

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 477

(ano VII)

09/11/2015)

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



09/11/2015 Luiz Flávio Gomes

» [Trânsito: sociedades atrasadas fazem leis, mas não as cumprem](#)

ARTIGOS

09/11/2015 Vanessa de Souza Ribeiro

» [O instituto da conciliação com o advento do novo Código de Processo Civil](#)

09/11/2015 Anderson Luiz Guimarães Cardoso

» [Dano Moral da Pessoa Jurídica](#)

09/11/2015 Quésia Moreira Pimentel de Aguiar

» [A correção dos benefícios previdenciários à luz do princípio da irredutibilidade do valor dos benefícios](#)

09/11/2015 Lorena Carneiro Vaz de Carvalho Albuquerque

» [Desaposentação: controvérsia acerca da obrigatoriedade ou não da devolução dos valores de aposentadoria percebidos pelo segurado](#)

09/11/2015 Tauã Lima Verdán Rangel

» [Da Gestão de Florestas Públicas para a Produção Sustentável: Anotações ao Decreto nº 6.063/2007](#)

MONOGRAFIA

09/11/2015 Murilo Maturana

» [Transtorno da personalidade antissocial e a psicopatia no ordenamento jurídico brasileiro](#)

TRÂNSITO: SOCIEDADES ATRASADAS FAZEM LEIS, MAS NÃO AS CUMPREM

LUIZ FLÁVIO GOMES: Jurista e professor. Fundador da Rede de Ensino LFG. Diretor-presidente do Instituto Avante Brasil e coeditor do atualidadesdodireito.com.br. Foi Promotor de Justiça (1980 a 1983), Juiz de Direito (1983 a 1998) e Advogado (1999 a 2001).

De acordo com o relatório *Global Status Report On Road Safety 2015*, da Organização Mundial da Saúde (OMS), houve 1,25 milhões de mortes no trânsito rodoviário em nível mundial em 2013 (maior patamar desde 2007). Quase 50 mil ocorreram no Brasil (23,4 mortes para cada 100 mil habitantes), onde 80% das pessoas acham que é muito fácil descumprir as leis (pesquisa da FGV).

Ao contrário de muitos países com altas taxas de mortalidade no trânsito, o Brasil é respaldado por uma legislação adequada a quase todos os quesitos recomendados pela OMS, se assemelhando, em termos de legislação, com os países de renda alta e que apresentam uma taxa de mortalidade no trânsito baixa. O Brasil é o único país dentre os dez maiores do mundo que segue quatro das cinco boas práticas propostas pela OMS para reduzir o número de mortes no trânsito.

Abaixo uma comparação entre o Brasil e um dos países com melhores taxa no que tange a mortalidade no trânsito (Cingapura, na Ásia) e outro, com registros altíssimos de mortalidade no trânsito (Congo, na África):

Segurança dos usuários no trânsito -Comparativo entre países			
	Brasil	Cingapura	República Democrática do Congo
Taxa de mortes por 100 mil hab.	23,4	3,6	33,2
População	200.361.925	5.411.737	67.513.677
Grupo de renda	Médio	Alta	Baixa
PIB per capita	US\$ 11.960	US\$ 54.040	US\$ 430
Velocidade			
Lei Nacional de Limite de Velocidade	Sim	Sim	Sim
Velocidade máxima na cidade	80 km/h	70km/h	60km/h
Velocidade máxima na zona rural	60 km/h	Não	90km/h
Velocidade máxima nas rodovias	110 km/h	90 km/h	120km/h
As autoridades locais podem modificar as leis? (Boas práticas)	Sim	Não	Não
Cumprimento da Lei	7	8	3
Beber e Dirigir			
Lei Nacional sobre dirigir alcoolizado	Sim	Sim	Sim
Limite alcoólico para população em geral	0.00 g/dl	≤ 0.08 g/dl	< 0.10 g/dl
Limite alcoólico para motoristas novatos	0.00 g/dl	≤ 0.08 g/dl	< 0.10 g/dl
Teste do balonete	Sim	Sim	Sim
Cumprimento da Lei	8	8	3
% de acidentes de trânsito relacionados ao álcool	-	11%	-
Uso de Capacetes			
Lei Nacional de uso de capacetes para motociclistas	Sim	Sim	Sim
Aplicada a passageiros e motorista	Sim	Sim	Sim
Lei requer que o capacete seja preso	Sim	Sim	não
Lei requer capacetes padronizados	Sim	Sim	Não
Cumprimento da Lei	6	9	3
Taxa de uso do capacete	81% em todos os usuários	-	-

Cinto-de-segurança			
Lei Nacional sobre uso do cinto de segurança	Sim	Sim	Sim
Aplicada ao uso dos passageiros na frente e atrás	Sim	Sim	Não
Cumprimento da Lei	6	8	4
Taxa de uso do cinto	73% dos passageiros na parte frente e 37% na parte de trás do veículo	-	-
Assento Infantil			
Lei de uso do assento infantil	Sim	sim	Não
Restrição de crianças no banco da frente	Sim	Não	Sim
Uso de assento infantil baseado em...	Idade	Idade/Peso	-
Cumprimento da Lei	6	8	-
% de crianças que usam o assento	57%	-	-
Uso de telefone móvel			
Lei Nacional que restringe o uso de telefone móvel ao volante	Sim	Sim	Não
Lei proíbe o uso do telefone quando em mãos	Sim	Sim	-
Lei também se aplica ao uso quando em mãos livres	Sim	Não	-
Drogas			
Lei Nacional sobre dirigir sob uso de drogas	Sim	Sim	Não
Fonte: Organização Mundial da Saúde; Instituto Avante Brasil			

Cingapura, uma cidade-estado com cerca de 5 milhões de habitantes e uma legislação bastante dura com relação à posse de automóveis de passeio registrou, em 2013, uma taxa estimada pela OMS de 3,6 mortes a cada 100 mil habitantes (contra 23,4 do Brasil). Conhecido pela execução de suas

duras leis, se comparado com o Brasil possui leis ainda mais leves, como a quantidade de álcool permitida na direção, a não restrição de crianças no banco da frente e o uso da mão livre ao se falar no telefone enquanto está no volante. Contudo, em todas as leis aplicadas teve nota maior no cumprimento das leis, além de uma menor velocidade permitida, tanto no meio urbano como nas rodovias.

O problema do Brasil não é elaborar leis, sim, a execução delas. A Lei Seca, por exemplo, foi endurecida duas vezes desde sua criação, e o que vimos foi uma queda momentânea do número de mortes no trânsito logo após ser reformada, seguida de aumento no ano seguinte, por falta de acompanhamento e cumprimento dos procedimentos necessários para que a lei fosse efetiva. O descumprimento da lei decore de dois polos: da falta de fiscalização efetiva por parte do poder público e da carência de predisposição dos motoristas, pedestres, ciclistas e motociclistas. A crise do império da lei é muito grave nesses países de baixa formação ética e de cidadania.

Saiba mais

Dos dez países mais populosos (China, Índia, EUA, Indonésia, Brasil, Paquistão, Nigéria, Bangladesh, Rússia e Japão), apenas cinco possuem a legislação de boas práticas recomendada pela OMS para diminuir as mortes no trânsito (beber e dirigir, uso de capacetes, uso do cinto-de-segurança e cadeirinha infantil). E dentro das recomendações apenas um país, o Brasil, contempla quatro dos cinco compromissos. A maioria dos países apenas segue dois ou três critérios.

Dez países mais populosos e a legislação para melhores práticas						
Países	Taxa de mortes no trânsito estimada pela OMS	Velocidade	Beber e dirigir	Capacetes	Cinto de segurança	Assento infantil
Brasil	23,4		x	x	x	x
Nigéria	20,5					
Rússia	18,9			x	x	x
China	18,8		x		x	
Índia	16,6				x	
Indonésia	15,3					
Paquistão	14,2					
Bangladesh	13,6					
EUA	10,6					
Japão	4,7			x	x	

Fonte: Organização Mundial da Saúde; Instituto Avante Brasil

De acordo com a OMS, 90% das mortes no trânsito ocorrem em países de baixa e média renda. Esses países são responsáveis por 82% da população mundial e por apenas 54% dos veículos registrados no mundo, o que significa que apresentam uma taxa desproporcional de mortes em relação ao seu nível de motorização. O relatório mostrou que 68 países viram um aumento no número de mortes no trânsito desde 2010, dos quais 84% são países de baixa ou média renda. Outros 79 países registaram uma diminuição do número absoluto de óbitos, dos quais 56% são de baixa e média renda.

Conforme consta no relatório, um aumento na velocidade média está diretamente relacionada tanto com a probabilidade de um acidente ocorrer quanto à gravidade das consequências do acidente. O risco de um pedestre adulto de morrer seria inferior a 20% se tivesse sido atingido por um carro a 50 km/h, e quase 60% se a batida acontecer a 80 km / h. Para a OMS, as zonas de 30 km/h podem reduzir o risco de um acidente e são recomendadas

em áreas onde os há mais vulnerabilidade entre os transeuntes, como áreas residenciais e escolas.

Beber e dirigir também aumenta tanto o risco de um acidente como probabilidade de morte ou ferimentos graves resultantes do acidente, conforme relata a organização. O risco de se envolver em um acidente aumenta significativamente acima de uma concentração de 0,04 g/dl de álcool no sangue. País que estabelecem leis com tolerância de até 0,05 g/dl pode oferecer uma redução mais eficaz no número de acidentes relacionados ao álcool.

Com relação ao uso correto do capacete na direção ou como passageiros de motocicletas, o relatório informa que é possível reduzir o risco de morte em quase 40% e o risco de ferimentos graves em mais de 70%. Quando as leis sobre o uso do capacete para motocicletas são aplicadas de forma eficaz, as taxas de uso de capacete podem aumentar para mais de 90%.

Já, quanto ao cinto de segurança, o relatório afirma que o uso do cinto de segurança reduz o risco de uma fatalidade entre os passageiros do banco da frente entre 40 a 50% e de passageiros do banco traseiro por entre 25 a 75%. Já os assentos infantis, quando instalados e utilizados corretamente, podem reduzir as mortes de crianças maiores em aproximadamente 70% e as mortes de crianças pequenas entre 54% e 80%.

Este patamar, segundo o relatório, deve ser visto no contexto do crescimento da população mundial e de um aumento na motorização. O aumento da população de 4% entre 2010 e 2013 e o aumento de 16% dos veículos registrados durante o mesmo período sugerem que os esforços para desacelerar o aumento de mortes no trânsito podem ter impedido as mortes

que teriam ocorrido. Pedestres e ciclistas respondem por quase a metade das mortes, mas isso varia entre as regiões e está ligada também a cultura do país.

Por exemplo, na África, quase 43% das mortes estão relacionadas a esse grupo, e estão ligadas especialmente ao fato de que o principal meio de locomoção na região é em bicicletas ou a pé. Diferente do sudeste asiático, por exemplo, onde as mortes de pedestres e ciclistas são menores, já que o principal meio de transporte são as motocicletas, maior causa de acidentes na região.

O risco de morte no trânsito varia significativamente por região, e o relatório verificou que houve mudança nas taxas regionais desde 2010. As maiores taxas ainda estão na Região Africana (26,6 por 100 mil habitantes), enquanto a Região Europeia tem uma taxa muito abaixo a média global (9,3 por 100 mil habitantes, em relação ao índice global de 17,5). O Brasil, com uma taxa de 23,4 por 100 mil habitantes, ficou muito acima da média mundial e também da média da Região das Américas, que foi de 15,9 por 100 mil habitantes, em 2013. Esse número é o estimado pela ONU.

Consoante a OMS, leis fracas nos dez países mais populosos do mundo, entre eles o Brasil, colocam 4,2 bilhões de pessoas em risco. Esses países são responsáveis por 56% das mortes no trânsito no mundo (703 mil em 2013). Nenhum desses países tem leis que incluem todos os cinco fatores de risco, em conformidade com as melhores práticas. Caso esses países alinhassem suas leis de segurança rodoviária com as melhores práticas e aplicassem-na de forma adequada, haveria um enorme potencial para salvar vidas e reduzir as lesões resultantes dos acidentes de trânsito.

