contratuais. CONTRATO BANCÁRIO. CONTRATO DE DESCONTO DE DUPLICATAS. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS ILEGALIDADE QUANDO NÃO PREVISTA NO CONTRATO E NÃO AUTORIZADA EM LEI ESPECIAL - SÚMULA 93 DO STJ. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 121 DO STF. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA - LEGALIDADE - LIMITAÇÃO À TAXA DO CONTRATO - NÃO CUMULAÇÃO COM OUTRAS VERBAS MORATÓRIAS. A comissão de permanência é legal, desde que limitada à taxa do contrato e não cumulada com outras verbas moratórias (juros de mora, correção monetária e multa). Sentença parcialmente reformada. Recurso parcialmente

provido. (TJSP - Tribunal de Justiça de São Paulo acórdão registrado sob nº 02181976, Apelação nº. 7.062.842-1, da Comarca de Campinas, em que são Apelantes Urvaz Indústria Metalúrgica Ltda. e Outros, sendo Apelado Banco Sudameris Brasil S.A., de 29 de agosto de 2008) (grifamos)”.

“Declaratória. Revisão contratual c.c. exibição de documentos. Perícia contábil. Honorários. **Incidência do Código de Defesa do Consumidor. Inversão do ônus da prova. Necessidade de apresentação dos contratos e extratos bancários aludidos. Agravo de instrumento. Hipossuficiência caracterizada. Art. 6º, VIII, CDC. Ônus do banco. Decisão mantida. Negado seguimento ao recurso. Agravo Regimental. Decisão mantida. Recurso improvido. TJSP - Agravo Regimental: AGR 7264608101 SP, Relator Virgilio de Oliveira Júnior, Julgamento: 27/08/2008, Órgão Julgador: 14ª Câmara de Direito Privado, Publicação: 22/09/2008”.**

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO BANCÁRIO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. DETERMINAÇÃO JUDICIAL PARA QUE A INSTITUIÇÃO FINANCEIRA ANTECIPE OS CUSTOS RELATIVOS À PERÍCIA. EFEITO SUSPENSIVO CONCEDIDO. AGRAVO PROVIDO. 2. Significa dizer que a sua concessão depende de circunstâncias concretas que serão apuradas pelo Juízo no contexto da "facilitação da defesa dos direitos do consumidor", sendo, pois, nitidamente posta a seu favor. 3. Destarte, a inversão do ônus da prova não se confunde com o encargo de pagamento dos honorários periciais, que continua regrado de acordo com o artigo 33 do Código de Processo Civil. Vale dizer: o réu não está obrigado

a antecipar os honorários do perito, mas, se não o fizer, presumir-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor. Precedentes do STJ. TJPR - Agravo de Instrumento: AI 2351217 PR Agravo de Instrumento - 0235121-7, Relator Lauri Caetano da Silva, Julgamento: 02/10/2003, Órgão Julgador: Decima Câmara Cível (extinto TA), Publicação: 10/10/2003 DJ: 6473”.

CONCLUSÃO:

Em suma, na medida em que se tem, como preocupação central do CDC, a busca pelo equilíbrio contratual, boa-fé, a paridade das partes, a vedação à onerosidade excessiva, revela-se evidente sua aplicação aos contratos bancários, especialmente para dar ensejo à anulação de contratos desleais, abusivos e ilegais, impedindo o locupletamento ilícito das instituições bancárias e estabelecimentos comerciais em detrimento da afronta aos direitos legalmente assegurados e devidos aos consumidores.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

[1] Candido Rangel Dinamarco – A Reforma do Código de Processo Civil, Ed. Melhoramentos, 2002 – São Paulo.

FACULDADE PITÁGORAS – UNIDADE DIVINÓPOLIS

Elinoyara Penha de Araújo

**ANÁLISE DA IMPUTABILIDADE DO PSICOPATA SOB O PRISMA DA
LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA E POSSÍVEIS MEDIDAS ALTERNATIVAS
IMPOSTAS**

Divinópolis

2015

ELINOYARA PENHA DE ARAÚJO

**ANÁLISE DA IMPUTABILIDADE DO PSICOPATA SOB O PRISMA DA
LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA E POSSÍVEIS MEDIDAS ALTERNATIVAS
IMPOSTAS**

Monografia elaborada como requisito de conclusão de curso de bacharelado em Direito na Faculdade Pitágoras Unidade Divinópolis do professor Paulo Junio Pereira Vaz e co-orientador Vitor Dorneli Rodrigues.

Divinópolis

2015

FOLHA DE APROVAÇÃO

Monografia elaborada por Elinoyara Penha de Araújo, intitulada “Análise Da Imputabilidade Do Psicopata Sob O Prisma Da Legislação Penal Brasileira E Possíveis Medidas Alternativas Impostas”, como requisito de conclusão de curso de bacharelado em Direito junto à Faculdade Pitágoras Unidade Divinópolis.

Professor orientador: Paulo Junio Pereira Vaz

Professor co-orientador: Vítor Dorneli Rodrigues

Examinador 1

Examinador 2

Conceito: _____

AGRADECIMENTOS

A minha gratidão a Deus e aqueles por ele enviados nas mais diversas formas. Agradeço especialmente aos meus pais, José Maurício e Maildes pelo auxílio e compreensão de sempre e ainda reforçado nos momentos dedicados a vida acadêmica e a elaboração deste trabalho.

Os meus sinceros agradecimentos a todos os meus amigos e aos mestres que conheci no decorrer do meu curso de Direito. Aos meus orientadores Paulo Junio Pereira Vaz e Vítor Dorneli pelos ensinamentos e dedicação no auxílio para a concretização deste trabalho.

Dedico este trabalho aos meus pais, José Maurício e Maildes. Sem o auxílio deles, não seria possível alcançar essa realização.

Leve na sua memória para o resto de sua vida as coisas boas que surgiram no meio das dificuldades. Elas serão uma prova de sua capacidade em vencer as provas e lhe darão confiança na presença divina, que nos auxilia em qualquer situação, em qualquer tempo, diante de qualquer obstáculo.

Chico Xavier

RESUMO

Este estudo decorre da necessidade de esclarecimento do perfil demonstrado pela psicopatia, tendo em conta também o empirismo para que sejam alcançadas novas propostas estabelecidas por métodos práticos. Para entender as medidas que devem ser tomadas com os psicopatas, busca-se a compreensão de culpabilidade e imputabilidade. Para tanto, pesquisou-se sobre as diversas classificações de psicopatia, através pesquisa teórico bibliográfico, posto que utiliza artigos científicos e livros na sua elaboração e ainda pesquisa qualitativa, utilizando análise de conteúdo com aplicação de questionário a especialistas como psiquiatra e psicólogos. É também uma pesquisa que se refere à legislação constitucional e penal brasileira principalmente. Essas buscas têm por objetivo responder sobre como tratar da conceituação da psicopatia, analisando o tratamento penal conferido a esta classe de transtorno de personalidade quando há prática de crime e ainda sugerir medidas eficazes para prevenir que os psicopatas pratiquem crimes ou reincidam na prática delituosa. O método utilizado foi o dedutivo, já que parte da concepção geral da psicopatia e a eficácia do atual tratamento do ordenamento penal brasileiro, para sugestões de medidas alternativas direcionadas apenas aos psicopatas como garantia de solução do impasse principalmente de reincidência de homicídios e estupros. Portanto, nota-se que é necessária a criação de novas formas de tratamento da psicopatia na política criminal brasileira e ainda, monitoramento e divulgação de informações que possibilitem a prevenção de golpes dados por psicopatas de grau leve e moderado.

PALAVRAS-CHAVE: Psicopatia. Ordenamento Penal Brasileiro. Política Criminal Brasileira.

ABSTRACT

This study arises from the need to clarify the profile demonstrated by psychopathology, bearing in mind the empiricism in order to achieve new proposals established throughout practical methods. To understand what measures should be taken with psychopaths, it is sought the understanding of guilty and liability. Therefore, it was researched about the various psychopathology ratings through bibliographic theoretical research, since it uses scientific articles and books in its preparation and also qualitative research, using content analysis using a questionnaire answered by psychiatrists and psychologists. It is also a research that mainly relates to the Brazilian constitutional and criminal law. These searches intend to answer how to treat the concept of psychopathology, analyzing the penal treatment given to this personality disorder class when there is a committed crime and even suggest effective measures to prevent psychopaths committing or relapsing in criminal practice. The deductive method was used, since part of the overall concept of psychopathology and the effectiveness of current treatment by the criminal justice system, as a suggestion for alternative measures directed only to psychopaths as granted solution mainly for repeated killings and rapes. Therefore, it is noted that it is necessary to create new ways of psychopathology treatment in the Brazilian criminal policy and even more, to monitor and publicize information that allows the prevention of strokes given by mild to moderate psychopaths.

KEYWORDS: Psychopathy. Brazilian penal system. Brazilian Criminal Policy

LISTA DE ABREVIATURAS

ME – Monitoramento eletrônico

PCL - *Psychopathy checklist*

PET - Tomografia por emissão de pósitrons

TPAS - Transtorno de Personalidade Anti-social

LISTA DE FIGURAS

Figura 1: Principais subdivisões do encéfalo humano.....	19
Figura 2: O equipamento de Tomografia por Emissão de Pósitrons (PET).....	20
Figura 3: Imagens PET do cérebro de uma pessoa normal (esquerda), um assassino com história de privação na infância (centro) e um assassino sem história de privação (direita).....	21

LISTA DE QUADROS

Quadro 1 – Itens que sobrepõem e itens que não sobrepõem.....	40
Quadro 2: Pergunta 1: Quais os procedimentos oriundos da psicologia/psiquiatria, conhecidos por você, são necessários para caracterizar o perfil de um psicopata?.....	47
Quadro 3: Pergunta 2: Há uma escala de avaliação para diagnosticar o psicopata? Qual? Justifique.....	48
Quadro 4: Pergunta 3: Psicopatia é uma doença ou um distúrbio?.....	48
Quadro 5: Pergunta 4: Dê o seu conceito de psicopatia.....	49
Quadro 6: Pergunta 5: O psicopata criminoso pode ser ressocializado? Você conhece casos concretos a esse respeito?.....	50
Quadro 7: Pergunta 6: O psicopata é imputável, semi-imputável ou inimputável?.....	50
Quadro 8: Pergunta 7: A personalidade caracterizada como psicopata, tem capacidade de administrar conflitos?.....	51
Quadro 9: Pergunta 8: Há possibilidade de amenizar ou tratar o comportamento agressivo de psicopatas criminosos, a partir de conhecimento dos motivadores extrínsecos que possuem?.....	51
Quadro 10: Pergunta 9: O que se entende por motivadores intrínsecos e extrínsecos que se relacionam com a psicopatia?.....	52
Quadro 11: Pergunta 10: Qual seria a melhor forma de tratamento para um psicopata criminoso?.....	52
Quadro 12: Pergunta 11: Quais medidas devem ser aplicadas para lidar com um psicopata condenado a regime fechado, quando sua presença já se dá num presídio?.....	53
Quadro 13: Pergunta 12: É possível tratar um psicopata com terapia medicamentosa, a fim de evitar que volte a cometer crimes com características de autoria de psicopata sexual?.....	53
Quadro 14: Pergunta 13: A psicoterapia deve ser utilizada nos presídios para monitorar e tratar o psicopata condenado?.....	54

Quadro 15: Pergunta 14: A tornozeleira eletrônica deve ser utilizada em todos os psicopatas que já cumpriram a pena em regime fechado por matar alguém?.....54

Quadro 16: Pergunta 15: Você acredita que seja possível realizar uma análise psicológica do criminoso que mata alguém, durante todo o período de procedimento judicial para diferenciar criminosos comuns de criminosos psicopatas?.....55

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	13
2 PSICOPATIA	15
2.1 Conceito e aspectos históricos.....	15
2.2 O cérebro dos psicopatas.....	18
2.3 Classificação.....	22
3 PSICOPATIA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	27
4 PSICOPATIA NA POLÍTICA CRIMINAL BRASILEIRA	30
4.1 As características atuais da psicologia e psiquiatria no âmbito forense brasileiro	32
5 CLASSIFICAÇÃO DOS PSICOPATAS ENQUANTO IMPUTÁVEIS	34
6 POSSÍVEIS MEDIDAS ALTERNATIVAS	36
6.1 Lei específica para os psicopatas.....	38
6.2 Escala de <i>Hare</i>	38
6.3 Monitoramento eletrônico.....	42
7 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS	44
7.1 Tipo de pesquisa	44
7.2 Pesquisa quanto à natureza	45
7.3 Análise de Conteúdo	45
8 ANÁLISE DE CONTEÚDO E BREVE DISCUSSÃO DOS RESULTADOS	47
9 CONCLUSÃO	56
REFERÊNCIAS	58

1 INTRODUÇÃO

No século XIX, o doente mental era tratado como alguém que possuía o demônio, sendo lançado ao fogo, punição conhecida na época da inquisição (NETO, 2011). Neste período, não existia se quer a noção de personalidade psicopata. Atualmente, considerável porcentagem da sociedade associa as práticas criminosas e monstruosas com a denominação de psicopatia. Quanto ao campo jurídico, este assunto é ainda tratado como matéria de conhecimento restrito.