Uma análise da legislação desses países aponta que nenhum dos dez países satisfaz os critérios de melhores práticas em todos os fatores de risco, que atualmente são cinco; nenhum deles respeita a recomendação da legislação para a velocidade; apenas dois países cumprem os critérios de melhores práticas sobre beber e dirigir, o que representa 1,6 bilhão pessoas; três países, que representam 470 milhões de pessoas, têm leis relacionadas ao uso de capacetes; cinco países têm leis cinto de segurança que correspondem às melhores práticas, o que representa 3,1 mil milhões de pessoas; apenas dois dos dez países têm leis de retenção para crianças o que representa, o que asseguraria 340 milhões de pessoas.

Os critérios de boas práticas sugeridos pela ONU incluem:

- Velocidade: Lei Nacional de Velocidade, limite de velocidade urbana de 50 km/h e poder para que as autoridades públicas locais possam modificar os limites de velocidade nacionais;
- Beber e Dirigir: Lei Nacional sobre bebida e direção; lei baseada no teor alcoólico consumido; teor alcoólico permitido menor que 0.05g/dl; teor alcoólico para jovens motoristas menor que 0.02g/dl;
- Capacetes para motocicletas: Lei Nacional obrigando uso de capacetes, Lei aplicada a todos os motoristas e passageiros adultos, Lei aplicada a todos os tipos de vias, e a todos os tipos de máquinas, obrigatoriedade de fecho no capacete e que ele seja adequado aos padrões internacionais, obrigatoriedade de uso em passageiros crianças;
- Cinto-de-segurança: Lei Nacional que obriga o uso aplicada tanto ao motorista, como passageiros na frente e atrás;

- Assentos infantis: Lei Nacional baseada no peso e idade ou numa combinação desses fatores, restrição de crianças até certa idade se sentarem no banco frontal.

*Colaborou Flávia Mestriner Botelho, socióloga e pesquisadora do Instituto Avante Brasil.

O INSTITUTO DA CONCILIAÇÃO COM O ADVENTO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

VANESSA DE SOUZA RIBEIRO: Acadêmica de Direito.

ADRIANA CRISTINA RODRIGUES ANGELIM
(orientadora): docente do curso de Direito da Faculdade Estácio de Macapá - AP especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil.

RESUMO: O presente artigo científico tem como objetivos, analisar o instituto da Conciliação desde os primórdios até os dias atuais, com uma perspectiva embasada na vinda do “Novo Código de Processo Civil”. Para isso, procurou-se discorrer um breve histórico desse instituto que vem a cada dia mais ganhando força e solucionando conflitos na sociedade, como forma integrada de acesso à justiça em busca da Paz Social. Posteriormente, vislumbrar a base fundamental da conciliação, contemplando os princípios fundamentais estabelecidos no Código de Ética dos Conciliadores e a resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça. Por fim, dissertar acerca do “Novo CPC” observando os dispositivos legais da Lei nº 13.105/2015 que regulamenta as atividades dos conciliadores, observando os aspectos relevantes da audiência de Conciliação e analisando as principais questões que o “Novo Código de Processo Civil” traz no que diz respeito ao instituto da Conciliação, tendo em vista que o novo Código como um todo visa à celeridade. O projeto de pesquisa desenvolveu-se sob o enfoque histórico dialético. Adotou-se a pesquisa hipotético dedutiva, com abordagem qualitativa e realizou-se o mesmo, através de pesquisa bibliográfica, documental e na legislação.

PALAVRAS-CHAVE: Conciliação. Acordo. Paz Social. Novo Código de Processo Civil.

ABSTRACT: The present scientific article aims to analyze the institute of Reconciliation since the beginning until nowadays, with a perspective based on coming of the “New Code Of Civil Procedure”. It also has the objective to discuss a short background of this institute which gains force

every day and resolving conflicts on the society as an integrated part of access to justice aiming Social Peace. Afterwards, to glimpse the fundamental base of conciliation, contemplating the fundamental principles established on Code of ethic of conciliators and the resolution nº 125 of National Justice Council. Finally, observing the legal provisions of the law nº 13.125/2015 that regulates the activities of conciliators, watching the relevant aspects of reconciliation hearing and analyzing the main questions that the “New Code Of Civil Procedure” brings with regard to Reconciliation institute, considering that the new Code as a whole aims to celerity. The research project developed under the historical and dialectical approach. Adopted the hypothetical-devolution search, with a qualitative approach and realized the same, through bibliographic search, documental and legislation.

KEYWORDS: Reconciliation. Accord. Social Peace. New Code Of Civil Procedure.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Breve histórico do Instituto da Conciliação. 2. A Conciliação, o Código de Ética dos Conciliadores e a Resolução nº 125 do CNJ. 3. A Conciliação no Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015). 3.1 Dos Auxiliares de Justiça. 3.2 Dos Conciliadores Judiciais. 3.3 Dos princípios da Conciliação. 3.4 Da Conciliação no âmbito administrativo. 3.5 Da Audiência de Conciliação e Mediação. Conclusão.

INTRODUÇÃO

Este artigo foi desenvolvido com o intuito de abordar a seguinte temática: “O instituto da Conciliação, com o advento do Novo Código de Processo Civil”.

Tendo em vista que a Conciliação vem com objetivo principal de busca da paz social, para dirimir conflitos, visando sempre a celeridade, surge então este tema proposto em função da percepção da sobrecarga do Judiciário com as demandas jurídicas, as quais poderiam ser resolvidas

sem a decisão unilateral de mérito do Estado-Juiz, ou seja, resolvidas a partir de um consenso mútuo de interesses, através de um acordo, onde o Judiciário participaria apenas para intermediar e validar a decisão eleita pelas próprias partes, observando que esse instituto é de fundamental importância para o Poder Judiciário.

No entanto, a conciliação não possuía regras, não era normatizada, tinha tão somente passagens no Código de Processo Civil de 73, na lei nº 9.099/95, dentre outras passagens em outras leis, mas nenhuma norma com capacidade de definir a Conciliação. Sem determinar quem eram os conciliadores, de que forma seriam remunerados, como aplicar e em que casos aplicar a Conciliação. O que ocorria era que cada tribunal regravava a Conciliação de maneiras diferentes só com base na resolução 125 do CNJ, e o que se via e ainda se vê são Centrais de Conciliação com profissionais, muitas vezes não capacitados de maneira adequada, não remunerados, sendo em muitas das vezes estagiários ou voluntários, refletindo isso negativamente para o objetivo principal da Conciliação, já que a contenda apenas virava uma meta no CNJ e nos tribunais, quanto que na realidade, o conflito não havia sido solucionado, voltando aquele mesmo processo a percorrer a máquina judiciária, não solucionando o conflito, não tendo celeridade, nem desafogando o judiciário.

O Novo Código de Processo Civil (lei nº13.105/2015) concede status significativo para o conciliador, onde esse perceberá pela execução de seus trabalhos, para assegurar a qualidade e continuidade do serviço prestado, propiciando aos conciliadores motivação, inclusive, para que aprimorem seus conhecimentos já que no Novo Código de Processo Civil, os Conciliadores e Mediadores Judiciais, que em suas linhas mestras concretiza os termos da Resolução n. 125 do CNJ, com especial ênfase a questão prevê que o conciliador e o mediador perceberão por seu trabalho remuneração prevista em tabela fixada pelo tribunal, conforme parâmetros estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça. Com o novo “CPC” o instituto da Conciliação ganha novo status no ordenamento jurídico pátrio, tendo agora uma norma que inicia um grande avanço para solucionar os conflitos de maneira mais concreta, já que agora o CPC visa

a profissionalização do Conciliador, resta saber se na prática a lei será delineada de forma como prevê o novo código, e se aplicada a lei como o código prevê, a busca pela Paz Social solucionando conflitos se concretizará como o objetivo destes métodos de solucionar conflitos priorizam.

Surge o interesse por esta pesquisa, pois além de a Conciliação buscar a solução dos conflitos, ainda, conseqüentemente acelera a máquina judiciária, fazendo com que o judiciário se atenha a demandas que a conciliação não resolveria, frisando desde já a relevância deste tema na sociedade.

Embasando este estudo nas doutrinas pertinentes, no Código de Processo Civil (lei nº 5.869/73 código em vigor), na resolução 125 do CNJ, na lei nº 13.105/15 sendo o novo Código de Processo Civil publicado pela Presidente da República, dentre outros instrumentos de pesquisa.

Indagando-se acerca da seguinte problemática norteadora: Qual o tratamento que o novo Código de Processo Civil terá com o instituto da Conciliação? E quais serão os benefícios que a conciliação e os conciliadores terão com a vinda desse novo código? A grande questão é, de que forma o novo CPC irá contribuir para que a conciliação como um instituto, ganhe seu espaço dentro do ordenamento jurídico brasileiro, tornando-se mais eficaz.

Assim sendo, esse artigo foi desenvolvido sob o enfoque histórico dialético. Adotou-se a pesquisa hipotética dedutivo, com abordagem qualitativa e realizou-se o mesmo, através de pesquisa bibliográfica, documental e legislação.

1. BREVE HISTÓRICO DO INSTITUTO DA CONCILIAÇÃO

Antes de adentrar no assunto, primeiramente, faz-se necessário entender este importante instituto e sua contribuição histórica para a humanidade. Utilizando dos ensinamentos etimológicos do Professor Neto (2009), “a palavra conciliar tem origem no latim *concilium*, que indicava um conjunto de pessoas em reunião. Conciliar é o verbo que significa harmonizar,

tranquilizar, adequar ou ajustar. A palavra conciliar também remete para o ato de chegar a um acordo com alguém ou criar uma aliança com o propósito de alcançar algum objetivo.”.

Através desse pensamento, pode-se dizer que conciliar dentro da esfera jurídica é a reunião de pessoas procurando uma maneira de resolver um conflito juntas, para trazer uma harmonia para suas vidas e os seus ambientes, buscando assim um fim maior, a pacificação social, a qual, em regra, o ser humano deseja alcançar. O homem quando tem um direito ferido, não procura à justiça do Estado para travar um conflito, ele apenas denuncia que sofreu um atentado aos seus direito, e espera que o Estado solucione o seu conflito para que assim, este homem possa viver em paz. E assim, desde os tempos antigos o Estado vem solucionando conflitos entre particulares colocando-os para conversar, com o Estado esclarecendo os fatos para ambas as partes, para que elas pudessem solucionar seus conflitos juntas, chegando a um consenso e saindo ambas satisfeitas e em paz uma com a outra, pois muitas vezes, a origem de um conflito decorre da falta de comunicação entre os envolvidos.

Nos tempos antigos era comum a figura do rei legislador e juiz, a concentração das funções do Estado nas mãos de um único homem, logo, quando um indivíduo cometia um crime, cabia ao governante local a função de julgar esse indivíduo e comutar sua pena. Acontece que vários governantes em vez de resolver um conflito utilizando da sua consciência, eles preferiam colocar os envolvidos no conflito juntos, para que pudessem apresentar suas versões e esclarecer determinados fatos ao outro envolvido, assim o governante direcionava discussão entre os indivíduos envolvidos a um acordo. Um exemplo desse papel do governante juiz e trazido pela Bíblia no capítulo de Reis 2, contando a história do rei Salomão e sua atuação como juiz e muitas vezes conciliador. Outra passagem interessante da Bíblia é a do apóstolo Mateus que aborda diretamente a conciliação:

“Concilia-te depressa com o teu adversário, enquanto estás no caminho com ele, para que não aconteça que o adversário te entregue ao juiz, e o juiz te entregue ao oficial, e te encerrem na prisão. Eu te garanto: daí não sairás, enquanto não pagares até o último centavo (capítulo 5, versículos 25 e 26).”

Apesar da íntima ligação entre o direito civil e o então método alternativo de resolução de conflitos da conciliação, este instituto foi pouco explorado na Idade Média e ressurgindo na Idade Moderna, como por exemplo, sua previsão no Código Civil francês. Ao dar-se um salto cronológico na linha do tempo, o instituto da conciliação como meio de resolução de conflitos aparece no cenário brasileiro na Constituição de 1824, nos Arts. 161 e 162, que instituiu a conciliação prévia como condição essencial de procedibilidade para todos os processos cíveis.

“Art. 161. Sem se fazer constar, que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará Processo algum.

Art. 162. Para este fim haverá juizes de Paz, os quaes serão electivos pelo mesmo tempo, e maneira, por que se elegem os Vereadores das Camaras. Suas attribuições, e Districtos serão regulados por Lei.”

A ordem de conciliação prévia, com status constitucional, encerra uma ideologia que transcende o interesse das partes. Concretiza o ideal maior de evitar a formação de litígios e promove a paz e a harmonia social entre os cidadãos.

A Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei nº. 5.452/43), inclui em seus procedimentos, duas tentativas de conciliação. O Código de Processo Civil vigente, também, reconheceu a conciliação como sendo o

principal meio de pacificação de conflitos, sendo que o magistrado pode tentar a conciliação entre as partes, a qualquer tempo (Art. 125, IV – CPC).

Entretanto, a Lei nº. 9099/95, que instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, especialmente, voltada à conciliação como forma de resolução de litígios, cria uma fase conciliatória no procedimento que regulamenta apenas se alcançando a fase de instrução e julgamento caso não tenha sido frutífera a conciliação.

Nos Juizados Especiais este meio alternativo é extremamente importante, uma vez que todos os casos, sem distinção, são submetidos à conciliação, pois estes juizados objetivam a pacificação das controvérsias, sendo que os julgamentos são uma exceção à finalidade principal, qual seja de proporcionar um espaço para as partes argumentarem sobre o litígio, seguindo orientações de um terceiro, no caso, o conciliador, para que ambas as partes possam juntas solucionar a lide, buscando o bem de todos e a harmonia social.

2. A CONCILIAÇÃO, O CÓDIGO DE ÉTICA DOS CONCILIADORES E A RESOLUÇÃO Nº125 DO CNJ

O Conselho Nacional de Justiça criou a Resolução de número 125, de 29 de novembro de 2010, que instituiu a política pública de tratamento adequado dos conflitos no Brasil.

A Resolução nº 125 do CNJ, deu um importante passo para estimular a prática de conciliar, implantando dentro do ordenamento jurídico pátrio o instituto da Conciliação, ao instituir a Política Judiciária Nacional de tratamento aos conflitos de interesses, incumbindo aos órgãos judiciários oferecer mecanismos de soluções de conflitos, como por exemplo, a Conciliação. É o que trata o art. 1º da Resolução 125 do CNJ:

“Art. 1º Fica instituída a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos

conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade. Parágrafo único. Aos órgãos judiciários incumbe, além da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão”.

E também ao art. 2º da Resolução 125 do CNJ:

“Art. 2º Na implementação da Política Judiciária Nacional, com vista à boa qualidade dos serviços e à disseminação da cultura de pacificação social, serão observados: centralização das estruturas judiciárias, adequada formação e treinamento de servidores, conciliadores e mediadores, bem como acompanhamento estatístico específico.”

Através da Resolução nº 125, foi determinado aos Tribunais, a criação de Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, para atender aos Juízos, Juizados ou Varas com competência nas áreas cível, fazendária, previdenciária, de família ou dos Juizados Especiais Cíveis, Criminais e Fazendários, determinando também a criação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, conhecidos como os CEJUSCs, incumbidos de realizarem as sessões de conciliação e mediação pré-processuais, cujas audiências são realizadas por conciliadores e mediadores credenciados junto ao Tribunal. É o que trata o art. 8º da resolução 125 do CNJ:

“Art. 8º Para atender aos Juízos, Juizados ou Varas com competência nas áreas cível, fazendária, previdenciária, de família ou dos Juizados Especiais Cíveis e Fazendários, os Tribunais deverão criar os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e

Cidadania (“Centros”), unidades do Poder Judiciário, preferencialmente, responsáveis pela realização das sessões e audiências de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, bem como pelo atendimento e orientação ao cidadão.”

O CNJ tomou então para si a administração, organização e capacitação de mediadores e conciliadores, com treinamentos que passaram a ser desenvolvidos e com os variados Cursos de Capacitação, supervisionados pelo próprio CNJ e Tribunais. É o que se refere o art. 12 da Resolução 125 do CNJ:

“Art. 12. Nos Centros, bem como em todos os demais órgãos judiciários nos quais se realizem sessões de conciliação e mediação, somente serão admitidos mediadores e conciliadores capacitados na forma deste ato (Anexo I), cabendo aos Tribunais, antes de sua instalação, realizar o curso de capacitação, podendo fazê-lo por meio de parcerias.”

Através da emenda n.º 1, de 31 de janeiro de 2013, complementou essa Resolução com o Código de Ética dos Conciliadores e Mediadores Judiciais, vinculando a atuação destes com a observância dos princípios da Confidencialidade, Decisão informada, Competência, Imparcialidade, Independência e Autonomia, Respeito à Ordem Pública e às Leis Vigentes, Empoderamento e Validação, pelo que, pioneiramente houve a criação de um Código de Ética de Conciliadores e Mediadores, capaz de vincular as atividades por eles prestadas (PELUSO e RICHA, 2011).

Assim, o parágrafo primeiro do artigo primeiro do Código de Ética dos Conciliadores, estabelece sobre o princípio da Confidencialidade:

“ART. 1º [...] : § 1º- Confidencialidade - dever de manter sigilo sobre todas as informações obtidas na sessão, salvo autorização expressa das partes,

violação à ordem pública ou às leis vigentes, não podendo ser testemunha do caso, nem atuar como advogado dos envolvidos, em qualquer hipótese.”

No mesmo artigo, no parágrafo quarto, está contemplado o princípio da Imparcialidade, que deve a ser observado a despeito da conduta do Conciliador, *in verbis*:

“ART.1º §4º - Imparcialidade - dever de agir com ausência de favoritismo, preferência ou preconceito, assegurando que valores e conceitos pessoais não interfiram no resultado do trabalho, compreendendo a realidade dos envolvidos no conflito e jamais aceitando qualquer espécie de favor ou presente. ”

Noutra visão, ainda sob análise do artigo primeiro, o parágrafo quinto está abarcado o princípio da Independência e Autonomia Privada, o qual estabelece, *in verbis*:

“ART.1º§5º - Independência e autonomia - dever de atuar com liberdade, sem sofrer qualquer pressão interna ou externa, sendo permitido recusar, suspender ou interromper a sessão se ausentes as condições necessárias para seu bom desenvolvimento, tampouco havendo dever de redigir acordo ilegal ou inexecutável. ”

Faz-se necessário um estudo do Código de Ética dos conciliadores, bem como da resolução nº 125 do CNJ reverenciando seus princípios, que possa esclarecer a conciliação no Novo Código de Processo Civil.

3. A CONCILIAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (LEI Nº 13.105/2015)

A Conciliação conquista um grande espaço dentro do ordenamento jurídico pátrio, com a Lei 13.105/2015 (novo CPC). Pois o Novo Código de Processo Civil como um todo, visa celeridade bem como a pacificação

social através dos métodos integrados de composição de conflitos, garantindo status significativo aos conciliadores, e em várias passagens o novo Código prioriza a Conciliação.

Importante observar que o instituto da Conciliação sempre foi tratado na legislação e na doutrina, e que ele existe desde que o mundo é mundo, porém não se havia ainda uma norma determinante a ponto de elevar a importância e eficácia desse instituto dentro do ordenamento jurídico brasileiro, definindo quem é o Conciliador, quando e onde caberá a Conciliação ou a mediação.

Eis que desde os meados de 2010 para os dias atuais, se ouve falar em um novo Código de Processo Civil, que desde a passagem pela Câmara e Senado já se falava em um novo Código com perspectivas em celeridade. Até que, com o Novo CPC sancionado, observa-se total atenção aos métodos integrados de composição de conflitos tendo na lei em seu Livro III, Título IV, Capítulo III, Seção V dedicação ao instituto da Conciliação, bem como da mediação, sendo importante salientar que estes institutos chamados meios alternativos de resolução de conflitos passam a ser agora meios integrados, tendo em vista que já não são mais alternativos ao Estado e a jurisdição, pois agora são meios “integrados” por estarem dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

“Ao mesmo tempo que incentiva, o projeto institucionaliza os ADR, disciplinando-os, na realidade, não como meios “alternativos” de resolução de disputas, mas como meios “integrados”. Realmente, ao tratar de mediação e conciliação, o projeto prevê sua realização no processo judicial, sem, todavia, eliminar sua independência e flexibilidade, criando, ademais, instrumentos de comunicação e de troca cooperativa com a arbitragem, como a carta arbitral. (CUNHA e NETO, 2014, p. 197).”

O Novo CPC tem uma preocupação em criar no âmbito do Judiciário um espaço não apenas de julgamento, e sim, de resolução de conflitos, propiciando um redimensionamento e democratização do papel do Poder Judiciário e do modelo de prestação jurisdicional.

Pode-se observar então que o instituto Conciliação, vem a cada dia mais ganhando seu espaço dentro do ordenamento jurídico brasileiro, mesmo sabendo que a prática do acordo já existe a muito tempo na sociedade, bem como para as normas pátrias, para as doutrinas. No entanto somente havia a resolução 125 do CNJ que definia como norma os métodos integrados de resolução de disputa. Já com um novo Código de Processo Civil que vem com a perspectiva de profissionalizar o Conciliador, podendo observar que esse instituto conquista um pouco mais seu espaço no mundo jurídico no Brasil, vale ressaltar que, para que haja na prática uma conciliação positiva para que ambas as partes possam sair satisfeita, ainda há de se percorrer um longo caminho.

3.1 DOS AUXILIARES DA JUSTIÇA

Como já dito anteriormente, não havia uma norma que definisse quem era o Conciliador. Com o Novo Código de Processo Civil, o Conciliador agora faz parte do rol de auxiliares da Justiça, uma vez que o código sancionado em 2015 prevê dentre alguns pontos importantes que a partir de agora os Conciliadores serão auxiliares da Justiça como corrobora o art. 149 do novo CPC (BRASIL, 2015), *in verbis*:

“Art. 149. São auxiliares da Justiça, além de outros cujas atribuições sejam determinadas pelas normas de organização judiciária, o escrivão, o chefe de secretaria, o oficial de justiça, o perito, o depositário, o administrador, o intérprete, o tradutor, o mediador, o conciliador judicial, o partidor, o distribuidor, o contabilista e o regulador de avarias.”

A partir de então, o Conciliador judicial, ganha novo status em nosso ordenamento jurídico. A lei nº 13.105/2015 valoriza a atividade dos

Conciliadores, que hoje atuam como meros voluntários. Sendo agora auxiliares da Justiça, recaem sobre eles os mesmos impedimentos e suspeições dos magistrados, equiparando-os aos demais auxiliares da Justiça.

“Art. 148. Aplicam-se os motivos de impedimento e de suspeição:

I - ao membro do Ministério Público;

II - aos auxiliares da justiça;

III - aos demais sujeitos imparciais do processo.”

Feito esses posicionamentos, passar-se-á ao estudo dos Conciliadores Judiciais que está disposto no art. 165 ao art. 175 do novo CPC.

3.2 DOS CONCILIADORES JUDICIAIS

Desde a resolução 125 do CNJ, e perceptível o estímulo da criação de centros judiciários para a resolução de conflitos. O novo código de processo civil trouxe a previsão legal para que o Estado crie esses centros, assim como preceitua o art. 165, caput da Lei 13.105/2015:

“Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.”

O Estado não deverá medir esforços na capacitação de pessoal, criação de estrutura física, esclarecimento da população e treinamento dos servidores e dos profissionais do meio jurídico em geral. Caberá também aos magistrados, ao ministério público e aos advogados estimular a conciliação.

“Efetivamente, caberá aos magistrados, advogados e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial, estimular o

uso da conciliação, mediação e demais mecanismos consensuais de resolução de conflitos, sendo dever do Estado promover a solução consensual dos conflitos (CUNHA E NETO, 2014)”

O novo CPC teve a preocupação de diferenciar o conciliador do mediador, apesar de ambos os institutos buscarem o mesmo fim, a resolução do conflito através de uma decisão consensual entre as partes do processo, seus métodos para alcançar esse fim são diferentes, onde os métodos de atuação do mediador, de modo geral, são mais passivos e prestativos diferentes do conciliador, que de modo geral, é mais ativo e negocial. Como prever o §2º do art. 165, que mostra de que forma que o conciliador deverá atuar:

“Art. 165, §2º. O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.”