Sabe-se que a palavra psicopatia significa doença da mente. A característica marcante de psicopatia é a total ausência de empatia pelo próximo (SILVA, 2008.p.35). Entretanto, em termos médicos psiquiátricos, não se encaixa na visão tradicional das doenças mentais. Considerando a relevância do conhecimento sobre a mente criminosa e a sua discussão no direito penal brasileiro, este estudo tem como propósito, apresentar uma análise sobre o psicopata e as suas características de criminoso, relacionando algumas premissas já existentes, por meio do método dedutivo, de modo a sugerir medidas alternativas a serem impostas àqueles que por terem transtorno de personalidade, causam danos criminosos às suas vítimas. Busca-se aprofundar sobre o assunto para esclarecer se há eficácia nas medidas previstas no ordenamento penal brasileiro em face daqueles que cometem crimes e são classificados como psicopatas.

Para este estudo, é possível utilizar a teoria do individualismo marxista. Tal tese remete a um pilar no qual fica favorecida a análise dos psicopatas, vez que se passa a investigar como agem os indivíduos desta classe, considerando que também é possível reconhecer uma direção geral para qual toma a classe como um todo.

A análise desta monografia decorre da necessidade de esclarecimento do perfil demonstrado pela psicopatia, tendo em conta também o empirismo para que sejam alcançadas novas propostas estabelecidas por métodos práticos. Destarte, pode-se buscar a possibilidade de amenizar o desequilíbrio social no âmbito desse transtorno de personalidade, tendo como relevância o princípio da igualdade expresso no artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

Para entender as medidas que devem ser tomadas com os psicopatas, busca-se a compreensão de culpabilidade e imputabilidade. A culpabilidade é um

juízo de reprovação no qual o sujeito apenas pode ser responsabilizado quando poderia ter agido em conformidade com a norma penal. Sendo assim, a imputabilidade se dá quando o indivíduo tem capacidade de compreender a ilicitude de sua conduta e de agir conforme esse entendimento (VAZ, 2012). Sob essa visão, o psicopata é imputável por ser dotado de raciocínios frios e calculistas e por saber com perfeição que está praticando o mal, tendo total consciência do caráter criminoso das ações. Não é possível eliminar a culpabilidade que é apresentada no artigo 26, e compreendendo assim no artigo 32 do código penal brasileiro, conforme o conteúdo fixado em pena. Ocorre que, se apenado aquele que tem psicopatia, não ocorre uma reeducação, posto que as pessoas que estão compreendidas nesse tipo de transtorno de personalidade, não se arrependem de terem cometido crimes e voltam a praticar atos violentos.

Para que se realize a análise da imputabilidade do psicopata sob o prisma da legislação penal brasileira e possíveis medidas alternativas impostas, busca-se atingir o objetivo de tratar da conceituação da psicopatia, analisando o tratamento penal conferido a esta classe de transtorno de personalidade quando há prática de crime e ainda sugerir medidas eficazes para prevenir que os psicopatas pratiquem crimes ou reincidam nas práticas delituosas.

Trata-se de uma pesquisa teórico bibliográfico, posto que utiliza artigos científicos e livros na sua elaboração, e ainda qualitativa, visto que faz-se a análise de conteúdo de questionários aplicados a psiquiatras e psicólogos. Portanto, o presente estudo utiliza o método dedutivo, já que parte da concepção geral da psicopatia e a eficácia do atual tratamento do ordenamento penal brasileiro, para sugestões de medidas alternativas direcionadas apenas aos psicopatas como garantia de solução do impasse principalmente de reincidência de homicídios e estupros.

2 PSICOPATIA

Os sinais da psicopatia costumam se apresentar desde a infância, e tais comportamentos quando ocorrem antes dos dezoito anos de idade, são denominados transtorno de conduta. Aparecem mentiras recorrentes, trapagens, roubos, vandalismo. Não é simples usar uma definição adequada observando a personalidade humana. A dificuldade também se dá ao depararmos com indivíduos que matam por prazer, e a princípio, sem motivo algum.

2.1 Conceito e aspectos históricos

Sabe-se que a psicopatia é um tema pouco tratado na literatura e de interesse ainda escasso. Muitos profissionais da área da saúde, entendem que este transtorno é permanente, e não acreditam em um atendimento especializado. Priorizam portanto, os casos nos quais há encarceramento (NUNES *et al.*, 2011).

Quando se direciona atenção ao assunto psicopatia, no ordenamento jurídico brasileiro e ainda, os diversos conceitos designados a essa classe, surgem questionamentos pertinentes para elaboração de novas medidas como propostas de redução da criminalidade, redução de reincidência e ainda de traumas diversos para sociedade. Muitas são as perguntas ao tratarmos sobre a psicopatia no Brasil: Os atuais índices de assassinatos em série refletem em resultados menores decorrentes de um melhor tratamento direcionado aos psicopatas para proteger a sociedade? A sociedade tem conhecimento para diferenciar os psicopatas dos demais criminosos? O sistema prisional brasileiro atual apresenta quais características físicas e de profissionais especializados para lidar com essa situação? Compreender as diversas classificações de psicopatia pode proporcionar uma nova forma de utilizar recursos terapêuticos com a finalidade de evitar a reincidência de crimes? E ainda, quais seriam as possibilidades de monitoramento dos psicopatas que já cumpriram o regime fechado, com a finalidade de evitar que cometa novos crimes?

Discorrer sobre psicopatia com êxito, é possível através da psicologia e psiquiatria para explicar sobre o comportamento do psicopata, ainda relacionadas a essas duas ciências, sobre anatomia, fisiologia para compreensão ampla e além do tratamento terapêutico como uma das prováveis propostas, portanto, mencionando também sobre o uso de medicamentos.

Conhecer as características dos psicopatas é uma forma de lidar com eles, e é importante já que ainda é um assunto dificultoso tanto para vítimas quanto para o sistema penal brasileiro. Por não serem considerados inimputáveis, mas também de impossível arrependimento para aprendizagem com êxito na ausência de práticas criminosas, os psicopatas necessitam ser estudados de maneira especial. Ao se discutir novas medidas para lidar com a mente psicopata, têm-se maior referência para a resolução desse impasse.

O conceito de personalidade, do latim *personalis*, é o somatório de propriedades diversas que podem mudar, sendo elas intelectuais, afetivas, físicas, resultando a cada pessoa sua individualidade e a sua semelhança aos demais. Portanto, personalidade é o mesmo que arranjo físico, psicológico, social e cultural do sujeito. Pode também ser assimilada como a forma costumeira de convenção efetuada pelo organismo entre os quesitos individuais e os do ambiente (ARAÚJO, 2011.p.2).

Sobre o conceito de psicopatia, discorre Silva:

A palavra psicopata literalmente significa doença da mente (do grego, *psyche*=mente; e *pathos*=doença). No entanto, em termos médicos-psiquiátricos, a psicopatia não se encaixa na visão tradicional das doenças mentais. Esses indivíduos não são considerados loucos, nem apresentam qualquer tipo de desorientação. Também não sofrem de delírios ou alucinações (como a esquizofrenia) e tampouco apresentam intenso sofrimento mental (como a depressão ou pânico, por exemplo) (SILVA, 2008.p.37).

Verifica-se que se entrelaçam a personalidade psicopata com a sua formação desde a existência do indivíduo e o decorrer da sua formação por elementos extrínsecos. Porém, os psicopatas não têm sido considerados portadores de mentes doentes, mas sim dotados de um raciocínio frio e calculista, somado a

uma total incapacidade de lidar com as outras pessoas como seres providos de pensamentos e sentimentos.

Trindade *et. al* (2009), corrobora com Silva (2008) quando conceitua psicopatia:

A psicopatia não é um transtorno mental como a esquizofrenia ou a depressão, mas um transtorno de personalidade devido a forma devastadora de comportamento destes indivíduos perante a sociedade, nos levam a crer que os psicopatas são os mais severos predadores da espécie humana, não obstante, constroem uma verdadeira carreira de crimes que se iniciam na infância até atingirem a vida adulta, desenvolvendo maior grau de perversidade a cada crime cometido.

O mesmo autor considera que não se deve misturar o perfil do psicopata com o Transtorno de Personalidade Anti-social (TPAS), posto que segundo a escala de Hare, os psicopatas preenchem os critérios para o Transtorno de Personalidade Anti-Social, entretanto, nem todos os sujeitos com Transtorno de Personalidade Anti-social possuem os critérios para psicopatia.

Como considera os psicopatas como aqueles que por não terem consciência moral e empatia, causam sofrimento, sem habilidade para amar, ter vínculos afetivos e sentimentos nobres. Silva (2008.p.68) apresenta a escala de Hare ou PLC (*Psychopathy checklist*), como uma forma mais detalhada, embora complexa, dos diversos aspectos da personalidade psicopática, desde ligados aos sentimentos e relacionamentos interpessoais, até o estilo de vida dos psicopatas e seus comportamentos transgressores.

Alguns autores, como Araújo (2011), no decorrer do seu estudo, apresenta vários tipos de psicopatas: hipertímicos, deprimidos, medrosos, fanáticos, vaidosos, lábeis de humos, explosivos, frios, alúlicos e astênicos. Resta no entanto, relacionar coerentemente tais características com a classificação básica. O grau leve é identificado naqueles que aplicam trapaças, golpes e pequenos roubos. Estes geralmente não cometem homicídios, sendo esta última prática como marcante no grau severo.

Sabe-se que os primeiros registros sobre comportamento violento com ausência de insanidade, foram feitos por *Pinel*, no seu trabalho denominado "*manie sans delire*" (Loucura sem delírio), no qual tinha o objetivo de diagnosticar pessoas

violentas, sem controle de impulsividade, porém com normal funcionamento intelectual. Estudos semelhantes foram realizados por Pritchard em 1985, também por Berrois, Henderson e Kahn. Estes últimos descreveram a psicopatia como predominantemente agressiva, impulsiva e sexual (SILVA, 2010.p.3).

Foi através dos estudos de Hervey Clekley, em 1941, que foi possível diferenciar a psicopatia dos demais transtornos mentais, posto que apresentou detalhes e características (SILVA, 2010.p.3).

Para o psiquiatra Hare, o que impulsionou a discussão sobre o diagnóstico da psicopatia foi a Segunda Guerra mundial, conforme segue abaixo:

[...]pois surgiu a necessidade, por parte do exército, de identificar, diagnosticar e tratar indivíduos perigosos que pudessem ameaçar a estrutura militar, também, face as revelações das atrocidades nazistas cometidas, onde, na época, levantou-se o questionamento quanto ao comportamento perverso de pessoas aparentemente normais, contra outros seres humanos (SILVA, *apud* TRINDADE, 2009).

Robert Hare identificou os critérios que atualmente são universalmente aceitos para diagnosticar os portadores de psicopatia:

[...]essa escala não serve apenas para medir graus de psicopatia. Serve para avaliar a personalidade da pessoa. Quanto mais alta a pontuação, mais problemática ela pode ser. Por isso, é usada em pesquisas clínicas e forenses para avaliar o risco que um determinado indivíduo representa para a sociedade (SILVA, 2010.p.4).

Como podem ser identificados em escalas, podem também serem classificados de maneiras diversas, de acordo com mais estudos obtidos na literatura.

2.20 cérebro dos psicopatas

Conforme o estudo de Sabbatini (1998), nas últimas duas décadas, tem-se comprovado que assassinos e criminosos muito violentos têm evidências precoces de doença cerebral.

Este autor considerou uma pesquisa realizada por Pamela Y. Blake, Jonathan H. Pincus e Cary Buckner - *Neurologic abnormalities in murderers*, que mostrou que 20 de 31 assassinos confessos e sentenciados possuíam diagnósticos neurológicos específicos. Mais de 64% dos criminosos foram diagnosticados com anormalidades no lobo frontal.