Fica claro ao analisar alguns dispositivos do Novo Código de Processo Civil que o legislador incentivando a prática da conciliação trás a figura do conciliador como um ofício, uma profissão, ou seja, o novo CPC está trazendo o início da profissionalização do conciliador, é o que pode-se observar nos artigos 167 e seus parágrafos, no artigo 169, 170, 172:

“Art. 167. Os conciliadores, os mediadores e as câmaras privadas de conciliação e mediação serão inscritos em cadastro nacional e em cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal, que manterá registro de profissionais habilitados, com indicação de sua área profissional.

§ 1º Preenchendo o requisito da capacitação mínima, por meio de curso realizado por

entidade credenciada, conforme parâmetro curricular definido pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça, o conciliador ou o mediador, com o respectivo certificado, poderá requerer sua inscrição no cadastro nacional e no cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal.

§ 2º Efetivado o registro, que poderá ser precedido de concurso público, o tribunal remeterá ao diretor do foro da comarca, seção ou subseção judiciária onde atuará o conciliador ou o mediador os dados necessários para que seu nome passe a constar da respectiva lista, a ser observada na distribuição alternada e aleatória, respeitado o princípio da igualdade dentro da mesma área de atuação profissional.

§ 3º Do credenciamento das câmaras e do cadastro de conciliadores e mediadores constarão todos os dados relevantes para a sua atuação, tais como o número de processos de que participou, o sucesso ou insucesso da atividade, a matéria sobre a qual versou a controvérsia, bem como outros dados que o tribunal julgar relevantes.

§ 4º Os dados colhidos na forma do § 3º serão classificados sistematicamente pelo tribunal, que os publicará, ao menos anualmente, para conhecimento da população e para fins estatísticos e de avaliação da conciliação, da mediação, das câmaras privadas de conciliação e de mediação, dos conciliadores e dos mediadores.

§ 5º Os conciliadores e mediadores judiciais cadastrados na forma do caput, se advogados,

estarão impedidos de exercer a advocacia nos juízos em que desempenhem suas funções.

§ 6º O tribunal poderá optar pela criação de quadro próprio de conciliadores e mediadores, a ser preenchido por concurso público de provas e títulos, observadas as disposições deste Capítulo.

Art. 169. Ressalvada a hipótese do art. 167, § 6º, o conciliador e o mediador receberão pelo seu trabalho remuneração prevista em tabela fixada pelo tribunal, conforme parâmetros estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça.

§ 1º A mediação e a conciliação podem ser realizadas como trabalho voluntário, observada a legislação pertinente e a regulamentação do tribunal.

§ 2º Os tribunais determinarão o percentual de audiências não remuneradas que deverão ser suportadas pelas câmaras privadas de conciliação e mediação, com o fim de atender aos processos em que deferida gratuidade da justiça, como contrapartida de seu credenciamento.

Art. 170. No caso de impedimento, o conciliador ou mediador o comunicará imediatamente, de preferência por meio eletrônico, e devolverá os autos ao juiz do processo ou ao coordenador do centro judiciário de solução de conflitos, devendo este realizar nova distribuição.

Parágrafo único. Se a causa de impedimento for apurada quando já iniciado o procedimento, a atividade será interrompida,

lavrando-se ata com relatório do ocorrido e solicitação de distribuição para novo conciliador ou mediador.

Art. 172. O conciliador e o mediador ficam impedidos, pelo prazo de 1 (um) ano, contado do término da última audiência em que atuaram, de assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes.”

O Novo Código de Processo Civil profissionalizando o conciliador, cria um cadastro nacional onde os conciliadores serão inscritos nos tribunais de justiça ou tribunais regionais federais, oferecendo capacitação mínima e cursos conforme definido pelo CNJ, bem como a partir de agora para ser conciliador, este poderá, de acordo com o tribunal, prestar concursos público de provas e títulos.

3.3 DOS PRINCÍPIOS DA CONCILIAÇÃO

Como observado anteriormente o instituto da conciliação na resolução nº 125 do CNJ é baseada pelos seus princípios. O novo código de processo civil trata este instituto de forma muito livre e autônoma, fazendo com que este não perca sua essência, observado o art. 166 do código de processo civil, que prever “os princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.”.

O princípio da independência, refere-se a autonomia para conduzir da melhor forma um acordo, não ultrapassando os limites legais e morais. O princípio da imparcialidade exige do conciliador uma postura neutra e imparcial para não influir negativamente no acordo. O princípio da autonomia da vontade preserva que são os litigantes considerados isonomicamente, com auxílio de um terceiro capacitado, que buscam solucionar com harmonia seus problemas, essa solução pressupõe os interesses das partes na controversa existente desde que não viole ordem pública. O princípio da confidencialidade faz referencia ao sigilo das informações produzidas no curso do procedimento, assim previsto

no artigo 166, § 1º que diz, “a confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes”.

Ainda como atividade do conciliador é pautada pelo princípio da oralidade, ou seja, predomina a palavra falada sobre a escrita, toda via não se exclui o registro das falas em termo próprio, subscrito pelas partes e pelo conciliador. Na conciliação o princípio da informalidade tem grande destaque devido à informalidade para que as partes possam ter maior possibilidade de negociar encontrando a melhor solução para o conflito.

Por fim, no princípio da decisão informada as partes devem ser devidamente informadas das consequências da solução escolhida para o conflito, para que, posteriormente, não sejam surpreendidas por algo que desconheciam.

3.4 DA CONCILIAÇÃO NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO

Ao longo do tempo, discute-se a utilização dos métodos de autocomposição em processos envolvendo a Administração Pública, pois esta afirmava que o interesse da composição não comportava a autocomposição. O que é equivocado e trata-se também de erro administrativo, pois conforme alguns diplomas legislativos, a administração está autorizada a realizar acordos e transações, judiciais e extrajudiciais, a fim de evitar litígios ou prolongamentos destes. Porém essa não é a realidade presente no cenário jurídico brasileiro. Assim preceitua de forma inteligente o professor Fredie Didier:

“Há certo dissenso na prática forense em relação à possibilidade de conciliação nas causas que envolvem pessoas jurídicas de direito público. Existe um mau vezo de se relacionarem tais causas com suposto interesse público, a não permitir a realização de qualquer espécie de autocomposição. Trata-se de

equivoco lamentável. São inúmeras as hipóteses de autocomposição envolvendo o interesse de ente público, sendo temerário afirmar, por exemplo, que a maior parte dos conflitos fiscais se envolvem por acordo de parcelamento firmado perante a repartição pública, longe das mesas de audiência do poder judiciário. A lei, inclusive, prever expressamente a possibilidade de conciliação em demandas que dizem respeito aos entes federais: em regra são situações em que a cobrança integral do valor é muito dispendiosa, se comparada com seu possível resultado. A renúncia ou transação acaba sendo de interesse público [...] Assim, é plenamente possível o acordo em tais causas. Pouco importa se lhes atribua a característica da indisponibilidade, pois é indubitosa a possibilidade de conciliação, justificando-se a realização da audiência preliminar” (Didier Jr., 2007, p. 478 – 479).”

Seguindo a mesma linha de pensamento, SOUZA (2015), argumenta que, “ao propor qualquer espécie de resolução alternativa de conflitos, o administrador não está atuando de modo inadvertido, abdicando de patrimônio; ao contrário, estará proporcionando pacificação social e celeridade processual, em seu poder de gestão da res publica.”.

Assim, de maneira sábia, o Novo Código de Processo Civil expressamente possibilita a utilização da Conciliação para ser alcançada a solução de conflitos no âmbito administrativo, previsto no art. 174 e seus incisos do código:

“Art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como:

I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública;

II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública;

III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta”.

3.5 DA AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO

Com a vigência do Novo Código de Processo Civil, um dos requisitos da petição inicial é que o autor da ação poderá optar pela audiência de Conciliação, é o que corrobora o art. 319 do novo código de processo civil:

“Art. 319. A petição inicial indicará:

[...]

VII - a opção do autor pela realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação”.

Preenchendo os requisitos da petição inicial a partir de então o legislador no Novo Código de Processo Civil atentou para uma questão muito importante. Antes o instituto da Conciliação não tinha um procedimento a ser seguido, assim cada tribunal fazia as audiências de Conciliação de forma muito aleatório, sem regras e sem normas, apenas observando a resolução nº125 do CNJ.

Com o Novo CPC, as audiências de Conciliação passam agora a ter um procedimento, demonstrando o passo a passo de como deve ocorrer uma audiência. Sendo que essa audiência será designada com antecedência mínima de 30 dias, devendo o réu ser citado pelo menos 20 dias antes da audiência. Podendo haver mais de uma sessão de Conciliação para melhor ser resolvido o conflito. Corrobora o art. 334, §1º e §2º:

“Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de

mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

§ 1º O conciliador ou mediador, onde houver, atuará necessariamente na audiência de conciliação ou de mediação, observando o disposto neste Código, bem como as disposições da lei de organização judiciária.

§ 2º Poderá haver mais de uma sessão destinada à conciliação e à mediação, não podendo exceder a 2 (dois) meses da data de realização da primeira sessão, desde que necessárias à composição das partes.[...]"

Uma forma para que as partes não faltem na audiência de Conciliação injustificadamente, retardando os processos e a máquina judiciária, foi ressaltar que o não comparecimento injustificado de qualquer das partes na audiência de Conciliação acarretará em multa de até 2% sendo revestido em favor da União ou Estado, sendo considerado ato atentatório à dignidade da justiça.

“§ 8º O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado.”

Sendo que cada audiência de Conciliação deverá ocorrer respeitando o intervalo mínimo de 20 minutos, fazendo assim com que cada tribunal possa se organizar melhor em suas pautas de audiências.

“§ 12. A pauta das audiências de conciliação ou de mediação será organizada de modo a respeitar o intervalo mínimo de 20 (vinte)

minutos entre o início de uma e o início da seguinte.”

Deste modo, a Conciliação tem agora uma norma determinando quais parâmetros seguir para realização de uma audiência, fazendo assim com que se padronizem as audiências de Conciliação nos tribunais.

CONCLUSÃO

O propósito deste estudo foi de analisar o instituto da Conciliação no novo Código de Processo Civil, observando as principais alterações que o novo código prevê no que diz respeito a este instituto.

Ao estudar o instituto da Conciliação fez-se necessário analisar seu histórico, bem como estudar a Resolução nº 125 do CNJ que é um grande marco para que este instituto, que tem por objetivo a pacificação social, comece a conquistar seu espaço dentro do ordenamento jurídico brasileiro, sendo que nosso ordenamento pátrio ainda é muito pautado pela cultura de que só se alcança a paz social através de processo, sentença, procedimento. Isso é decorrente de que academicamente e culturalmente não se era estimulada a cultura da Conciliação e dos métodos de resolução de conflitos, mas hoje essa situação vem se modificando, tanto que o novo código agora trouxe em suas várias passagens o incentivo a Conciliação.

Com o Novo Código de Processo Civil, o instituto da Conciliação e também da Mediação começam a ganhar mais espaço em nossa sociedade jurídica, com algumas modificações e conquistas que agora o novo código trás para a Conciliação e para o conciliador.

Observa-se neste estudo, um avanço do instituto Conciliação, mesmo sabendo que a prática do acordo já é existente há muito tempo na sociedade, bem como para as normas pátrias e doutrinas, mas que somente havia a resolução 125 do CNJ que definia como norma os métodos integrados de resolução de disputa. Já com um novo Código de

Processo Civil com a perspectiva de profissionalizar o Conciliador, e de incentivar estes métodos de resolução de conflitos, é mais um grande passo que a Conciliação conquista.

Todavia, essas novas perspectivas não serão bem sucedidas sem o fortalecimento de uma cultura de conciliação, o que passa por discussões sociais mais profundas, de cunho político e educacional, o que só o tempo dirá como evoluirão.

A prática desses métodos de resolução de conflitos poderá elevar o índice de satisfação do serviço jurisdicional prestado, porque a pacificação social poderá ser uma realidade mais presente no cotidiano judiciário.

Também, o incentivo da Conciliação contribuirá para a maior celeridade na prestação jurisdicional, evitando que um número significativo de processos deixe de tramitar perante o Poder Judiciário.

Contudo, o Novo Código de Processo Civil não conseguirá de forma isolada resolver o problema de afogamento do judiciário, deve ser adotadas várias outras medidas para diminuir o número de processos nos tribunais. Deve haver uma conscientização de toda sociedade, governantes, juízes, advogados e Ministério Público, para que a celeridade e a pacificação social, através dos métodos de resolução de conflitos sejam uma realidade e não fiquem somente alcançando metas e estatísticas no CNJ. Deve haver uma estrutura física de modo que atenda os parâmetros estabelecidos pelos tribunais e o CNJ, além de comprometimento de cada conciliador para se esforçar fazendo com que realmente aquele conflito seja solucionado, não apenas nas Semanas de Conciliação, de maneira que solucione o conflito e que depois não volte a percorrer os escaninhos do judiciário.

Vale ressaltar que em observação das Semanas de Conciliação no Juizado Especial Norte do Estado do Amapá, grande parte das audiências de conciliação não se concretizam pelo fato da não intimação das partes, ocorre também que muitos dos atuais conciliadores não participam dos

curso de capacitação de técnicas de conciliação, oferecido pela Escola Judicial Tribunal de Justiça do Amapá, em virtude da grande rotatividade que há entre eles, por não serem do quadro efetivo, realidade essa não enfrentada somente aqui no Estado, pois muitas vezes os conciliadores são voluntários.

Portanto, mesmo sendo uma tarefa árdua necessita-se da exigência de capacitação e atualização de todos os envolvidos nas atividades conciliatórias desenvolvidas, uma vez que há recomendação do CNJ nesse sentido. Para isso a formação de quadro permanente de conciliadores, ainda que advindos de parcerias voluntárias, com padronização de rotinas, para execução de tarefas de qualidades em tempo reduzido, bem como servidores responsáveis especificamente na verificação das intimações, para que antes da marcação da audiência, já se possa saber que as partes estão cientes.

Por isso, o legislador teve a preocupação de priorizar a conciliação, bem como a mediação no novo CPC, na tentativa de profissionalizar o conciliador, prevendo remuneração, quadro fixo de conciliadores em seus respectivos tribunais, podendo até haver concurso de conciliadores, desta maneira observa-se que na lei a Conciliação terá todo o caminho para ser realmente mais efetivada, resta saber se na prática, este instituto será realmente colocado em prática como a lei agora prevê.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BÍBLIA SAGRADA: Antigo e novo testamento. 4. ed. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 2009.

BRASIL. **Lei 13.105/2015.** Palácio do Planalto. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acessado em 18 de setembro de 2015.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Dispõe sobre a política Judiciária Nacional e tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Resolução, 125 de 29 de novembro 2010. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_125_29112010_compilada.pdf> Acessado em 15 setembro de 2015.

_____. Constituição (1824) a **Constituição Política do Império do Brasil**. Rio de Janeiro, 1824. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constitui%C3%A7ao24.htm>. Acesso em 22 de agosto de 2015.

CUNHA, Leonardo Carneiro da; NETO, João Luiz Lessa de Azevedo. A mediação e a conciliação no projeto do novo CPC: Meios integrados de resolução. In: DIDIER JUNIOR, Fredie et al (org.). **Novas Tendências do Processo Civil: Estudos Sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil**. Salvador: JusPodivm, 2014.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 8. Ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

NETO, Pasquale Cipro. **Dicionário da Língua Portuguesa Comentado pelo Professor Pasquale**. São Paulo: Folha de S. Paulo, 2009.

SOUZA, Victor Roberto Corrêa. O novo Código de Processo Civil brasileiro e a audiência de conciliação ou mediação como fase inicial do procedimento: A autocomposição e a Administração Pública. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (org.). **Revista de Processo RePro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DANO MORAL DA PESSOA JURÍDICA

ANDERSON LUIZ GUIMARÃES CARDOSO: Analista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Pós-graduado em Direito Civil, de Família e Sucessões, Ambiental e do Consumidor pela Faculdade Internacional Signorelli. Pós-graduado em Ciências Penais pela Universidade do Sul de Santa Catarina.

RESUMO: O presente trabalho de pesquisa é um estudo sobre a possibilidade de as Pessoas Jurídicas sofrerem Dano Moral e tê-lo reparado. Pode-se dizer que a responsabilidade civil está presente em nossos dias atuais, assim como o ar que respiramos. Desta forma se buscará a compreensão dos conceitos e aplicabilidade dos mesmos nas relações sociais, em especial na reparação do dano moral. Verificar-se-á as correntes doutrinárias contrárias à possibilidade da pessoa jurídica figurar no polo ativo de uma ação de danos morais, dando enfoque a suas fundamentações e no outro norte se verificará a corrente doutrinária favorável à pessoa jurídica ser autora de ação de danos morais. O Código Civil buscou adequação aos novos parâmetros sociais, via de respaldo constitucional pela admissão da legitimidade da pessoa jurídica para a postulação ativa de reparação por danos morais. Por se tratar de importante inovação legal, causa a pacificação da jurisprudência, porém e d'outro norte, causará euforia na doutrina mais ativa, bem como pelo livre convencimento dos magistrados nos pretórios nacionais.

Palavras-chave: Dano Moral. Pessoa Jurídica. Responsabilidade Civil.

ABSTRACT: This research work is a study on the possibility of the Corporations suffer the moral and have it repaired. You could say that civil liability is present today, as the air we breathe, so seek the understanding of the concepts and applicability of such social relations, especially in repairing the damage. It will check the current doctrine contrary to the possibility of legal entities active on the pole figure of an action of damages, focusing on their foundations and the other north to check the current doctrinal favorable to corporate action of being the author of moral damages . The Civil Code sought to include new social parameters, as a constitutional backing for the admission of the legitimacy of the legal entity

for the postulation of active compensation for moral damages. Because it is important legal innovation, because the pacification of jurisprudence, but North ed'outro cause euphoria more active in teaching as well as the free persuasion of judges in the national hall again.

Keywords: Moral Damages. Entity. Liability.

INTRODUÇÃO

Este artigo tem como objetivos analisar os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais sobre o Dano Moral da Pessoa Jurídica. O dano moral e todo o seu contexto jurídico sofreram grandes mudanças, em um tempo relativamente curto, no direito brasileiro. Se a menos de um século os danos morais eram raramente reconhecidos como indenizáveis pelos tribunais, aos poucos adquiriram consistência digna de sua importância no ordenamento jurídico e ocuparam, por diversas ocasiões, o posto dos temas polêmicos nos órgãos colegiados, o que justifica a escolha do tema.

Trata-se de uma revisão da literatura ondepretendeu-se adotar o tipo de referencial teórico, analisando-se a sua aplicação nas decisões judiciais hodiernamente consideradas, concluindo pelo virtuoso caminho a ser trilhado pela hermenêutica perspicaz tendente ao reconhecimento da indenização do dano moral à pessoa jurídica.

O instituto da reparação civil por danos morais foi incluído expressamente na legislação infraconstitucional, com a entrada em vigor da Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002, pela qual foi instituído o Código Civil que substituiu o até então vigente. Com efeito, assim determina o seu art. 186: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Segundo Costa e Silva (2005) o tema adquire enorme relevância, tendo em vista a inovadora previsão feita pelo legislador da proteção aos direitos da personalidade da pessoa jurídica. Deveras, preceitua o art. 52 do Código: “Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade”.

Esta norma expressa, juntamente com outras que servem de auxílio na determinação de seu conteúdo, como, por exemplo, as insertas nos arts. 11 a 21 (que trazem a nova regulamentação dos direitos da personalidade), art. 953 e outros, pôs fim de uma vez por todas à polêmica sobre a possibilidade de reparação dos danos morais, dissolvendo o resto das resistências ainda existentes, provenientes de uns poucos que questionam a eficácia e imperatividade das normas constitucionais no mundo concreto das relações civis.

Essa evolução doutrinária, reconhecido por força da Constituição Federal de 1988, no inciso X do artigo 5º, relaciona o dano moral à personalidade humana, nas suas mais variadas formas. De acordo com Souza (2002, p. 29), o dano moral, na verdade, vem a reconhecer bens jurídicos desvinculados do patrimônio, tratando de bens inerentes à personalidade humana, como a honra, a vida, a liberdade etc. A seu turno, poderá haver danos de outra natureza, assim denominados como dano à imagem, ao autor etc., mas todos, basicamente, têm como fundamento o direito da personalidade, e nela se assenta o conceito de proteção jurídica.

A responsabilidade civil tem como escopo a indenização do prejuízo sofrido pela vítima em seus interesses, em seu amplo e múltiplo aspecto. E a forma mais adequada para se proceder à reparação dos danos morais certamente será possível somente através da pecúnia, do pagamento de determinada importância objetivando a recomposição do patrimônio lesado. Na realidade, na sociedade patrimonialista em que vivemos todos os prejuízos advindos de atos antijurídicos, na esfera contratual e extracontratual, serão resolvidos mediante pagamento em dinheiro na proporção do prejuízo sofrido pelo ofendido.

DANO MORAL À PESSOA JURÍDICA

A possibilidade de a pessoa jurídica ser vítima ou não de dano moral é, sem dúvida, uma das questões mais controvertidas dentro do instituto da responsabilidade civil.

É este o instrumento por excelência de que se utiliza a justiça instituída para o restabelecimento do equilíbrio, quando este é perdido, de um dos conjuntos de valores aos quais os homens são mais sensíveis: o patrimônio.

Não se pode negar que a pessoa jurídica é imprescindível para o desenvolvimento da sociedade, e por isso, tem o direito de praticar atos jurídicos e manter relações de direito com diversas pessoas (físicas e jurídicas), assim como também comete atos ilícitos, porém, a pessoa jurídica não é um ente dotado de espírito e a questão que se apresenta é a de que, ainda sim, estaria ela sujeita a padecer de dano moral? (MARTINS, 2006).

Para a compreensão de tal discussão, cabe definir, em um primeiro momento, o significado das principais expressões em destaque, quais sejam, “dano moral” e “pessoa jurídica”, para que, depois de compreendidos esses aspectos, possamos adentrar na discussão da propriedade de colocar a pessoa jurídica no polo ativo de uma relação dessa natureza.

No início da década de 1960, a doutrina privatista conjugava uma infinidade de teorias voltadas a definir a pessoa jurídica, seguidas de inúmeras outras subteorias que buscavam sua parcela de verdade nesta seara. Francesco Ferrara, muito antes, já apontara a formação de “uma literatura extraordinariamente rica e variada, na qual figuram os melhores nomes do mundo jurídico, cuja organização em teorias autônomas apresenta singular dificuldade”. (FERRERA, 1923).

Com as ‘teorias individualistas’ da pessoa jurídica, Lamartine Corrêa de Oliveira procurou ordenar as doutrinas que reservavam exclusivamente ao ser humano a verdadeira personalidade e capacidade jurídicas. Justamente por centralizar a real subjetividade do fenômeno jurídico na pessoa humana, estas teorias são chamadas “individualistas”. (LEONARDO, 2005).

A pessoa jurídica, nesse sentido, seria apenas e tão somente um centro de imputação autônomo de deveres jurídicos. Se os deveres jurídicos, por sua vez, têm por conteúdo uma conduta prescrita, em última análise, os deveres das pessoas jurídicas atingem o indivíduo nominado nos estatutos como responsável por esta conduta. Para Kelsen, “(...) quando a ordem jurídica estadual impõe deveres ou estabelece direitos que são considerados como deveres e direitos de uma corporação (...) apenas se pode tratar de deveres cujo cumprimento ou violação é operada através da conduta de indivíduos”. (KELSEN, 1976).

Para alguns, as pessoas jurídicas são seres de existência anterior e independente da ordem jurídica, se apresentando ao direito como realidades incontestáveis. Para outros, as pessoas jurídicas são criações do direito e, assim, fora da previsão legal correspondente, não se as encontram em lugar algum. Hoje, para a maioria dos teóricos, a natureza das pessoas jurídicas é a de uma ideia, cujo sentido é partilhado pelos membros de uma comunidade jurídica, que a utilizam na composição de seus interesses. Sendo assim, ela não preexiste ao direito.

O processo de evolução do que hoje se conhece por personalidade jurídica, passou do princípio da universalidade para o princípio da unidade. No primeiro, era considerado isoladamente o indivíduo que fazia parte de uma entidade, esta não possuía autonomia, ao passo que no segundo, a entidade já desfrutava de autonomia patrimonial. (VILHENA, 2010).