Também Reis (2010), considerou que os psicopatas têm uma fisiologia cerebral anormal. Em indivíduos com traços de psicopatia descobriu uma fixação sem travões, que decorre do excesso de dopamina no cérebro.

Importantes pesquisas realizadas nas décadas de 40 e 50, forneceram dados suficientes aos pesquisadores remetendo a conclusão de que a gênese de muitas personalidades anti-sociais se encontra no lobo frontal. E que também há diversos exemplos de pessoas que adquiriram personalidades psicopáticas devido a lesões patológicas do cérebro por tumores (SABBATINI, 1998).

A figura abaixo mostra as principais subdivisões do encéfalo humano. Sendo elas: as áreas frontais incluem o lobo frontal (a área é denominada área pré-frontal), o córtex motor (responsável pelo controle voluntário do movimento muscular) e o córtex sensorial (que recebe a informação sensorial vinda principalmente do tato, vibração, dor e sensores de temperatura).

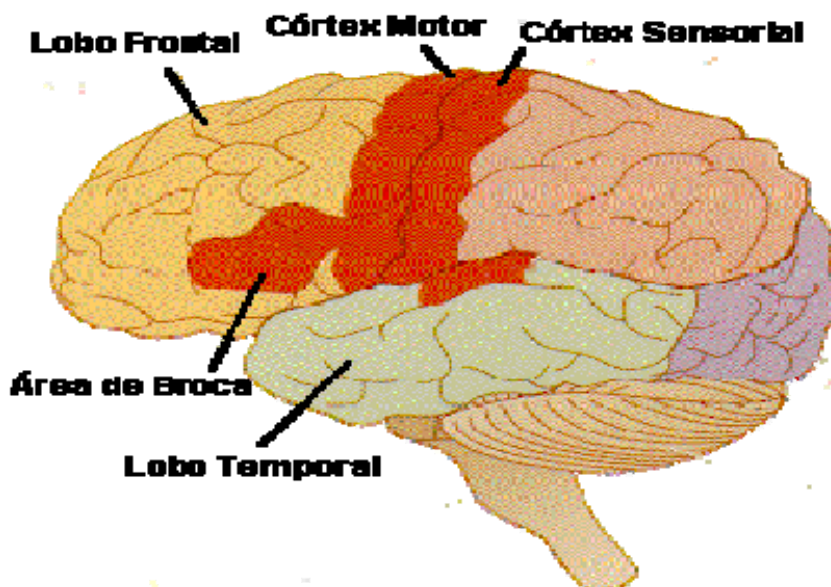


Figura 1: Principais subdivisões do encéfalo humano.

Fonte: Disponível em: <http://mapadocrime.com.sapo.pt/cerebro%20psicopata.html>

O funcionamento do cérebro do psicopata pode ser pesquisado através de tomografia utilizando de um equipamento denominado tomografia por emissão de pósitrons (PET). Conforme discorreu Sabbatini (1998):

Felizmente, temos agora uma maneira mais direta de visualizar a função cerebral, e que tem conduzido a uma notável explosão em nosso conhecimento sobre o funcionamento interno do cérebro do psicopata nos últimos dois ou três anos: a tomografia PET.

O equipamento de Tomografia por Emissão de Pósitrons (PET) obtém imagens seccionais do cérebro vivo, usando cores para representar o grau de atividade.

Usando o PET, o pesquisador médico americano Adrian Raine e colegas estudaram assassinos, com resultados surpreendentes. Eles encontraram que 41 assassinos tinham um nível muito diminuído do funcionamento cerebral no córtex pré-frontal em relação às pessoas normais, indicando um déficit relacionado à violência. Em outras palavras, mesmo quando nenhuma alteração patológica visível era apresentada, o dano frontal era aparente, através de uma atividade anormalmente baixa do cérebro naquela área. "O dano nesta região cerebral", notou Raine, "pode resultar em impulsividade, perda do auto-controle, imaturidade, emocionalidade alterada, e incapacidade para modificar o comportamento, o que pode facilitar atos agressivos". Outras anormalidades observadas pelo estudo de PET do cérebro de assassinos incluiu um metabolismo neural reduzido no giro parietal superior, giro angular esquerdo, corpo caloso, e assimetrias anormais de atividade na amígdala, tálamo, e lobo temporal medial. É provável que estes efeitos sejam relacionados à violência e criminalidade; pois algumas destas estruturas fazendo parte do chamado sistema límbico, que processa emoções e comportamento emocional.

O equipamento utilizado para tomografia está ilustrado abaixo:

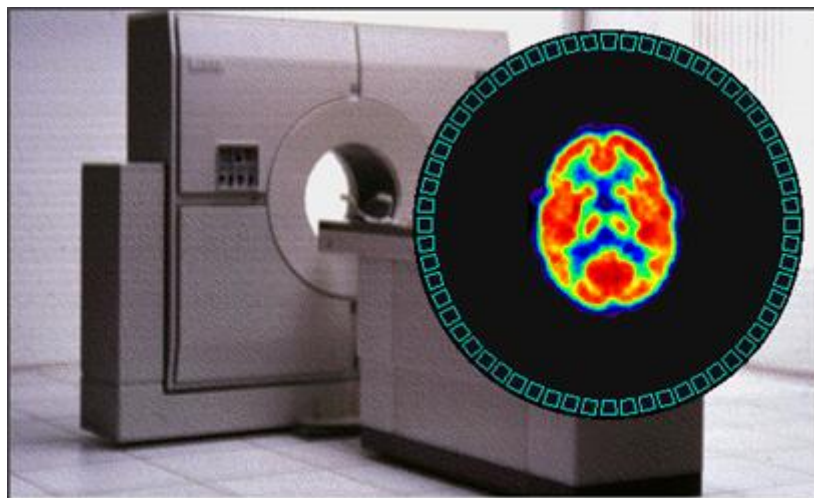


Figura 2: O equipamento de Tomografia por Emissão de Pósitrons (PET).

Fonte: Disponível em: <http://mapadocrime.com.sapo.pt/cerebro%20psicopata.html>

Outra análise importante apresentada no mesmo estudo, é que o pesquisador Dr. Raine relacionou as imagens cerebrais de PET com as histórias pessoais dos assassinos, para se certificar se tinham sido submetidos, quando eram crianças, a algum trauma psíquico; abuso físico ou sexual, abandono ou pobreza. Entre os assassinos, 12 haviam sofrido abuso significativo ou recebido maus tratos na infância. Já os assassinos vindos de ambientes perturbadores tinham déficits muito maiores (14 % em média) na área órbito-frontal (zona central representada em cada uma das três imagens) do cérebro do que pessoas normais ou assassinos vindos de ambientes normais e saudáveis. Pode-se verificar nas imagens a seguir:

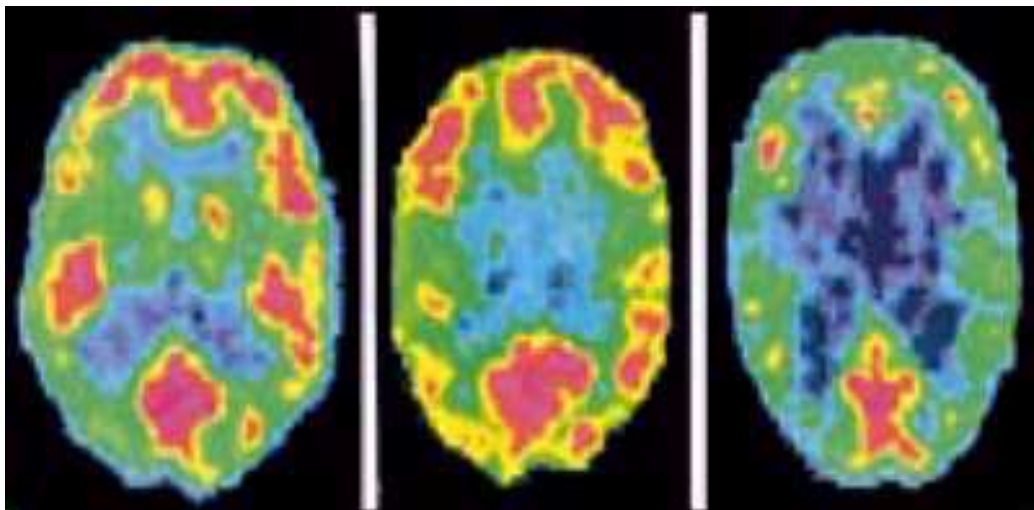


Figura 3: Imagens PET do cérebro de uma pessoa normal (esquerda), um assassino com história de privação na infância (centro) e um assassino sem história de privação (direita).

Fonte: Disponível em: <http://mapadocrime.com.sapo.pt/cerebro%20psicopata.html>

Nas imagens acima, as áreas em vermelho e amarelo mostram uma atividade metabólica mais alta, já e em preto e azul, uma atividade metabólica mais baixa. Assim, o cérebro de um psicopata (direita) tem uma atividade muito baixa em muitas áreas.

2.3 Classificação

Sousa *et.al.* (2010) mencionaram no seu artigo sobre psicopatia, os graus que ao longo do tempo foram designados para este assunto. Também Ana Beatriz Barbosa Silva (2008), em sua obra “Mentes Perigosas: o psicopata mora ao lado”, dissertou sobre os seguintes graus:

- ✓ Grau leve: também tratado como psicopata comunitário, são os psicopatas mais comuns, com tendência de mostrarem poucos critérios e raramente matam. Porém, são os mais difíceis de serem diagnosticados pois podem passar despercebidos no ambiente social, motivo pelo qual são chamados de psicopata comunitário. Quase sempre, possuem inteligência média ou acima da média, entretanto são frios, racionais, mentirosos, não se importam com os sentimentos alheios e são os psicopatas ditos dissimulados. Escondem estas características de modo que pouquíssimas pessoas consigam perceber, sendo ainda muito manipuladores. Estes podem ser um falso amigo, oportunista que vive se fazendo de vítima, trapaceiros, parasitas sociais, políticos, empresários e religiosos. Essa classe de psicopatas raramente vão para a cadeia, porém, quando cometem algum ato ilícito, vão para a prisão e são tidos como presos de bom comportamento. São considerados comportados, não se envolvem em confusões e dissimulam uma aparência de inocentes, de modo que os outros presos e seguranças não se convencem de que aquela pessoa tão calma seja capaz de cometer alguma atrocidade. Por esses motivos, são os que mais facilmente conseguem enganar a todos, fazendo com que diminuam o tempo de pena na cadeia.
- ✓ Psicopata de grau moderado a grave: são denominados também como psicopatas antissociais, a maioria apresenta as mesmas características de psicopatia leve, porém, apresentam condutas que os colocam contra à sociedade em geral fazendo com que sejam mais facilmente inseridos no meio carcerário. Existem em menor número, mas, uma vez que satisfazem quase ou todos os critérios para a personalidade antissocial, são mais facilmente vulneráveis a delitos graves e chocantes. Costumam ser agressivos, impulsivos, frios, sádicos, mentirosos, não possuem empatia e

são mais facilmente associados a psicopatas autores de grandes golpes ou assassinos e serial killers, passam também despercebidos com frequência. Os de grau moderado não raramente, estão infiltrados no meio das drogas, álcool, jogo compulsivo, direção imprudente, vadiagem e promiscuidade e vandalismo, além de grandes golpes e graves estelionatos.

- ✓ Psicopatia grave: são os assassinos sádicos, estes, obtêm prazer, principalmente sexual, quanto assistem o sofrimento de outra pessoa. São indivíduos problemáticos em demasia, sob o ângulo emocional. Em contraste a essas características, de modo semelhante ao psicopata comunitário, podem apresentar-se como uma pessoa normal perante na sociedade. Escondem-se facilmente, maquiando uma personalidade sombria que às vezes torna-se visível para familiares, visto que é um ambiente que abriga inúmeras discussões. São totalmente frios, sem remorso e ausentes de sentimentos carinhosos para com outros seres humanos, esses indivíduos não conseguem conter por muito tempo seus impulsos sádicos. Mesmo que saibam com perfeição que seu comportamento é inapto e totalmente repudiado pela sociedade, persistem em suas assustadoras práticas. É comum nessas pessoas, um histórico de doenças neuropsiquiátricas como depressão, déficit de atenção, transtornos de ansiedade ou outros distúrbios de personalidade, além de um persistente sentimento de vazio existencial e tédio. Em decorrência disso buscam muitas vezes inconstantes e novos estímulos. Ficam entediados com muita facilidade e procuram algo novo e diferente para fazerem. A sua dificuldade está em terminar o que começam. Quando crianças, geralmente sofreram algum tipo de trauma significativo o que pode ser considerado agravante da psicopatia. Em muitos casos, foram crianças mais reservadas ou introvertidas, mas que, por vezes, apresentavam traços de transtorno de conduta.