No que tange as pessoas jurídicas é salutar enfatizar que são entidades criadas para a realização de um fim e reconhecidas pela ordem jurídica como sujeitos de direitos e deveres. Neste sentido, estes entes intitulados pessoas jurídicas, são criados pela lei e constituídos pela união de pessoas que se esforçam para atingir algum objetivo comum, mas a personalidade civil de seus membros não se confunde em regra com a personalidade jurídica da pessoa jurídica, ou seja, são pessoas distintas cada uma com sua autonomia própria. (MORENO, 2009).

Quando se fala de Pessoa Jurídica, fica-se numa situação aparentemente sem saída, vez que a pessoa jurídica sendo ente abstrato não possui sentimento de seu valor ou dignidade. Todavia, não há como negar que mesmo as pessoas jurídicas possuem um conceito social baseado em valores estabelecidos pela própria sociedade, *verbi gratia*, a respeitabilidade, a confiança, a reputação, a honra, e até mesmo a afetividade que as pessoas mantêm em relação a elas. Contudo, também não há como negar que qualquer ataque a esse patrimônio ideal, por maior que seja, não tem o poder de produzir dor moral, muito menos dor psíquica, pois falta à pessoa jurídica vida orgânica. Nenhuma pessoa jurídica é um ente biológico, mas um sistema organizacional criado pelo próprio homem em sociedade. (JACOB JUNIOR, 2006).

Para Fábio Ulhoa Coelho (2012), pessoa jurídica é o sujeito de direito personificado não humano e, é também chamada de pessoa moral, sendo que como sujeito de direito, tem aptidão para titularizar direitos e

obrigações. Por ser personificada, está autorizada a praticar os atos em geral da vida civil, independentemente de específicas autorizações da lei. Segundo autor, como entidade não humana, está excluído da prática dos atos para os quais o atributo da humanidade é pressuposto, como casar, adotar, doar órgãos e outros.

Para esclarecer, Cahali (2005, p. 349) menciona que: A violação do direito à honra comporta indenização de dano moral pela força do art.5º, X, da Constituição. Não seria razoável falar de lesão da honra subjetiva de pessoa jurídica (que não tem sentimento de seu valor ou dignidade). Mas tem em si mesma dignidade pela subjetividade que concentra. E, contudo, objetivamente, a honra da pessoa jurídica se encontra na sua reputação, no seu bom nome e boa fama, em seu prestígio etc., e tal dignidade no conceito alheio pode ser lesada.

A intimidade pessoal, protegida no mesmo lugar da Constituição também se verifica em diferentes esferas. Daquela intimidade que a pessoa resguarda da indiscrição e do conhecimento alheio em sua mente, em seu espírito ou em seu corpo (pensamentos, sentimentos, segredos, nudez), fica excluída a pessoa jurídica, que não tem interior psicofísico. Mas da intimidade local, não: as conversações reservadas, os escritos sigilosos, os guardados, gavetas e armários fechados etc.

Desta intimidade, que se caracteriza como a privacidade, é manifesto que a pessoa jurídica dispõe e que dela carece ordinariamente para existir e operar. Também aqui, se não há incompatibilidade do bem jurídico tutelado com a espécie pessoa jurídica, não há razão para excluir esta da proteção constitucional.

Coerente com seu pensar, o Desembargador Sérgio Cavalieri Filho (2009, p. 81) entende inquestionável, portanto, que a pessoa jurídica é titular de honra objetiva, fazendo jus à indenização por dano moral sempre que o seu bom nome, credibilidade ou imagem forem atingidos por algum ato ilícito.

Na responsabilidade civil são a perda ou a diminuição verificada no patrimônio do lesado e o dano moral que geram a reação legal, movida pela ilicitude da ação do autor da lesão ou pelo risco. O autor do dano tem o dever de indenizar, fundado sobre a responsabilidade civil para suprimir a

diferença entre a situação do credor, tal como esta se apresenta em consequência do prejuízo, e a que existiriam sem este último fato.

Responsáveis pela indenização do dano moral são as pessoas que, direta ou indiretamente, nos termos da lei, se relacionam com o fato gerador do dano. Com efeito, incluem-se, de início, as pessoas que praticam atos ilícitos, por si ou por elementos outros produtores de danos, ou exercem atividades perigosas, compreendidas, pois, as diferentes situações de responsabilidade por fato próprio, ou de terceiros, ou de animal, ou de coisa relacionada. (JACOB JUNIOR, 2006).

Tem-se, pois, que por fatos próprios ou de outrem, ou de coisas sob sua guarda ou titularidade, pode a pessoa ser enredada nas malhas da responsabilidade civil. No âmbito dos fatos próprios, figuram a prática do ilícito, civil ou penal, e este, quando se atinjam direitos de pessoas determinadas ou determináveis; a mora, ou o descumprimento culposo de obrigação ou de contrato; e o exercício de atividades perigosas. Quanto aos demais fatos, inserem-se, em sua órbita, os de pessoas dependentes, civil ou economicamente, do agente; de animais sob sua guarda e de coisas de que seja titular, ou de que tenha posse, nas condições descritas na lei.

O fundamento da reparabilidade do dano moral está que, a par do patrimônio em sentido técnico, o indivíduo é titular de direitos integrantes de sua personalidade, não podendo conformar-se à ordem jurídica em que sejam impunemente atingidos. (VARGAS, 2001, p. 21).

O caráter da indenização possui, sem restar dúvidas, uma face compensatória ou satisfativa. Não há meios para se negar que o sentido punitivo ou sancionatório não esteja presente na indenização, pois na prática as sentenças visam, por meio do pagamento realizado pelo ofensor, ensiná-lo a agir com prudência ao realizar seus atos, além de acarretar efeitos de persuasão no seu íntimo de lesionar novamente o ofendido ou qualquer outra pessoa, seja ela física ou jurídica. (REIS, 1984, p. 82).

O sancionamento, na órbita civil, da ofensa aos direitos da personalidade é o dever de reparar o dano moral causado, sendo que esse vale lembrar, não é necessariamente uma ofensa a um direito da personalidade, mas sim uma ofensa a um bem jurídico extrapatrimonial, dentre eles, os direitos da personalidade. (MATOS, 2005).

As pessoas jurídicas, a exemplo das pessoas físicas ou naturais, também possuem bens patrimoniais e extrapatrimoniais. Dentro dos bens patrimoniais, nem todos são corpóreos, como as máquinas, instalações, materiais de escritório, etc. Também existem os bens patrimoniais incorpóreos, que cada vez mais vêm aumentando sua participação no patrimônio total das pessoas jurídicas.

Os doutrinadores que não consideram a pessoa jurídica apta a sofrer dano moral, mas que natureza seria os danos cometidos à sua honra objetiva, como o bom nome, a imagem, a reputação.

A saída encontrada pela maioria dos que negam o dano moral da pessoa jurídica é a utilização da tese da indenização do dano patrimonial indireto, ou seja, indeniza-se somente se ocorrer um dano patrimonial.

Essa tese encontra uma grande dificuldade em explicar o dano moral a uma pessoa jurídica sem fins lucrativos, por exemplo: as associações beneficentes, fundações, clubes, organismos internacionais, governos, etc. Ficariam essas pessoas absolutamente desprotegidas pelo direito somente porque não visam ao lucro, e seus agressores poderiam ficar absolutamente tranquilos, sem medo de serem obrigados a indenizar ou de serem punidos por suas atitudes antissociais. (JACOB JUNIOR, 2006).

Ocorre que o reconhecimento de novos danos e a facilitação da prova necessária ao seu ressarcimento levou à constatação de que, nem sempre os condenados a reparar tinham patrimônio suficiente a esse propósito. Essa situação chamou a atenção para a necessidade de tornar mais suportável a carga indenizatória ao responsável, propondo a coletivização da responsabilidade civil.

Além de possuir bens patrimoniais, é indiscutível que as pessoas jurídicas possuem também bens extrapatrimoniais como a credibilidade, reputação, confiança do consumidor, etc., todos ligados à sua honra subjetiva. Dependendo do grau da lesão a esses bens, uma empresa pode ser levada até à bancarrota, especialmente se ocorrer num mercado aberto e de grande concorrência.

Ainda, quanto à reparação civil, deve-se aduzir que não só prejuízos extrapatrimoniais são causados no momento de ofensas aos direitos da personalidade; podem também ser causados danos materiais, advindos, por

exemplo, de perda sensível nos resultados econômicos, provenientes de abalo na honra da pessoa jurídica; incide, nesse caso, a Súmula nº 37 do Superior Tribunal de Justiça sobre cumulação dos danos moral e material, pelo que admissível na mesma ação o pedido de reparação de todos os danos causados pela ofensa ao direito da personalidade. (MATOS, 2005).

O jurista brasileiro e estudioso da responsabilidade civil, Aguiar Dias (1995) afirma que: A pessoa jurídica pública ou privada, os sindicatos, as autarquias podem propor ação de responsabilidade, tanto fundada no dano material como no prejuízo moral. Este ponto de vista, esposado pela generalidade dos autores, é sufragado hoje pacificamente pela jurisprudência estrangeira. A nossa carece de exemplos, ao menos de nós conhecidos. Não há razão para supor que não adote, ocorrida à hipótese, igual orientação.

Para Cahali (2005, p. 347), citando Pontes de Miranda explica que, também é indenizável o dano não patrimonial às pessoas jurídicas; desde que, com o dinheiro, se possa restabelecer o estado anterior que o dano não patrimonial desfez, há indenizabilidade do dano não patrimonial; se houve calúnia ou difamação da pessoa jurídica e o efeito não patrimonial pode ser pós-eliminado ou diminuído por algum ato ou alguns atos que custam dinheiro, há indenizabilidade.

A Indenização por danos morais à pessoa fictícia é fundamentada tecnicamente por Moraes: No dano moral pode haver dor e muitas vezes o haverá. Porém, o entendimento de que a ideia de dor está na essência do conceito, a própria doutrina francesa se encarregou há muito de afastá-la. Ora, superada a ideia de dor, concebido o dano moral objetivamente como lesão extrapatrimonial geralmente irreparável, segundo a visão doutrinária mais moderna, não há entrave a que se atribua também à pessoa jurídica o correspondente direito de indenização. O lugar mais característico dos danos morais é, reconhecidamente, a área do direito de personalidade. Dos valores que a doutrina costuma denominar “bens de personalidade”, alguns há que compõem também a estrutura das pessoas jurídicas.

As pessoas jurídicas apresentam muitas das peculiaridades da pessoa natural: nascimento, registro, personalidade, capacidade, domicílio, previsão de seu final, sua morte e até mesmo um direito sucessório. Mas, por serem abstratos e formados por um conjunto de patrimônios ou pessoas, seus direitos da personalidade só podem ser considerados do ponto de vista

objetivo, e não subjetivo como é caracterizada a pessoa física. Daí as discussões sobre aplicabilidade do conceito de dano moral na pessoa jurídica.

Muitos acreditam que dano moral é sinônimo de dano psicológico pessoal. As pessoas jurídicas não possuem sistema nervoso nem psique, portanto não poderiam ser atribuídos a elas os direitos derivados do dano moral. Para essa corrente de juristas, o dano moral relativo à pessoa jurídica é aquele que vem acompanhado do dano material, ou seja, a princípio atinge a honra objetiva da empresa, todavia, esse dano sempre atinge o lado econômico. Já nas pessoas físicas o dano material nem sempre acompanha o dano moral, pois estas podem ser vítimas exclusivas de fatos que abalam a sua honra subjetiva sem gerar prejuízos econômicos. (VILELA, 2011).

Assim afirma-se ser admissível a indenização por dano moral causado à pessoa jurídica em decorrência de manifestações que acarretem abalo de seu conceito no mercado em que atua, uma vez que o direito à honra e imagem é garantido pela Constituição, em seu art.5º, X, cuja interpretação não há de se restringir às pessoas naturais. (JACOB JUNIOR, 2006).

Consolidado então a indenização por danos morais em nosso direito positivado vários foram os problemas enfrentados, e até hoje quando se fala em assuntos ligados a direitos da personalidade, pelos operadores do direito para obtenção de parâmetros de arbitramento das indenizações, haja vista estar-se falando de dano extrapatrimonial, ou seja, que não possui qualquer tipo de mensuração senão o arbítrio do magistrado. Parte das dificuldades encontradas em nosso sistema jurídico está associada à questão da falta de tradição no assunto em nosso Direito, pois o ordenamento legal só pacificou tal posicionamento em 1988. (BASTOS, 1989, p. 65).

Ainda que seja posição jurisprudencial recente, os Tribunais já vêm decidindo a favor das pessoas jurídicas, no sentido de deferirem indenizações pelos danos morais sofridos (BLOEMER, 2007).

A responsabilidade civil é um fenômeno tanto jurídico quanto sociológico e a reparação aos danos morais, atualmente no epicentro das atenções deste acontecimento, devendo o ato ilícito que criou um estado lesivo, praticado contra o patrimônio ideal, seja da pessoa física ou jurídica, ser reparado com intuito de punir o ofensor, reconstituir o estado anterior

da vítima, ou educar e inibir a sociedade e o agente lesionador de praticarem a repercutida conduta novamente. Com a indenização por danos morais da pessoa jurídica busca-se não proteger o nome dos bons comerciantes, como também garantir a proteção de empresas que geram empregos e necessitam sobreviver no desenfreado mundo dos negócios (LEITE, 2002, p. 197).

A consolidação definitiva do dano moral à pessoa jurídica deu-se com a chegada da súmula 227 do Superior Tribunal de Justiça, que acabou com as dúvidas sobre o tema com a seguinte ementa: A pessoa jurídica pode sofrer dano moral (SANTOS, 2001, p. 160).

Se alguns doutrinadores já há muito haviam opinado, ainda que de forma sucinta, pelo cabimento de tal expediente, parece ter havido certa timidez dos operadores do direito em propor as devidas demandas. Isto talvez se explique pelo fato de que, até 1988, os próprios fundamentos do instituto da responsabilidade civil por danos morais ainda estivessem sendo discutidos; não havia solo fértil para um pedido de indenização por danos não-pecuniários causados a ente coletivo em uma época e ambiente em que havia ainda uma respeitável corrente que questionava tal possibilidade até às pessoas naturais.

A partir de então, têm os tribunais invocado esta famigerada súmula para fundamentar a concessão da responsabilidade dos danos morais às pessoas jurídicas. É provável que agora, com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, o assunto seja completamente pacificado, pois não se poderá mais negar a proteção dos direitos da personalidade a esses entes.

Entretanto, é necessário frisar que, como já defendido, a questão envolvendo a responsabilidade civil por danos morais às pessoas jurídicas parece ter se restringido aos casos em que ocorre um suposto abalo de crédito. Este tem natureza eminentemente patrimonial. Se ressarcido, deve ser paralelamente ao dano moral sofrido, e não servir como fundamento para a reparação deste último. Ao pensar de outro modo, estar-se-á prestigiando a tese da reparabilidade dos danos morais indiretos, a qual já demonstrou ser desprovida de qualquer base jurídica. (COSTA, 2011).

Fica assim valorizadas a honra, a imagem, o crédito, o respeito ao bom comerciante e ao bom nome de sua empresa, bem como a satisfação do anseio evolutivo da sociedade que seque em crescimento com seus direitos e valores resguardados. (LEITE, 2002, p. 363).

Não restam dúvidas de que a pessoa jurídica é sim titular de direitos de personalidade e conseqüentemente pode sofrer danos morais em razão da violação dos seus direitos de personalidade. Os danos morais sofridos pela pessoa jurídica ensejam indenização pelos prejuízos experimentados. (BLOEMER, 2007).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O escopo deste trabalho foi explicar que a pessoa jurídica pode sofrer dano moral em razão da violação de seus direitos de personalidade, e, sobretudo, que o dano moral está cada vez mais presente nas relações entre pessoas físicas e jurídicas.

A pessoa jurídica pode ser sujeito passivo de dano moral. Tal conclusão advém do fato de que, se o ente abstrato possui uma personalidade jurídica conferida pelo ordenamento jurídico, possui ela, também, direitos referentes a sua personalidade que deverão ser protegidos pela lei.

No que tange as pessoas jurídicas é salutar enfatizar que são entidades criadas para a realização de um fim e reconhecidas pela ordem jurídica como sujeitos de direitos e deveres.

Então, dessa necessidade intrínseca do homem de viver em sociedade, surge por assim dizer a chamada pessoa jurídica, que nasce como um ente autônomo através da vontade de uma ou mais pessoas, com destinação patrimonial e com aptidão para adquirir direitos e contrair obrigações, e como regra geral não se confundindo com a pessoa de seus membros.

A capacidade das pessoas jurídicas é uma consequência natural e lógica da personalidade que lhe atribui o ordenamento jurídico. Pois, entende-se que se as pessoas jurídicas têm capacidade para adquirir direitos e obrigações, certamente deve-se atribuir o poder que lhe é necessário a aptidão específica para exercê-los.

O dano moral é a ofensa ou violação que não vem ferir os bens patrimoniais, propriamente ditos, de uma pessoa, mas os seus bens de ordem moral, tais sejam os que se referem à sua liberdade, à sua honra, ou ao seu nome.

O dano moral remete à violação do dever de abstenção a direito absoluto de natureza não patrimonial. Direito absoluto significa aquele que é oponível a todos, gerando pretensão à obrigação passiva universal. E direitos absolutos de natureza não patrimonial, no âmbito civil, para fins dos danos morais, são exclusivamente os direitos da personalidade. Fora dos direitos da personalidade são apenas cogitáveis os danos materiais.

A Súmula 227 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça dirimiu a enorme controvérsia que havia na possibilidade ou inviabilidade de a pessoa jurídica sofrer dano moral, sendo corroborado também pelo Código Civil de 2002 que também prevê a possibilidade em seu art. 52.

Da mesma forma do que ocorre com a honra, quanto aos demais direitos da personalidade da pessoa jurídica também é plenamente cabível a sua tutela, e nos mesmos moldes, ou seja, dando origem ao dever de reparação, notadamente, dos danos morais causados.

Quanto à reparação civil, deve-se aduzir que não só prejuízos extrapatrimoniais são causados no momento de ofensas aos direitos da personalidade; normalmente, ocorrem também danos materiais

A pessoa jurídica possui legítimos interesses de ordem extrapatrimonial que devem ser protegidos pelo Estado, sendo que, nos dias atuais, a reparação dos danos morais sofridos pela pessoa jurídica. Neste sentido o Superior Tribunal de Justiça, que garantiu a ampla proteção aos direitos de personalidade da pessoa jurídica, ressaltando a importância da súmula 227 do STJ, que garantiu expressamente, que a pessoa jurídica pode sofrer o dano moral.

Pode se considerar que as pessoas jurídicas são sujeitos de direitos e deveres independentes de seus sócios, possuindo certa autonomia, havendo como regra geral uma distinção de personalidades, onde seus patrimônios não se confundem diretamente com de seus sócios.

Espera-se que o instituto da responsabilidade civil por danos morais ser aplicado de maneira ampla e eficaz, como meio idôneo a tutelar os direitos da personalidade, seja das pessoas naturais, seja das pessoas jurídicas.

REFERÊNCIAS

AGUIAR DIAS, José de. **Da responsabilidade civil**. 10ª ed. ver. atual. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, p.17, 1995.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa. **Dano moral e indenização punitiva**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários a constituição do Brasil promulgada em 5 de outubro de 1988**. São Paulo: Saraiva. v. 2, p.65. 1989.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. Editora Forense. 7 ed. Rio de Janeiro. 2000.

BLOEMER, Laura. L. **Dano Moral: Pessoa Jurídica**. 36f. Monografia (Especialização) Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba. 2007.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em:<
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 02 dez. 2010.

BRASIL, **Código Civil Brasileiro**. Disponível em:<
<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 02 dez. 2010.

BORGES, Tiago Carvalho. **Sobre o Dano Moral à Pessoa Jurídica**. Disponível em:<
xa.yimg.com/kq/groups/.../Sobre_o_dano_moral_a_pessoa_juridica.doc>. Acesso em: 02 de dez. 2010.

CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**, 3ª ed. Rev., ampl. e atual. Conforme o Código Civil de 2002. São Paulo: Editora dos Tribunais, p. 45. 2005.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Malheiros. p. 74. 1998.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Desconsideração da personalidade jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: parte geral**, v. 1. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COSTA, Y.F.; SILVA, A.A. A reparação por danos morais à pessoa jurídica como forma de tutela aos direitos de sua personalidade. **Revista Jurídica UNICOC**. Ribeirão Preto, SP. a. 2, n. 2, 2005. Disponível em: <http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/.../Arquivo_ID_31.pdf>. Acesso em 06 nov. 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1984.

FERRERA, Francesco. **Teoria delle persone giuridiche**. 2. ed. riveduta. Napoli: Marghieri, p. 133. 1923.

JACOB JUNIOR, Dejalma Afonso. **O Dano Moral Indenizável à Pessoa Jurídica**. Monografia. Universidade Vale do Itajaí. Santa Catarina. 2006.

JUNIOR, Elias Farah. **Dano Moral: Conceito e Definição Doutrinária**. Disponível em: <<http://www.advocaciaeliasfarah.com.br/?id=5&artigo=56>>. Acesso em: 15 dez. 2010.

KELSEN, H. **Teoria pura do direito**. 4. ed. Trad. João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado, 1976.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Grandes temas da atualidade: Dano Moral**. Editora Forense. Ed. 1. 2002.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Pessoa jurídica: por que reler a obra de J. Lamartine Corrêa de Oliveira hoje?**. Curitiba: Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Paraná, 2005.

MARTINS, Sara de Sousa. Considerações acerca da possibilidade de reparação do dano moral sofrido por pessoa jurídica. **Boletim Jurídico**. n. 1265. 177ª ed. 2006.

MATOS, Eneas de Oliveira. Direitos da personalidade e pessoa jurídica. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 797, 8 set. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/724>

7>. Acesso em:

MAZEAUD, Henry y Leon; TUNC, André. **Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual**. p. 424. 1961.

MELLO DA SILVA, Wilson. **O Dano Moral e a sua reparação**. n. 1. 3ª ed. 1999.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 10ª ed. São Paulo. Atlas, p.48. Complementamos esse conceito com o que apresenta Augusto Zimmermann, Curso de Direito Constitucional, 2ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Júris, 2002.

MORAES, Walter. **Reparação do dano moral no Direito brasileiro**. Revista dos Tribunais. v. 650.

MOREIRA, Adenilson José; VIERA, Bruno Vinicius Kojo; COUTINHO, Érica Cássia; ET AL. **Pessoa Jurídica: Existência e Situação Jurídica**. 2009. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/articles/26605/1/PESSOA-JURIDICA-EXISTENCIA-E-SITUACAO-JURIDICA/pagina1.html>>. Acesso em: 15 dez. 2010.

MORENO, Luiz Fernando Peixoto. Considerações acerca das modalidades de Pessoas Jurídicas no Ordenamento Jurídico Brasileiro. **Intertem@s**. Presidente Prudente, SP, ano X, v.18, n.18, p. 28-43, ago./dez. 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil** – Volume I. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004

_____, Caio Mário da Silva. Responsabilidade Civil. **Traité de La Responsabilité Civile**. vol.II. n. 525. Editora Forense. RJ. 1989.

REIS, Clayton. **Avaliação do dano moral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999

_____. **Os novos rumos da indenização do dano moral**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

REZECK, José Francisco. **Direito internacional público**. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1998.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil Parte Geral**. V I. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SANCHES, Gislene A. **Dano moral e suas implicações no direito do trabalho**. São Paulo: Ltr, p. 32. 1997.

SANTOS, Antônio Jeová da Silva. **Dano moral indenizável**. 3.ed. São Paulo: Método, 2001

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. São Paulo: Atlas, 2007.

SCHONBLUM, Paulo Maximilian Wilhelm. **Dano Moral: Questões controvertidas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense. 2003.

SILVA, Wilson Melo da. **O dano moral e sua reparação**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SILVA, Sônia Maria Teixeira da. **Breve estudo sobre dano moral**. Disponível em: <<http://www.advogado.adv.br/artigos/2002/soniamariateixeiradasilva/breveestudodanomoral.htm>>. Acesso em: 15 dez. 2010.

SILVA, Caio Mário Pereira. **Responsabilidade civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992

SILVA, Wilson Melo da. **Dano moral e sua reparação**. 3. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 1997.

SILVEIRA, Euclides Custódio da. **Direito penal: crimes contra a pessoa**. 2. ed. rev., ordenada e atual. por Everardo da Cunha Luna. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

SOUZA, S. I. N. **Responsabilidade civil por danos à personalidade**. Barueri, SP: Manole, 2002.