Ligadas a essas classificações, existem outras com características ainda mais peculiares, conforme abordou Silva (2012.p.7):

Psicopatas Amorais: são indivíduos insensíveis, anti-sociais ou perversos, destituídos de compaixão, de vergonha, de sentimentos de honra e conceitos éticos; não sentem simpatia pelas pessoas de seu grupo social e tem conduta lesiva ao bem-estar e a ordem

estabelecida. Os seus crimes ocupam todos os registros, roubo, furto, estelionato, fraude, homicídio – tudo revestido de insensibilidade diante do fato, ou até de vaidade. Esses psicopatas são absolutamente insensíveis ao pudor e a opinião pública, e seu delito resulta da excessiva intensidade dos seus instintos e de nenhuma inibição, pois carecem de consciência moral. É inútil qualquer tentativa de reeducação ou regeneração, pois não existe na sua personalidade o móvel ético sobre que se possa influir.

Psicopatas Astênicos: são indivíduos sensitivos e assustadiços, que fogem ao menor incidente, que desmaiam ao ver sangue, de extrema labilidade emocional e incapazes de inibição, como também são dominados pelo sentimento de incapacidade e inferioridade, seres insatisfeitos. Não traz perigo algum a sociedade.

Psicopatas Explosivos: são indivíduos irritáveis e coléricos, reagem com reações primitivas e por atos impulsivos. Ante os estímulos afetivos explodem com total brutalidade e injustiça, e em regra não guardam lembrança do fato, dada a turvação da consciência no momento da ação. Muitos desses explosivos revelam-se como tais somente durante a embriaguez. Esses psicopatas chegam frequentemente aos delitos de sangue imotivados ou insuficientemente motivados, cometem agressões pessoais, resistência às autoridades, praticam estragos materiais, maltratam animais.

Psicopatas Fanáticos: são as pessoas que se caracterizam pela extremada importância que concedem a certas ideologias, sejam ligadas a determinados sistemas religiosos, filosóficos ou políticos. Jamais tem uma atitude neutra ante um tema, uma vez participem de uma discussão exaltam-se e extremam-se nas contendas, às vezes de maneira dramática, em torno de assuntos estranhos ou insignificantes.

Psicopatas Hipertínicos: caracterizam-se pelo humor alegre e vivo, e certa atividade; há os mais ou menos equilibrados, mas inquietos, os irritáveis, rabujentos, egocêntricos, discutidores. Por vezes vivem amigavelmente, aparentam placidez e felicidade, e subitamente explodem em fúria desproporcionada com o estímulo, e entram em discussões e agressões. Alguns se mostram permanentemente irritáveis, outros manifestam pronta inclinação e disposição para ciúmes para com a pessoa do sexo oposto.

Psicopatas Ostentativos: correspondem, na descrição de *Schneider* aos mentirosos mórbidos e defraudadores. São indivíduos vaidosos, que procuram aparentar mais do que aquilo que na realidade são. É a mitomania. Esses psicopatas ostentadores aliam a mentira e a farsa à fraude. São pessoas de humor alegre, de maneiras afáveis e otimistas, sorridentes e solícitas, mostram certo brilho intelectual, fazem relações e amizades facilmente, adquirem conhecimentos superficiais sobre arte, literatura e tecnologia, e de tudo usam para convencer suas vítimas. Do ponto de vista psicológico, tem ambição de adulto e imaginação de criança, e em certa medida incapazes de exercício da responsabilidade civil e penal.

Psicopatas Sexuais: são perversões ou aberrações sexuais primitivas, caracterizadas pela intensidade do instinto como pelo desvio deste em sua natureza e finalidade.

Desde já, nota-se que há correlação entre as variáveis características dos psicopatas, sendo assim, é preciso investigar a presença dessas correlações, o nível de julgamento moral, e o grau de frieza emocional. Ideia com a qual corrobora Barros (2011.p.36). Para este autor, o julgamento moral é flexível, e há dilemas de pontos de vista, resultando em incoerência quando se realiza julgamentos direcionados às diversas classes de psicopatas e suas infrações, quando percebidas pela sociedade.

Quanto se visualiza as diversas classificações de psicopatia, podem ser verificadas várias semelhanças com comportamentos de doenças mentais, questiona-se a hipótese de tratamento deste transtorno de personalidade.

Vê-se o levantamento de várias discussões no decorrer de pesquisas bibliográficas a respeito da recuperação dos psicopatas. Entretanto, não se encontra nenhuma comprovação efetiva e precisa que remeta a tratamento psiquiátrico ou psicológico. O fato é que psicopatas não estabelecem vínculos emocionais para que ocorra uma terapia efetiva que os beneficiem.

Também levantando a hipótese de terapia na psicologia forense, depara-se com a mesma barreira, que é a incapacidade do psicopata de apresentar resultados positivos pela incapacidade de formar vínculos.

Nota-se que, apenas é possível vislumbrar que uma equipe de profissionais especializados, em suas pesquisas, consigam levantar estratégias suficientes para abranger o comportamento na psicopatia, apontando para manejo e reinserção destes indivíduos no meio social.

Não se deve deixar de dar importância que, embora sejam tratados por classificações conceituais diversificadas, o comportamento é o mesmo para psicopatas e sociopatas e possíveis outras denominações apresentadas na literatura.

Outro fator que merece atenção é a influência do meio que resulta em comportamentos agressivos e violentos. Até que se chegue a uma classificação específica dentro do conceito de psicopatia, questiona-se o motivo de tais práticas que destoam da normalidade. Podem então serem chamados de fatores extrínsecos (MILHOMEM, 2011).

Porém, por existirem menores criminosos, questiona-se também se existem fatores intrínsecos. Ou seja, cabe analisar o tipo de influência sob a ótica da

violência demonstrada por crianças. É ainda obscura a hipótese de alguém já nascer com características de psicopatia.

3 PSICOPATIA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Para que se possa chegar ao conceito de dignidade da pessoa humana, é importante que sejam realizadas as análises presentes no texto de Andrade (2008):

Um indivíduo, pelo só fato de integrar o gênero humano, já é detentor de dignidade. Esta é qualidade ou atributo inerente a todos os homens, decorrente da própria condição humana, que o torna credor de igual consideração e respeito por parte de seus semelhantes. Constitui a dignidade um valor universal, não obstante as diversidades sócio-culturais dos povos. A despeito de todas as suas diferenças físicas, intelectuais, psicológicas, as pessoas são detentoras de igual dignidade.

Embora diferentes em sua individualidade, apresentam, pela sua humana condição, as mesmas necessidades e faculdades vitais.

A dignidade é composta por um conjunto de direitos existenciais compartilhados por todos os homens, em igual proporção. Partindo dessa premissa, contesta-se aqui toda e qualquer ideia de que a dignidade humana encontre seu fundamento na autonomia da vontade. A titularidade dos direitos existenciais, porque decorre da própria condição humana, independe até da capacidade da pessoa de se relacionar, expressar, comunicar, criar, sentir.

A consagração da dignidade da pessoa humana na carta magna, conforme Novelino (2012.p.380), tem como consequência o reconhecimento de que a pessoa não é simplesmente um objeto reflexo da ordem jurídica. Devendo constituir uma relação entre o indivíduo e o Estado com a presunção a favor do ser humano e de sua personalidade.

A análise do que atualmente chama-se de dignidade da pessoa humana no Brasil, decorre de alguns pontos históricos abordados por Nunes (2009):

Dignidade é um conceito que aos poucos foi criando-se, sendo moldado com o decorrer da história da humanidade, e chega ao século XXI com muito significado, como um valor supremo, construído pela razão jurídica. É fato que, quando o homem pensa em Dignidade da Pessoa Humana, vem à mente apenas pessoas que “mereçam” essa dignidade, que, na concepção de muitos, são apenas pessoas que “praticam o bem”.

O ser humano tende apenas a olhar em seu redor, e achar que as pessoas merecedoras dessa garantia são, além de si próprios, seus amigos, familiares, vizinhos, conhecidos [...] No entanto esquecem-se do objetivo principal: o próprio ser humano, que, conforme o art.

5º da Constituição Federal é o indivíduo com direitos e deveres, igual em todas as proporções, não devendo ser tratado com indiferenças. Já datado de Séculos passados, é nato dos homens o sentimento de julgamento e vingança, onde várias atrocidades aconteceram, por motivos fúteis, porém, esse relativismo histórico queremos afastar, pois serve de justificativa para àqueles que desde o início queriam praticar maldades.

Citando um exemplo bem conhecido por todos, oriundo da Mitologia Bíblica, o julgamento entre *Jesus Cristo* e Barrabás. Um foi preso por pregar o evangelho, e o outro era homicida. A população escolheu soltar o segundo, pois para a maioria, *Jesus Cristo* não era “aceitável”. Se trouxermos este exemplo para os dias atuais, poderemos verificar inúmeros casos, não semelhantes pela obviedade, mas por conter o mesmo peso de indiferenças.

Há a presunção de que, tendo toda pessoa a dignidade garantida pela Constituição Federal Brasileira, não é possível retirar o criminoso como não detentor desse direito. Logo, o psicopata tem a garantia da dignidade da pessoa humana a seu favor, posto é que direito inerente ao ser humano.

Como este estudo busca novas formas de lidar com o psicopata para que haja controle evitando ameaças à sociedade desde a descoberta do crime até a prevenção de reincidência, verifica-se a relevância e a necessidade de mensurar até que ponto é o criminoso tratado em conformidade com o princípio da dignidade da pessoa humana, é de extrema relevância.

Ocorre que a dificuldade encontra-se em tratar sobre psicopatia, protegendo a coletividade, porém sem ferir a dignidade da pessoa humana no tratamento com o criminoso psicopata.

No decorrer da leitura de todas as fontes neste trabalho utilizadas, nota-se que esta inquietação pode ser amenizada, desde que novas propostas coerentes com a Carta Magna, sejam minuciosamente consideradas em relação ao condenado com psicopatia. Porém não tão simples de se alcançar, posto que demanda aprovação e por consequência, espera de tempo e adequação das novidades.

A interrupção de carreira de crimes se defronta e ganha facilmente abertura devido à fragilidade do Estado no que se refere ao sistema prisional, e ainda, a um contexto social econômico e psicológico no qual estão inseridos os criminosos. A questão da dignidade da pessoa humana vai muito além da forma de tratar aquele que já é condenado, já que o que motiva a prática de crimes vem de anos de possíveis deficiências de fatores externos quanto à qualidade do ambiente

em que vivem, pela ausência de melhores condições de vida. Ou seja, quanto aos outros direitos e garantias fundamentais, se não estão ao alcance das classes desfavorecidas economicamente, a tendência do aumento de criminalidade associada a transtornos mentais inevitavelmente existirá.

4 PSICOPATIA NA POLÍTICA CRIMINAL BRASILEIRA

No âmbito do direito penal brasileiro há uma orientação de um sistema de políticas criminais, seguindo os preceitos do Estado Democrático de Direito. Logo, lhe é conferido, um caráter estritamente instrumental. Ou seja, as normas e ações penais sempre expressam um dado modelo de política criminal - liberais ou conservadores. Considera-se que refletir sobre o direito penal é considerar um modelo de política normatizado que, em razão das múltiplas possibilidades de interpretação no contexto sócio cultural, jamais será um modelo estático, mas dinâmico sempre, em permanente transformação (GUINDANI, 2009).

A implementação de um modelo penal é papel do Estado, entretanto há insatisfação na sua aplicabilidade, pois, não há uma resposta que corresponda aos anseios da sociedade. Ainda busca-se êxito em segurança pública e o bem estar social, mantendo, sobretudo, a integridade dos preceitos constitucionais, garantidores da ordem democrática (RAAD, 2006).

A meta ainda não alcançada está enlaçada em respeito às possibilidades de se encontrar um modelo penal realmente eficaz na prevenção e na repressão à criminalidade, de modo a não desrespeitar direitos e garantias individuais dos cidadãos. Deve-se considerar a degradante desigualdade econômica vivida pela sociedade brasileira e o aumento desenfreado nos índices de violência nas grandes cidades (RAAD, 2006).

O princípio da individualização da pena, que tem por finalidade fazer com que prevaleça o interesse de reeducação e ressocialização do condenado, considerando ainda o artigo 5º da Constituição Federal Brasileira de 1988, deparam-se com o impasse quando se questiona qual a solução e a pena que devem sofrer os psicopatas homicidas (SOUZA *et al*, 2010.p.2).

Quanto à imputabilidade, que é a capacidade de querer e entender do indivíduo, sendo estes os que sofrem a pena (VAZ, 2012). Este perfil está relacionado às características mentais do psicopata.

Ainda sobre o conceito de imputabilidade Vaz (2012.p.2) menciona: “A imputabilidade deve ser aferida quanto ao momento em que o agente pratica o fato ilícito, ou seja, deve-se verificar se, ao tempo da ação ou omissão, tinha ele a capacidade de entendimento ou determinação”.

Porém, quando os psicopatas cumprem a pena, mostra-se o sistema prisional uma fragilidade, pois voltam às ruas automaticamente e logo voltam a praticar crimes (DILLIUS e HARTMANN, 2011). Entretanto, não há no Brasil a prisão perpétua, e nem a castração química que poderiam evitar a exposição dos psicopatas como ameaça para a sociedade. Sofrem portanto os presos comuns no caos prisional brasileiro, sendo ainda mais um problema a ser solucionado com urgência por meio da humanização no caso específico dos psicopatas. A solução parece transitar ente as práticas inconstitucionais e os tratamentos não ambulatoriais já que não são inimputáveis. Todas estas observações se justificam pelo comportamento do psicopata, os dispositivos constitucionais e infra constitucionais no âmbito penal.

A complexidade da resolução deste impasse está diretamente relacionada à inaptidão para compreender a punição e a inteligência acima da média dos psicopatas. Psicopatas são verdadeiros líderes em presídios e tem grande capacidade para influenciar pessoas (BUDÓ *et. al.* 2013).

Sobre os psicopatas e suas práticas e influências, considerou Emílio (2013.p.11):

A quantidade de atos violentos e agressivos cometidos por psicopatas, tanto dentro quanto fora da prisão, supera em mais de duas vezes o número dos demais criminosos, não sendo esta conduta, em nenhum momento, fruto de um sofrimento emocional profundo ou de fatores precipitantes incompreensíveis que normalmente impulsionam indivíduos comuns a cometerem crimes. [...]os psicopatas culpam suas vítimas por terem sido tolas e impotentes ou então afirmam que elas tiveram o destino que mereceram, minimizando, assim, as consequências danosas de suas ações ou simplesmente demonstrando total indiferença.

Na execução penal analisa-se a necessidade de uma prestação jurisdicional que exerça autonomia ao lidar com qualquer tipo de criminoso em sua relação.

Porém, não é possível deixar de voltar-se para o princípio da dignidade da pessoa humana, cujo valor é inestimável e deve ser reconhecido a todas as pessoas. Não importando o local onde se encontrem, já que a dignidade nasce com a pessoa e é seu patrimônio indisponível e inviolável (SILVA, 2010).

Nesse contexto faz-se necessário, considerar em qual categoria em que se enquadram os psicopatas. Ou seja, se devem ser regidos pelo sistema atual chamado Vicariante, sendo aquele que consiste em estabelecer pena ou medida de segurança, conforme artigo 98 do Código penal.

4.1 As características atuais da psicologia e psiquiatria no âmbito forense brasileiro

A personalidade psicopática é sem dúvida um dos maiores problemas enfrentados pelos psiquiatras em psiquiatria forense. Ocorre a análise por meio de exame pericial composto por exames diretos e indiretos, história pessoal e familiar, exame clínico, psicopatológico, avaliação psicológica, discussões e conclusões. Sendo que no exame clínico e psicopatológico, verifica-se: comportamento, discurso, humor, ideias delirantes, alucinações e ilusões, traços de personalidade, orientação auto e alopsíquica, memória, concentração e atenção, inteligência e pensamento, conhecimentos gerais (CAROLO, 2005).

Neste mesmo estudo salienta-se que, a psiquiatria forense exerce sua competência quando há pedido de juízes, advogados das famílias ou até mesmo da parte visada.

Estas informações remetem a critérios e possibilidades de lidar com o psicopata criminoso, sendo ele preso provisório ou preso definitivo. E surge o questionamento sobre a ausência de dispositivos legais para que sejam sempre analisados os condenados ou até mesmo aqueles que ainda estão respondendo a um procedimento judicial. O fato é que nem sempre existiram pedidos de juízes advogados de familiares ou até mesmo do próprio demandado para que se realize uma análise do seu perfil psicológico (BARROCA, 2012).

A psicologia jurídica carece de maior aplicabilidade para o sucesso na identificação do criminoso psicopata bem como de acompanhamento tanto de condenados a pena restritiva de liberdade psicopatas ou não. Não há clareza sobre a identificação de psicopatas associados a crimes específicos. E por isso, fica facilitado o aumento de crimes dentro das próprias penitenciárias e rebeliões lideradas por psicopatas.

Desta forma, é possível corroborar com o estudo de Barroca (2012), quando afirma que a psicopatia ainda se encontra invisível na justiça brasileira. Faz-se necessária uma delimitação criminalística de atuação severa neste ramo. A Lei de Execução Penal, 7.210/84 não oferece recursos para que práticas efetivas diante do assunto psicopatia aconteçam. No Brasil, a psiquiatria é pouco procurada, sendo que esta classe com suas devidas especializações, poderia utilizar de métodos eficazes para facilitar a identificação de psicopatas, traçando um sistema de tratamento especial especificamente para estes criminosos.

5 CLASSIFICAÇÃO DOS PSICOPATAS ENQUANTO IMPUTÁVEIS

Silva (2008) afirma que os psicopatas cometem crimes ou práticas de má fé em níveis menores, com total consciência do que fazem. Desta forma, não podem ser considerados doentes. Sendo inimputáveis aqueles que têm doença mental exemplificada pela esquizofrenia e semi-imputáveis os portadores de transtornos menores, resta ao psicopata a classificação de imputável. E ainda que receba a classificação de semi-imputável, merece o tratamento de imputável quanto à aplicação das penas, em decorrência do grau de atrocidade no cometimento de crimes de homicídio.

Resta designar aos psicopatas a classificação de imputáveis, posto que agem com culpa e merecem tratamento específico porque não são reeducáveis pela mera condenação e cumprimento de penas proporcionais aos delitos cometidos.

Ainda assim, para conclusão destas afirmativas, verifica-se o conceito de classes de criminosos quanto à aplicabilidade de pena, de acordo com Silva (2010) para semi-imputável:

O agente tem alguma consciência da ilicitude de sua conduta, mas sua culpabilidade é diminuída em razão de suas condições pessoais, não tem a plenitude da capacidade intelectual e volitiva, não tem supressão completa do juízo ético, e são em regra mais perigosos que os insanos. São esses os Semi-imputáveis ou de Imputabilidade diminuída.

Já sobre imputabilidade, deve-se ater:

Ser imputável é ter capacidade para praticar crime, ou, na definição da lei, ser inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato que praticou ou de se determinar de acordo com esse entendimento. Não existe crime sem lei. 'Matar alguém em legítima defesa não é crime'. O crime é, assim, uma montagem da lei penal, na verdade só existe no mundo da lei. São vários os parâmetros considerados pela lei penal para dizer o que é crime. Um deles é o querer (dolo direto) ou assumir o risco, que é o mesmo que aceitar, admitir ou concordar (dolo indireto).¹

¹ Disponível em: <http://oab-mg.jusbrasil.com.br/noticias/2162016/artigo-malucos-sao-imputaveis-publicado-na-edicao-de-23-04-do-jornal-o-tempo>

A mera análise de conceitos associada à classificação de psicopatia, mostra que podem os psicopatas serem considerados como imputáveis.

6 POSSÍVEIS MEDIDAS ALTERNATIVAS

A prática da punição de quem infringe as leis de um povo, tem um histórico de transformações. As mudanças têm direta relação com a realidade política e econômica, já que através de um regramento jurídico, os movimentos deste sistema, carecem de investimento para a sua melhoria e adequação a realidade e necessidade. Vê-se isso no contexto social, sendo papel do Direito, acompanhar as mudanças que a sociedade precisa.

Não raramente, surgem discussões em decorrência da própria criminalidade no Brasil, sobre o sistema penitenciário. Há inúmeras dificuldades atualmente que são apontadas pelo descaso de autoridades competentes no cuidado deste assunto (BUDÓ *et. al*, 2013).

Os portadores da psicopatia, sendo tratados como criminosos comuns pela inexistência assídua de reconhecimento destes dentro dos presídios, agravam ainda mais a questão da segurança também nas penitenciárias, estendendo o perigo para fora delas. Ocorre que são indivíduos sem remorsos, que sentem prazer em fazer o outro sofrer. Por terem relacionamentos destrutivos, em qualquer ambiente ou com qualquer pessoa com quem se relacionem, e diante de sua conduta predatória, estes indivíduos se transformam no maior inimigo do ser humano.

Silva (2010), sobre os psicopatas e a prisão no Brasil, mencionou:

No Brasil não existe prisão especial para o psicopata, desta forma ele fica junto aos demais presos, criminosos comuns. Em sua estadia, finge um bom comportamento por saber que em virtude dessas ações a pena poderá ser reduzida, mas na verdade, ele é o indivíduo manipulador que lidera rebeliões e prejudica a reabilitação dos demais presos que acabam agindo de forma cruel para sobreviver.

Ainda sobre o sistema prisional brasileiro, Dullius e Hartmann (2011), refletiram sobre as seguintes questões:

O Brasil convive com um abandono do sistema prisional, o que deveria ser um instrumento de ressocialização, muitas vezes, funciona como escola do crime, devido à forma como é tratado pelo estado e pela sociedade.

Quanto ao papel do Estado, o mesmo não está cumprindo o estabelecido, em diversos diplomas legais, como a Lei de Execuções Penais, Constituição Federal, Código Penal, além das regras internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem e a Resolução da ONU que prevê as Regras Mínimas para o Tratamento do Preso. Anote-se, que a Lei de Execuções Penais, em seu art. 1º, estabelece que “a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado,”, além disso, a mesma norma prevê a classificação, assistência, educação e trabalho, aos apenados, o que visivelmente, não é cumprido na sua integralidade.

Considerando que a psiquiatria tem ainda controvérsias sobre a definição clara de psicopatia, mas que considerável parcela concorda que ao praticar maldades e delitos, os psicopatas têm perfeita consciência dos seus atos, é possível uma compreensão de que podem ser considerados imputáveis.

O problema reflete no estudo de Abreu (2014), posto que o Código Penal não disciplina sobre os psicopatas. Esta omissão também não afasta qualquer interpretação acerca do assunto. E ainda, o legislador não ofereceu um critério para se basear e possibilitar o reconhecimento da inimputabilidade e semi-imputabilidade. Em contrapartida, a psiquiatria oferece instrumentos para analisar a psicopatia em concordância com o que dita o Código Penal Brasileiro. Portanto, resta o pensamento de que, se psicopatas não agem como criminosos comuns, não devem ter tratamento igual. Ou seja, tratamento diferente para os diferentes, deve ser designado.

Logo, na ausência de menção sobre portadores de psicopatia na legislação penal brasileira, deixa uma lacuna para que se sugira uma lei específica para psicopatas como uma alternativa para lidar com esta classe de criminosos. Vale ressaltar, que a divulgação sobre o comportamento dos graus de psicopatia que oferecem risco para a sociedade, deve ocorrer para que a mera ignorância da população não favoreça para a prática de atos não só delituosos mas também traumáticos. Um ato incomum deve ser evitado para que não seja motivação de uma nova mente perturbada, sem equilíbrio que reflita também num bom convívio com os demais, além de preservar a dignidade.

6.1 Lei específica para os psicopatas

Os psicopatas que tendem a receber penas, em sua maioria, são aqueles que cometem delitos graves, tais como homicídios. Estes têm as suas principais características citadas por Santos (2012):

- ✓ Teatralidade, mentiras sistemáticas;
- ✓ Desconsideração pelos sentimentos alheios, frieza, sedução;
- ✓ Habilidade para manipular pessoas e liderar grupos;
- ✓ Egoísmo exacerbado, egocentrismo e incapacidade para amar;
- ✓ Ausência de empatia, de sentimentos afetuosos, éticos e altruístas;
- ✓ Responsabilização de terceiros por seus atos;
- ✓ Inteligência acima da média;
- ✓ Banalização do indivíduo;
- ✓ Problemas na auto-estima;
- ✓ Comportamento anti social inadequadamente motivado;
- ✓ Impulsividade;
- ✓ Insinceridade;
- ✓ Amoralidade;
- ✓ Intolerância a frustrações;
- ✓ Incapacidade para aprender com punição ou com experiências.

Considerando os psicopatas como imputáveis, devem receber esta classificação no decorrer do procedimento penal para que ao iniciar o cumprimento da pena na comprovação do dolo, fique em área designada especial para essa classe, nos presídios. Esta sugestão para o legislador, deve ser acatada como competência do psicólogo forense. A identificação do psicopata pode se dar aplicando a escala de *Hare* elaborada a seguir.

6.2 Escala de *Hare*

A escala *Psychopathy Checklist* (PCL), é de autoria de Robert D. Hare. A partir de uma pontuação, um sujeito pode ser considerado psicopata, tornando a escala apta para utilização em contexto nacional. O PCL é o primeiro exame padronizado exclusivo para o uso no sistema penal do Brasil, e tem a pretensão de avaliar a personalidade do preso e prever a reincidência criminal, buscando separar os bandidos comuns dos psicopatas (AMBIEL, 2006).

Um procedimento padronizado no Brasil seria um ótimo método já que, considerando as rebeliões e seus líderes nos presídios brasileiros, nota-se que, se são identificados alguns dos homicidas como psicopatas. Entretanto não há nada que comprove que esta classe de criminosos recebe tratamento específico no cumprimento da pena em regime fechado.

É inexistente a eficácia na identificação de psicopatas homicidas. Estes não passam por uma avaliação psiquiátrica para que mostre sobre a forma de atuação de suas mentes na prática dos crimes.

Como o caráter punitivo não é recepcionado na mente do psicopata, o que o Estado pode fazer para resguardar a sociedade, ao tomar conhecimento e puni-lo, é ter maior controle sobre os atos praticados a fim de evitar a reincidência de crimes, sejam eles fora ou dentro dos presídios brasileiros.

O teste avalia basicamente em identificar as seguintes características:

- ✓ Pessoa bem articulada, similar as características de bom marketing pessoal;
- ✓ Ego Inflado;
- ✓ Ótima capacidade de argumentação;
- ✓ Vício em adrenalina;
- ✓ Reação desproporcional diante de situações inesperadas;
- ✓ Impulsividade;
- ✓ Comportamento Antissocial;
- ✓ Falta de Culpa;
- ✓ Sentimentos Superficiais;
- ✓ Falta de Empatia;
- ✓ Irresponsabilidade;
- ✓ Má conduta na infância

O material restrito a psiquiatras, atribui a cada característica acima descrita, uma pontuação e seu somatório pode ou não resultar no diagnóstico de psicopatia.

Já o estudo de Oliveira 2012 explicou com maior exatidão, como se aplica a escala de *Hare*. Segundo este estudo, O PCL-R, possui uma lista de 20 sintomas e necessita de um julgamento clínico de um especialista para aplicar a pontuação. Cada sintoma da lista é avaliado em uma escala de 3 pontos, variando de 0 a 2. Quando se utiliza 0, há a indicação de ausência de um sintoma, 1 significa a possível presença de um item, e 2 é utilizado para pontuar quando não há dúvidas da presença do sintoma. Se o analisado marcar 30 pontos ou mais, é considerado psicopata. *Hare* também realizou uma divisão na qual o chamado fator 1, possui 8 itens relacionados com o fator interpessoal/afetivos, posto que são correspondentes a comportamento interpessoal e expressão emocional. Já o fator 2, tem relação com o estilo de vida socialmente desviante/antissocial. Estes itens podem também ser caracterizados como que sobrepõem e não sobrepõem. Tais fatores estão presentes no quadro abaixo:

Quadro 1: Itens que sobrepõem e não sobrepõem

Itens que se sobrepõem	Itens que não se sobrepõem
Lábia/charme superficial – fator 1	Ludibriador/manipulador – fator 1
Senso grandioso de autoestima – fator 1	Necessidade de estimulação – fator 2
Mentira patológica – fator 1	Estilo de vida parasita – fator 2
Ausência de remorso ou culpa – fator 1	Controle deficiente do comportamento – fator 2
Afeto superficial – fator 1	Problemas comportamentais precoces – fator 2
Crueldade/falta de empatia – fator 1	Muitas relações conjugais de curta duração – fator 2
Falha em aceitar responsabilidade pelas próprias ações – fator 1	Revogação da libertação condicional – fator 2
Comportamento sexual promíscuo –	Delinquência juvenil – fator 2
Falta de objetivos realistas de longo - prazo – fator 2	

Impulsividade – fator 2	
Irresponsabilidade – fator 2	
Versatilidade criminal	

Fonte: Oliveira, 2012. Disponível em: http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio_resumo2011/Relatorios/CSS/DIR/DIR_Alexandra%20Carvalho%20Lopes%20de%20Oliveira.pdf.

Em 2010, o deputado federal Marcelo Itagiba apresentou um projeto de lei que foi criado com a seguinte finalidade:

Alterar a Lei nº 7.210, de 1984, Lei de Execução Penal, para criar comissão técnica independente da administração prisional e a execução da pena do condenado psicopata, estabelecendo a realização de exame criminológico do condenado a pena privativa de liberdade, nas hipóteses que especifica.

Outra justificativa para aplicação da escala de *Hare* também é apresentada no mesmo projeto:

...Assim, o que o PCL . R pretende diferenciar são os psicopatas dos não psicopatas, segundo a proposta de Hare. Um dos principais objetivos da escala é identificar os sujeitos com maior probabilidade de reincidência criminal, sendo assim, além de um instrumento diagnóstico importante para tomada de decisão acerca do trâmite do condenado no sistema penal, uma ferramenta para separar os que apresentam tal condição daqueles que não a apresentam, com vistas a não prejudicar a reabilitação dos chamados criminosos comuns.

Se tais procedimentos fossem utilizados dentro dos presídios brasileiros, certamente os psicopatas ficariam presos por muito mais tempo e as taxas de reincidência de crimes violentos diminuiriam significativamente. Nos países onde a escala *Hare* (PCL) foi aplicada com essa finalidade, constatou-se uma redução de dois terços das taxas de reincidência nos crimes mais graves e violentos. Atitudes como essas acabam por reduzir a violência na sociedade como um todo.

Nesse contexto, verifica-se que há fundamentação suficiente para que seja elaborada uma nova lei que trate somente dos criminosos diagnosticados como psicopatas.

6.3 Monitoramento eletrônico

Há mais uma situação relevante para tratar no que se refere a evitar que exista reincidência de prática de crimes cometidos pelos psicopatas já condenados, seja após o cumprimento da pena, ou no momento de já cumprimento de regime fechado.

Sobre a tornozeleira eletrônica, Prudente (2014), considerou:

Diante da situação atual de intensa criminalidade e da superlotação carcerária, dos custos do encarceramento, bem como dos efeitos nefastos da pena de prisão e da corrupção que corrói o aparelho estatal, faz-se imperiosa a criação de novas possibilidades de cumprimento das penas. Considera-se que a pura e simples adoção de medidas repressivas tem se mostrado insuficiente para lidar com o fenômeno da criminalidade.

Em virtude desse quadro, o chamado monitoramento eletrônico (ME) tem surgido como uma interessante alternativa ao encarceramento em diversos países do mundo. É dizer, o monitoramento eletrônico é uma alternativa tecnológica à prisão utilizada na fase de execução da pena, bem assim na fase processual e, inclusive, em alguns países, na fase pré-processual.

A previsão legal para o monitoramento existe e também foi mencionada no estudo de Prudente (2014):

Depois de intensos debates, entrou em vigor a Lei n.º 12258 de 15 de junho de 2010, que altera o Código Penal (Decreto-Lei n.º 2.848/1940) e a Lei de Execução Penal (Lei n.º 7.210/84) e prevê a possibilidade do uso de equipamentos de monitoramento eletrônico (vigilância indireta) de presos (por adesão voluntária).

A lei permite a imposição da fiscalização, por meio da monitoração eletrônica, quando for autorizada *saída temporária* para aquele que estiver sob o *regime semiaberto*, ou quando a pena estiver sendo cumprida em *prisão domiciliar*, conforme o disposto nos incisos II e IV, do art. 146-B da Lei de Execução Penal. Desta forma, foi afastada a possibilidade de monitoração eletrônica no cumprimento dos regimes aberto e semiaberto, das penas restritivas de direitos, do livramento condicional e da suspensão condicional da pena.

Uma opção para o controle destes indivíduos seria o monitoramento eletrônico. Isso se justifica, porque, como já se conhece as características do psicopata, pode inibi-lo, ao saber que está desta forma monitorado, tenderá a

cometer menos crimes aonde quer que esteja por já ser considerado suspeito em potencial.

7 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

Esta pesquisa foi realizada através de revisão da literatura, pesquisa em livros e, principalmente, em artigos científicos e ainda, através da aplicação de questionários direcionados a psicólogos e psiquiatras. O método utilizado foi o dedutivo, sendo que tem por base a lei geral. Neste estudo, justifica a utilização deste método já que parte da concepção geral da psicopatia e a eficácia do atual tratamento do ordenamento penal brasileiro, para sugestões de medidas alternativas direcionadas apenas aos psicopatas. Assim, é possível verificar a possibilidade de redução de crimes de homicídio e estupro.

7.1 Tipo de pesquisa

Trata-se de uma pesquisa exploratória, conforme conceitua Theodorson e Theodorson (PIOVESAN e TEMPORINI, 1995 *apud* THEODORSON e THEODORSON, 1970):

Estudo exploratório: um estudo preliminar cujo principal objetivo é familiarizar-se com um fenômeno que é investigar, de modo que os grandes estudos possam ser projetados com maior compreensão e precisão. O estudo exploratório (pode usar qualquer uma das variedades de técnicas, normalmente com uma pequena amostra) permite ao investigador definir o seu problema de pesquisa e formular sua hipótese com mais precisão. Ele também permite escolher as técnicas mais adequadas para a investigação e para decidir sobre as questões que mais necessitam de atenção e investigação detalhada, e pode alertá-lo para potenciais dificuldades, sensibilidade, e as áreas de resistência.

Esta pesquisa, ao utilizar o estudo exploratório, busca precisão para responder o tema problema apresentado, por meio da pequena amostra pesquisada com as respostas obtidas por meio de entrevistas com psicólogos e psiquiatras.

7.2 Pesquisa quanto à natureza

Neste estudo, o pesquisador atua como instrumento fundamental, investigando o significado que alguns profissionais dão ao assunto psicopatia, expondo sua preocupação científica com o modo que a legislação brasileira lida com esta classe de criminosos. Portanto tem-se o ambiente natural como fonte de dados direta para o pesquisador, caracterizando uma pesquisa qualitativa.

Para Minayo (2003, p. 16-18), a pesquisa qualitativa é o caminho do pensamento a ser seguido. Ocupa um lugar central na teoria e trata-se basicamente do conjunto de técnicas a ser adotado para construir uma realidade. A pesquisa é assim, a atividade básica da ciência na sua construção da realidade. A pesquisa qualitativa, no entanto, trata-se de uma atividade da ciência, que visa à construção da realidade, mas que se preocupa com as ciências sociais em um nível de realidade que não pode ser quantificado, trabalhando com o universo de crenças, valores, significados e outros construtos profundos das relações que não podem ser reduzidos à operacionalização de variáveis.

Optou-se pela abordagem qualitativa nesta pesquisa, já que proporciona o investigador como instrumento chave. A análise dos dados foi realizada de forma a não requerer o uso de técnicas e métodos estatísticos, a preocupação central girou em torno de dar maior ênfase na interpretação e a atribuição dos resultados.

7.3 Análise de conteúdo

A análise de conteúdo, parte da pesquisa qualitativa específica aplicada a este estudo. Analisa-se a frequência com que as respostas se dão especificamente para cada pergunta, proporcionando a viabilidade de medidas alternativas para lidar com o criminoso psicopata. Assim, as respostas do tema problema têm maior chance de precisão.

A análise de conteúdo trabalha tradicionalmente com materiais textuais escritos. Há dois tipos de textos: textos que são construídos no processo de pesquisa, tais como transcrições de entrevista e protocolos de observação; textos

que já foram produzidos para outra finalidade quaisquer, como jornais ou memorandos de corporações. Na análise de conteúdo o ponto de partida é a mensagem, mas deve ser considerado as condições contextuais de seus produtores e assenta-se na concepção crítica e dinâmica da linguagem (PUGLISI; FRANCO, 2005, p. 13).

A análise de conteúdo é considerada uma técnica para o tratamento de dados que visa identificar o que está sendo dito a respeito de determinado tema (VERGARA, 2005, p. 15). Nesta investigação foram feitas análises das respostas dadas pelos profissionais entrevistados e, ao mesmo tempo, teve a preocupação em contextualizar, onde se considerou como um dos principais requisitos, para garantir a relevância dos resultados coletados acerca do psicopata criminoso.

8 ANÁLISE DE CONTEÚDO E BREVE DISCUSSÃO DOS RESULTADOS

Para responder se o atual tratamento direcionado aos criminosos psicopatas no sistema penal brasileiro atual e ainda, sugerir novas medidas para lidar com esses, foi realizada uma pesquisa exploratória para análise qualitativa, através da aplicação de um questionário estruturado com quinze perguntas direcionadas a psicólogos e psiquiatras. A amostra foi composta pela participação de cinco especialistas, sendo um psiquiatra e quatro psicólogos. Deste modo, faz-se uma investigação sobre a visão majoritária dos entrevistados, comparando-a com os estudos já existentes realizados por outros autores e tem-se o resultado final com a possibilidade de respostas novas para tratar especificamente dos psicopatas brasileiros e seu melhor tratamento sob o prisma da legislação penal brasileira, mesmo ainda de modo incipiente, por se tratar de uma temática complexa e não muito explorada.

Seguem no quadro abaixo, as perguntas e respostas mais frequentes e a interpretação dos conteúdos, com vistas a dialogá-los com a literatura vigente abordada ao longo deste estudo.

Quadro 2: Pergunta 1: Quais os procedimentos oriundos da psicologia/psiquiatria, conhecidos por você, são necessários para caracterizar o perfil de um psicopata?

Especialista 1	O estudo do corte longitudinal (histórico e acompanhamento ao longo da vida).
Especialista 2	Ainda não há um instrumento totalmente confiável para o diagnóstico. A observação atenta do comportamento do examinando, técnicas projetivas, gráficas e o Inventário de Psicopatia de Hare, o PCL.
Especialista 3	Pode-se utilizar de testes psicológicos que indicam o perfil da personalidade, ou também pode ser utilizada a anamnese psicológica e ou psiquiátrica.

Especialista 4	Quando caracterizado de forma diversa dos diagnósticos diferenciais, pode-se arriscar a hipótese de psicopatia.
Especialista 5	Por meio de entrevistas e testes.

Fonte: Resultados da pesquisa.

Nos artigos e livros pesquisados, há uma predominância ao mencionar sobre procedimentos para identificar o perfil de um psicopata, que é PCL de *Hare*. Entretanto, nenhum desses estudos confirma como método oficial, embora considere como uma boa ferramenta de identificação. Entre os estudos que corroboram estão Silva (2008), Oliveira 2012, Nunes (2011), Miranda (2007), pelo menos.

Quadro 3: Pergunta 2: Há uma escala de avaliação para diagnosticar o psicopata? Qual? Justifique.

Especialista 1	Não há uma escala oficial.
Especialista 2	A que considere que seja leve, grave ou moderada.
Especialista 3	Desconhece.
Especialista 4	Escala de <i>Hare</i> .
Especialista 5	Não há teste reconhecido pelo Conselho Federal de Psicologia.

Fonte: Resultados da pesquisa.

Tanto o estudo de Barros (2011), Silva (2008) quanto o de Silva (2010) utilizam como referência os graus leve, moderado e grave. Esses mesmos autores mencionaram a escala de *Hare* como meio possível para verificar o grau de psicopatia, bem como o de sua identificação.

Quadro 4: Pergunta 3: Psicopatia é uma doença ou um distúrbio?

Especialista 1	Uma doença.
Especialista 2	Distúrbio de caráter.
Especialista 3	Conforme os manuais de classificação (CID 10 e DSM 5), é um fenômeno psiquiátrico chamado de transtorno. Mas pode ser considerado um modo de

	funcionamento da personalidade.
Especialista 4	Não é um doente, nem louco. É um desviante das normas da ética e da moral.
Especialista 5	É um doente que passa por sofrimento mental.

Fonte: Resultados da pesquisa.

Silva (2008), embora médica com especialização em psiquiatria, não considera a psicopatia como doença, mesmo com o estudo do significado da palavra que remete a doença. Nenhum estudo utilizado nesta pesquisa considera o psicopata como doente, tampouco como normal. O resultado dos estudos científico equivale às respostas dos especialistas entrevistados.

Quadro 5: Pergunta 4: Dê o seu conceito de psicopatia.

Especialista 1	É uma doença da mente.
Especialista 2	São indivíduos calculistas, dissimulados, mentirosos, frios, sem escrúpulos, sedutores e extremamente egoístas. São os sem consciência.
Especialista 3	São indivíduos que não mantêm posição empática com os outros, normalmente são frios emocionalmente e distanciados da afetividade comum, podem ser manipuladores, calculistas e dissimulados, as variações vão desde simples estelionatários até pedófilos e ou <i>serial killers</i> .
Especialista 4	Psicopatia é quando o sujeito é contrário às leis que regem o bom funcionamento da sociedade, não têm ética, muito menos moral, agem para satisfazer o seu prazer.
Especialista 5	Sujeito de profunda solidão existencial que precisa de apaziguamento pelo prazer sádico.

Fonte: Resultados da pesquisa.

O conceito de psicopatia, além do significado da palavra em sua etimologia, é exatamente o mesmo para todos os autores pesquisados e colaboradores deste trabalho de conclusão de curso.

Quadro 6: Pergunta 5: O psicopata criminoso pode ser ressocializado? Você conhece casos concretos a esse respeito?

Especialista 1	No meu ponto de vista não. Vide as manchetes dos jornais.
Especialista 2	Não.
Especialista 3	Não. Eles tentem inexoravelmente a reincidir.
Especialista 4	Não acredito na ressocialização de casos assim e não conheço casos desse tipo.
Especialista 5	Sim. Mas desconheço casos concretos.

Fonte: Resultados da pesquisa.

Não foi encontrada nada que confirmasse a ressocialização do criminoso psicopata. Mas a sugestão de acompanhamento nesta pesquisa pode ser exemplificada pelo artigo de Barroca (2012) afirma que a psicopatia ainda se encontra invisível na justiça brasileira.

Quadro 7: Pergunta 6: O psicopata é imputável, semi-imputável ou inimputável?

Especialista 1	É inimputável completo, isto é deve se aplicar a medida de segurança em manicômio judicial.
Especialista 2	Inimputável.
Especialista 3	Semi-imputável.
Especialista 4	Imputável.
Especialista 5	Inimputável.

Fonte: Resultados da pesquisa.

Todos os conceitos e classificações vistos neste estudo remetem ao pensamento de que o psicopata é imputável por ter consciência dos seus atos. Silva (2010) conceituou o semi-imputável como aquele que tem capacidade intelectual e volitiva sem plenitude. Sendo o imputável aquele completamente capaz de entender o caráter ilícito do fato. Entre os investigados há divergências sobre o assunto,

existindo para eles hipóteses de inimputável, semi-imputável e imputável. Persiste a dúvida sobre psicopatia ser ou não doença.

Quadro 8: Pergunta 7: A personalidade caracterizada como psicopata, tem capacidade de administrar conflitos?

Especialista 1	Não
Especialista 2	Não
Especialista 3	Sim, pois são frios e calculistas.
Especialista 4	Não
Especialista 5	Não. Tem habilidades comprometidas, pois passa por grande sofrimento.

Fonte: Resultados da pesquisa.

Mesmo sendo considerados por totalidade dos autores citados como frios e calculistas, os estudiosos que colaboraram, não acreditam que sejam os psicopatas capazes de administrar conflitos.

Quadro 9: Pergunta 8: Há possibilidade de amenizar ou tratar o comportamento agressivo de psicopatas criminosos, a partir de conhecimento dos motivadores extrínsecos que possuem?

Especialista 1	Não.
Especialista 2	Não.
Especialista 3	Não se sabe ainda.
Especialista 4	Sim, é possível amenizar.
Especialista 5	Sim, é possível amenizar.

Fonte: Resultados da pesquisa.

Nenhum estudo presente nesta monografia afirma que é possível amenizar o comportamento agressivo do psicopata, desde que se conheça a sua origem. Entretanto, alguns colaboradores veem essa possibilidade. Neste sentido, há que se aprofundar, no âmbito da psiquiatria e psicologia para a confirmação desta hipótese, já que permanece obscura.

Quadro 10: Pergunta 9: O que se entende por motivadores intrínsecos e extrínsecos que se relacionam com a psicopatia?

Especialista 1	Trata-se de uma doença mental que independe dos motivadores quer sejam intrínsecos ou extrínsecos.
Especialista 2	Trata-se de um “distúrbio do caráter” que independe desses motivadores.
Especialista 3	Não se sabe ainda com relação à psicopatia.
Especialista 4	Intrínsecos são aqueles que ligados ao seu desejo. Extrínsecos são condições que se apresentam e que o aguçam a realizar satisfação.
Especialista 5	Não trata de fatores intrínsecos. Extrínsecos são os ambientais e subjetivos.

Fonte: Resultados da pesquisa.

Oliveira (2012) traz a informação de que 50% de características genéticas podem ser atribuídas a alguém e o restante dependendo da influência do meio no qual vive, quem tem essa predisposição. Considerando o psicopata como doente, cabe a premissa de Oliveira (2012), e há entre os colaboradores ideia igual. Mas prevalece a tese, entre os demais autores, de que há certamente a influência de fatores extrínsecos, como sendo os ambientais.

Quadro 11: Pergunta 10: Qual seria a melhor forma de tratamento para um psicopata criminoso?

Especialista 1	Tratamento psiquiátrico em manicômio judiciário.
Especialista 2	Tratamento psiquiátrico e prisão.
Especialista 3	Acompanhamento psiquiátrico e psicológico.
Especialista 4	Tratamento não há - encarceramento é o melhor tratamento para a sociedade.
Especialista 5	Tratamento psicológico.

Fonte: Resultados da pesquisa.

Araújo (2011), bem como Silva (2008), apresentam o psicopata como aquele que tem consciência da ilicitude dos atos que praticam, encaixando a classe em imputáveis. Os mesmos estudos mostram que a denominação se refere à doença, e se visualizada sob essa ótica, cabe à classificação de inimputáveis.

Quadro 12: Pergunta 11: Quais medidas devem ser aplicadas para lidar com um psicopata condenado a regime fechado, quando sua presença já se dá num presídio?

Especialista 1	Tomar todas as precauções de segurança.
Especialista 2	Medidas de segurança.
Especialista 3	Ainda não se sabe.
Especialista 4	Estudar suas ações para saber como lidar com ele.
Especialista 5	As mesmas aplicadas a qualquer pessoa que já tenha sido condenada.

Fonte: Resultados da pesquisa.

Este questionamento remete a pensar no psicopata com base também no princípio da isonomia. Silva (2008), afirma que os psicopatas são verdadeiros líderes dentro dos presídios, aumentando o índice de criminalidade mesmo no período de cumprimento de pena em regime fechado. Considerando as respostas dos colaboradores, verifica-se a necessidade de tratar os psicopatas de forma diferenciada dos demais criminosos, bem como tratá-los como todos os condenados.

Quadro 13: Pergunta 12: É possível tratar um psicopata com terapia medicamentosa, a fim de evitar que volte a cometer crimes com características de autoria de psicopata sexual?

Especialista 1	Não.
Especialista 2	Não.
Especialista 3	Não.
Especialista 4	Sim, desde que encarcerado e ainda que se certifique que ele engoliu o remédio, ou ainda medicação intravenosa.
Especialista 5	Sim em caso de surto agudo.

Fonte: Resultados da pesquisa.

Não há estudo divulgado sobre esta abordagem até a elaboração desta monografia. Deixando as observações dos especialistas como fonte para análise dessa pergunta.

Quadro 14: Pergunta 13: A psicoterapia deve ser utilizada nos presídios para monitorar e tratar o psicopata condenado?

Especialista 1	Não.
Especialista 2	Não.
Especialista 3	Sim.
Especialista 4	Não com a finalidade de tratamento, mais sim de pesquisa.
Especialista 5	Sim. Todas as pessoas precisam de um suporte psicológico.

Fonte: Resultados da pesquisa.

Sobre a psicoterapia nos presídios para monitorar os psicopatas, não há previsão legal, nem o conhecimento de um estudo científico que auxilie com certeza. Porém, o resultado aqui mostrado, confirma que deve todo ser humano, buscar suporte psicológico. Já que todos sofrem mudanças e mudanças causam conflitos.

Quadro 15: Pergunta 14: A tornozeleira eletrônica deve ser utilizada em todos os psicopatas que já cumpriram a pena em regime fechado por matar alguém?

Especialista 1	Sim, mas apenas para a sua localização.
Especialista 2	Sim, porém apenas para a sua localização.
Especialista 3	Sim, mas facilitaria apenas a sua localização.
Especialista 4	Sim.
Especialista 5	Sim, desde que todos os apenados tenham o mesmo tratamento.

Fonte: Resultados da pesquisa.

O monitoramento eletrônico é bem visto com unanimidade pelos entrevistados, embora como eficácia restrita. É também previsto na Lei de Execução Penal.

Quadro 16: Pergunta 15: Você acredita que seja possível realizar uma análise psicológica do criminoso que mata alguém, durante todo o período de procedimento judicial para diferenciar criminosos comuns de criminosos psicopatas?

Especialista 1	Sim.
Especialista 2	Sim.
Especialista 3	Sim.
Especialista 4	Sim.
Especialista 5	Sim.

Fonte: Resultados da pesquisa.

Sobre a relevância do papel do perito judicial na área criminal, não há dúvida nesta pesquisa e ainda tem amparo no estudo de Oliveira (2012). O que falta, é retirar a limitação da atuação somente na diagnose de doença mental.

9 CONCLUSÃO

O assunto psicopatia é ainda desconhecido para o Direito Penal Brasileiro. Verifica-se que a mera associação desta denominação a um criminoso, já enfrenta grandes dificuldades. Trata-se de assunto interdisciplinar, cujo êxito para lidar nesse âmbito, depende da atuação de juristas, peritos, psicólogos e psiquiatras, amparados por estudos científicos aprofundados.

Sobre o conceito de psicopatia, é um transtorno de personalidade, caracterizado basicamente, pela ausência de empatia pelo próximo. Entretanto, apenas essa observação não é o suficiente para se afirmar que alguém é psicopata. Diversos fatores devem ser considerados nesta análise. A escala de *Hare* é um método que pode ser utilizado tanto para a identificação quanto para a classificação deste transtorno de personalidade.

Nos estudos citados nesta monografia, nota-se que concordam os autores no que tange as características principais dos psicopatas. O psicopata que, de acordo com a lei penal brasileira, comete crimes mais graves, age com truculência associada a ótima capacidade racional, frieza, sem remorso e com total consciência da ilicitude ou da gravidade dos atos praticados. São sedutores e envolvem quem os cerca com muita facilidade. Porém, há um estudo que justifica o comportamento com desvio de conduta do psicopata, considerando a existência de 50% de predisposição genética e os demais 50% implicam em grande transtorno a depender da influência do meio. Colocar o psicopata como quem passa por grande sofrimento mental, é também uma informação que deve ser considerada, já que veio de um especialista que contribui com a pesquisa.

Tem o psicopata a garantia da dignidade da pessoa humana, presente no artigo 5º da Constituição Federal Brasileira, já que é direito inerente ao ser humano. Porém, na atualidade, conforme as fontes científicas, só há análise aprofundada sobre psicopatia no sistema judicial, quando determina o juiz, deferindo o pedido de uma das partes. O acompanhamento psicológico e psiquiátrico dentro dos presídios é de grande relevância, embora não há estudos mostrando que é bem aplicado na prática. Mesmo porque não se cumpre na integralidade, sequer o suficiente para existência de harmônica integração social, assistência, educação e trabalho aos

apenados, conforme dispõe o artigo 1º da referida lei. Portanto, fica claro que o psicopata recebe tratamento geral na lei brasileira sem qualquer menção específica.

Ao considerar a hipótese de inimputabilidade do psicopata, deve ser considerada como barreira, a ausência de limitação do prazo de duração da medida de segurança. Mas, o entendimento majoritário é de que o psicopata, cometendo estelionato, estupro, homicídio ou qualquer outro ilícito penal, é imputável. Entretanto, como não tem características de loucura, mas também não tem senso moral e ético, merece um tratamento com algumas peculiaridades. Trata-se de uma classe *sui generis*.

Uma lei específica para lidar com o psicopata também poderia facilitar a forma de conferir o tratamento a este tipo de criminoso. A alteração da Lei de Execução Penal, já ofereceria um norte para facilitar a atuação do Estado diante dessa situação, se aproximando de um equilíbrio. As alterações na lei penal brasileira poderiam proporcionar a identificação dos criminosos que são psicopatas, bem com oferecer estrutura diferenciada para esse transtorno de personalidade no cumprimento de pena em regime fechado, desde que enfrentada a problemática do abandono do sistema prisional. Por fim, o uso do monitoramento eletrônico seria válido para localização de psicopatas, se aproximando da finalidade da redução de reincidência de crimes.

REFERÊNCIAS

AMBIEL, Rodolfo Augusto Matteo. *Diagnóstico de psicopatia: a avaliação psicológica no âmbito judicial*. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/pusf/v11n2/v11n2a15>. Acesso em: 8 julh. 2014.

ABREU, Michele O de. *O psicopata e o código penal*. 2014. Disponível em: <http://micheleabreu.jusbrasil.com.br/artigos/121944086/o-psicopata-e-o-codigo-penal>. Acesso em: 7 out. 2014.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *O princípio fundamental da dignidade humana e sua concretização judicial*. 2008. Disponível em: http://portaltj.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=5005d7e7-eb21-4fbb-bc4d-12affde2dbbe&groupId=10136. Acesso em: 19. nov. 2014.

ARAÚJO, Fabíola dos Santos. *O perfil do criminoso psicopata*. Trabalho de Conclusão de Curso da Unimontes. Montes Claros, 2011. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-perfil-do-criminoso-psicopata,32921.html>. Acesso em: 20 de junh. 2013.

BARROS, Daniel Martins. *Correlação entre grau de psicopatia, nível de julgamento moral e resposta psicofisiológica em jovens infratores*. Tese de Doutorado, USP. São Paulo, 2011.

BRASIL. *Vade Mecum*. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BUDÓ *et. al*. *Os psicopatas no sistema penitenciário brasileiro*. 2013. Disponível em: <https://pad1dar.files.wordpress.com/2013/02/os-psicopatas-no-sistema-penitencic3a1rio-brasileiro-bernardo-irene-e-pedro-luz.pdf>. Acesso em 10.fev.2015.

DULLIUS, Aladio Anastacio; HARTMANN, Jackson André Müller. *Análise do sistema prisional brasileiro*. 2011. Disponível em: http://ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=10878&n_link=revista_artigos_leitura. Acesso em: 02.out. 2014.

EMÍLIO, Caroline Souza. *Psicopatas Homicidas E As Sanções Penais A Eles Aplicadas Na Atual Justiça Brasileira*. 2013. Disponível em: http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2013_1/caroline_emilio.pdf. Acesso em 10 de fev de 2014.

GUINDANI, Miriam. *Sistemas de política criminal no Brasil: Retórica garantista, intervenções simbólicas E controle social punitivo*. 2009. Disponível em: <http://www.cis.puc-rio.br/cedes/PDF/cadernos/cadernos%20%20-%20sistemas%20politica%20criminal.pdf>. Acesso em: 2. nov. 2014

ITAGIBA, Marcelo. *Projeto de Lei 2010*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/737111.pdf>. Acesso em: 25. mai. 2013.

MILHOMEM, Matheus. *Um grau acima da maldade – Estado X psicopatas brasileiros*. Trabalho de Conclusão de MBA em Poder Judiciário da FGV, 2011. Disponível em: <https://www.amb.com.br/portal/docs/artigos/Artigo%20Mateus%20Milhomem.pdf>. Acesso em 10. nov. 2012.

MINAYO, MC. De S. (Org.) *Pesquisa Social: teoria, método e criatividade*. 22 ed. Rio de Janeiro: Vozes. 2003.

MIRANDA, Alex Barbosa Sobreira de. *Psicopatia: Conceito, Avaliação e Perspectivas de Tratamento*
Disponível em: <http://psicologado.com/atuacao/psicologia-juridica/psicopatia-conceito-avaliacao-e-perspectivas-de-tratamento#ixzz33U3ZUnkE> . 2007. Acesso em 10 fev. de 2014.

NETO, Angelo Raimundo da Silva. *História das cirurgias para transtornos mentais - psicocirurgia . Dilemas éticos*. 2011. Disponível em: <http://www.neuronm.com.br/artigo/28/historia-das-cirurgias-para-transtornos-mentais-psicocirurgia-dilemas-eticos>. Acesso em: 20 nov. 2012.

NUNES, Camila Luciane, *et al.* *O conceito de psicopatia e seus possíveis tratamentos*. Disponível em: http://www.cesumar.br/prppge/pesquisa/epcc2011/anais/camila_luciane_nunes.pdf. 2011. Acesso em 20 de abr. de 2014.

NUNES, Rizzatto. *O Princípio Constitucional da DIGNIDADE da Pessoa Humana – Doutrina e Jurisprudência*. 2.ed. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Alexandra Carvalho Lopes. *Análise da figura do psicopata sob o ponto de vista psicológico-moral e jurídico penal*. Trabalho de conclusão de curso. PUC, Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio_resumo2011/Relatorios/CSS/DIR/DIR_Alexandra%20Carvalho%20Lopes%20de%20Oliveira.pdf. Acesso em: 14. Dez.2014.

PIOVESAN, Armando; TEMPORINI, Edméa Rita. *Pesquisa exploratória: procedimento metodológico para o estudo de fatores humanos no campo da saúde*. Rev. Saúde Pública. v. 29. São Paulo, 1995. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rsp/v29n4/10>. Acesso em 01 de mar. 2015.

PRUDENTE, Neemias. *Monitoramento eletrônico: uma efetiva alternativa a prisão?* 2014. Disponível em:

<http://neemiasprudente.jusbrasil.com.br/artigos/121942848/monitoramento-eletronico-uma-efetiva-alternativa-a-prisao>. Acesso em: 29. mai.2015.

PUGLISI, M.L.; FRANCO, B. *Análise de conteúdo*. 2. ed. Brasília: Líber Livro, 2005.

RAAD, Marco Russowsky. *Uma análise da política criminal sob o enfoque do direito penal do terror* (Trabalho selecionado pelo Concurso Monografia, PUCRS, 2006).

REIS, Martha F. *Psicopatia. Um cérebro obcecado pela recompensa*. 2010. Disponível em: <http://www.ionline.pt/artigos/51590-psicopatia-um-cerebro-obcecado-pela-recompensa/pag/-1>. Acesso em: 14.nov. 2014.

SABBATINI, Renato. *O cérebro do psicopata*. 1998. Disponível em: <http://mapadocrime.com.sapo.pt/cerebro%20psicopata.html>. Acesso em: 19. nov. 2014.

SANTOS, Jéssica Medeiros Neres. *Psicopatas homicidas e o direito penal*. 2012. Disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=8885. Acesso em: 7.set.2014.

SILVA, Ana Beatriz Barbosa. *Mentes perigosas: o psicopata mora ao lado*. 5.ed. Rio de Janeiro: Objetivo, 2008.

SILVA, Cláudia. *O psicopata e a política criminal brasileira*. 2010. Disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=9440. Acesso em: 10. jun.2014.

SOUZA, Natália Akemi *et al.* *Psicopatas: uma breve análise*. 2010. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/2341/1837>. Acesso em 10 de nov. de 2012.

TRINDADE, Jorge *et al.* *Psicopatia – a máscara da justiça*. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do advogado editoria, 2009.

VASCONCELOS. Terezinha Pereira de. *Responsabilidade penal do psicopata*. 2012. Disponível em: http://www.iunib.com/revista_juridica/2013/02/22/responsabilidade-penal-do-psicopata/. Acesso em 29 mai. 2014.

VAZ, Paulo Junio Pereira. *As medidas de segurança e os direitos fundamentais dos inimputáveis*. 2012. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/21956/as-medidas-de-seguranca-e-os-direitos-humanos-dos-inimputaveis>. Acesso em 12 nov. de 2012.

VERGARA, S.C. *Projetos e relatórios de pesquisa em Administração*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.