TEIXEIRA, Liliane. **Breves Noções sobre o dano moral**. Curitiba. 2002. Disponível em:<
http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/1297/BREVES_NOCOES_SOBRE_O_DANO_MORAL>. Acesso em: 15 dez. 2010.

VARELLA, João de Matos Antunes. **Direito das obrigações**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

VARGAS, Glaci de O. P. **Reparação do Dano Moral: controvérsias e perspectivas**. 3 ed. Porto Alegre: Síntese, 1998.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil Parte Geral** – Coleção Direito Civil Volume I. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

VILELA, Luciara Lopes. **O reflexo do dano moral na pessoa jurídica**. Disponível em:<
http://www.viannajr.edu.br/site/menu/publicacoes/publicacao_direito/pdf/edicao4/Art04200708.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2010.

VILHENA, Marcelo Cruz de. **Pessoa Jurídica**. Disponível em:<
[http://direito.newtonpaiva.](http://direito.newtonpaiva.br/revistadireito/docs/convidados/11_14.doc)

[br/revistadireito/docs/convidados/11_14.doc](http://direito.newtonpaiva.br/revistadireito/docs/convidados/11_14.doc)>. Acesso em: 15 dez. 2010.

A CORREÇÃO DOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS À LUZ DO PRINCÍPIO DA IRREDUTIBILIDADE DO VALOR DOS BENEFÍCIOS

QUÉSIA MOREIRA PIMENTEL DE AGUIAR: Bacharel em Direito pela UNIP, Pós Graduada em Direito Previdenciário pela UNIVERSIDADE ANHANGUERA, Pós Graduada em Direito do Trabalho pela UNIP.

RESUMO: Com fim de que os benefícios previdenciários não diminuam o seu poder de compra aplica-se o Princípio da Irredutibilidade do Valor dos Benefícios e seus desdobramentos, para a devida correção monetária dos mesmos. Os beneficiários muitas vezes associam o valor de seu benefício ao valor do salário mínimo, o que não corresponde com a atual realidade. O valor do benefício previdenciário é em regra, o resultado da média dos oitenta por cento dos maiores salários de contribuição, considerados durante o período contributivo, e ainda multiplicado pelo coeficiente do benefício requerido, isto porque o coeficiente dependerá de qual benefício se pleiteia. O benefício deve ser reajustado anualmente aplicando-se o Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo – INPC -, índice diverso do utilizado para a correção do salário mínimo. Atualmente não há que se falar em vinculação do salário mínimo ao salário de benefício uma vez que a própria Constituição Federal de 1988 proíbe a vinculação do valor do salário mínimo para qualquer fim. Por outro lado, o texto constitucional dispõe que não poderá haver salário inferior ao mínimo, e assim qualquer benefício substituto da renda do segurado também não poderá ser inferior ao mínimo, no entanto os dois institutos devem ser analisados de maneira divorciada, pois cada um cumpre uma finalidade.

Palavras Chaves: benefícios, princípios, beneficiários, salário mínimo, correção monetária.

INTRODUÇÃO

Os segurados ao sofrerem uma das contingências sociais cobertas pela Previdência Social se dirigem ao Instituto Nacional de Seguro Social – INSS - e pleiteiam seu benefício. Benefício pelo

qual o segurado, em regra geral, contribuiu compulsoriamente. Além de contribuir compulsoriamente o segurado deve cumprir os demais requisitos para ter o direito de receber o benefício pleiteado, para tanto cada benefício possui seus requisitos específicos.

Ao passar dos anos os benefícios concedidos pela Previdência Social perdem o seu poder de compra, isso devido à inflação sofrida no país. Em decorrência desta desvalorização algumas normas passaram a regular tais benefícios determinando reajustes monetários consecutivos.

Assim os benefícios devem ser atualizados anualmente conforme a determinação da legislação infraconstitucional, e utiliza-se para atualização o índice INPC (Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo), índice também definido por lei.

Entretanto, apesar da correção dos benefícios previdenciários poderá se observar no desenvolver desta pesquisa o quanto à correção dos benefícios na forma que é aplicada atualmente é insuficiente para manter o real poder de compra dos beneficiários.

Os beneficiários por sua vez, divorciados do conhecimento dos textos legais vinculam os valores de seus benefícios ao valor do salário mínimo, e conseqüentemente reclamam que ao início do recebimento do benefício este correspondia tantos salários e que depois de alguns anos estes correspondem a uma quantidade muito inferior.

Por início cumpre explicar que atualmente é vedada a vinculação do salário mínimo para qualquer fim, conforme está expresso no artigo 7º, inciso IV da Constituição Federal de 1988, o qual dispõe:

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que

Ihe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

Entretanto, o benefício substituto do salário do segurado não pode se inferior ao salário mínimo conforme o artigo 2º, inciso VI da Lei 8213/91:

Art. 2º A Previdência Social rege-se pelos seguintes princípios e objetivos:

[...]

VI - valor da renda mensal dos benefícios substitutos do salário-de-contribuição ou do rendimento do trabalho do segurado não inferior ao do salário mínimo;

Assim, se o reajuste consecutivo do salário mínimo for superior aos reajustes do benefício, em um momento posterior poderá ocorrer que o benefício fique inferior ao salário mínimo o que necessariamente determinará que o benefício seja prestado no valor do salário mínimo apenas para cumprir a determinação constitucional.

Faz-se necessário ainda esclarecer que o valor do benefício previdenciário já se correspondeu ao valor do salário mínimo, no entanto, essa regra foi apenas para atualização dos benefícios, e se tratou de uma medida transitória, que desde o início da vigência da Lei dos Planos de Custeio e Benefícios tal regra foi extinta. Assim não há o que se falar em vinculação do valor do benefício em correspondência com o valor do salário mínimo desde 1991 (um mil novecentos e noventa e um) ano em que foi publicada a Lei nº 8213 cujo texto dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências.

Os benefícios de prestação continuada bem como o salário mínimo são reajustados anualmente, contudo os índices de atualização do salário mínimo e dos benefícios previdenciários são diferentes e assim as atualizações não são correspondentes.

Desta forma, pretende-se na pesquisa detalhar pormenorizações que englobam as discussões do tema.

1. OS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS E SUAS DESVALORIZAÇÕES

1.1 CÁLCULO DO VALOR DOS BENEFÍCIOS

Para cálculo do valor dos salários de benefícios utiliza-se como regra geral a disposição do artigo 201, §3º da Constituição Federal:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: [...] § 3º Todos os salários de contribuição considerados para o cálculo de benefício serão devidamente atualizados, na forma da lei.

Conforme determinação constitucional para a apuração do valor dos benefícios deve-se considerar os salários de contribuição corrigidos monetariamente.

O artigo 201, §3º trás a disposição quanto à regra geral, contudo, a apuração do valor de cada benefício possui particularidades provenientes do próprio benefício, o salário família, por exemplo, possui a base de cálculo diferente dos demais benefícios, assim como a aposentadoria por tempo de contribuição que tem em seu cálculo a multiplicação pelo fator previdenciário.

Para esclarecer sobre o salário de benefício à Lei 8213/91 em seu artigo 29 se ocupou em definir:

Art. 29. O salário-de-benefício consiste: I - para os benefícios de que tratam as alíneas b e c do inciso I do art. 18, na média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição correspondentes a oitenta por cento de todo o período contributivo, multiplicada pelo fator previdenciário; II - para os benefícios de que tratam as alíneas a, d, e, e h do inciso I do art. 18, na média aritmética simples dos maiores

salários-de-contribuição correspondentes a oitenta por cento de todo o período contributivo.

1.2 RENDA MENSAL INICIAL

Após a apuração do salário de benefício encontra-se a Renda Mensal Inicial (RMI), que corresponde segundo Castro e Lazzari “à primeira parcela do benefício de prestação continuada a ser pago pela Previdência Social. A apuração deste valor, que servirá de base para os reajustes posteriores, depende da espécie do benefício a ser pago e do valor do salário de benefício” (CASTRO e LAZZARI, 2012, p. 505).

Marisa Ferreira dos Santos dispõe ainda que a RMI “é calculada mediante a aplicação de um coeficiente sobre o valor do salário de benefício” (SANTOS, 2012, p. 206). E que esse coeficiente depende do benefício pleiteado, o auxílio doença corresponde a 91% do salário de benefício, a aposentadoria por invalidez a 100% do salário de benefício e assim por diante a depender do benefício requerido.

1.3 A DESVALORIZAÇÃO DOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS E A INFLAÇÃO

O valor recebido pelos segurados ou pelos dependentes a título de benefício previdenciário perde ao passar dos anos o seu poder de compra, isso porque o Brasil é um país o qual sofre com a inflação.

A inflação no país na década de 1980 era muito maior do que a apresentada atualmente (Castro e Lazzari, 2012), mesmo assim a inflação ainda continua a permitir que os benefícios previdenciários sofram desvalorizações.

Santos (2012), seguindo a mesma linha de pensamento diz que a inflação ainda marca a economia nacional, mas a economia foi marcada, sobretudo na década de 1980, e foi devido à gravidade da situação econômica vivida pelo país, que o legislador constituinte criou o artigo 58 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias o qual determinava que os benefícios fossem recalculados com base no salário mínimo.

2. CORREÇÃO DOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS E O PRINCÍPIO DA IRREDUTIBILIDADE DO VALOR DOS BENEFÍCIOS

2.1 O PRINCÍPIO DA IRREDUTIBILIDADE DO VALOR DOS BENEFÍCIOS E A CONSTITUIÇÃO DE 1988

Com a expectativa de que os benefícios de prestação continuada não sofressem um achatamento ao passar dos anos e com isso os beneficiários perdessem o seu poder de compra, a Constituição de 1988 assegurou a Irredutibilidade do Valor dos Benefícios princípio explícito no artigo 194, parágrafo único, inciso VI:

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos: [...] IV - irredutibilidade do valor dos benefícios;

No mesmo sentido apresenta no artigo 201, §4º a garantia constitucional do reajustamento dos benefícios para preservá-los o valor real. Em cumprimento a referida garantia a Lei 8213/91 em seu artigo 41 – A disciplina:

Art. 41-A. O valor dos benefícios em manutenção será reajustado, anualmente, na mesma data do reajuste do salário mínimo, *pro rata*, de acordo com suas respectivas datas de início ou do último reajustamento, com base no Índice Nacional de Preços ao Consumidor - INPC, apurado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.

Santos (2012) esclarece que quando a lei determina que o primeiro reajuste deve ser “*pro rata*”, isso significa dizer que o

primeiro reajuste do benefício deve ser proporcional a data de início do benefício.

As normas a respeito do reajuste do benefício passaram por várias reformas até chegar a atual conforme apresentada acima. Segundo Castro e Lazzari (2012), os benefícios previdenciários durante a vigência do Decreto Lei 2351/87 eram reajustados com base no salário mínimo de referência, esse decreto vigorou até março de 1989.

A partir da constituição de 1988, o constituinte reconhecendo o quanto a inflação achatava os benefícios previdenciários dispôs no artigo 58 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias que os benefícios deveriam ser recalculados de modo que a renda mensal do benefício passasse a corresponder ao número de salários mínimos correspondentes ao número de salários mínimos que o benefício possuía a data do início do benefício, conforme a redação:

Art. 58 - Os benefícios de prestação continuada, mantidos pela previdência social na data da promulgação da Constituição, terão seus valores revistos, a fim de que seja restabelecido o poder aquisitivo, expresso em número de salários mínimos, que tinham na data de sua concessão, obedecendo-se a esse critério de atualização até a implantação do plano de custeio e benefícios referidos no artigo seguinte.

Parágrafo único - As prestações mensais dos benefícios atualizadas de acordo com este artigo serão devidas e pagas a partir do sétimo mês a contar da promulgação da Constituição.

A constituição de 1988 criou desta forma um critério provisório de reajuste para os benefícios até que fosse implantada a lei de plano de custeio e benefícios previdenciários, assim as disposições artigo 58 do Ato das Disposições Constitucionais

Transitórias trataram-se, como o próprio nome sugere, de normas apenas transitórias.

As normas estabelecidas no artigo 58 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias deixaram de vigorar, e os critérios e disposições a respeito do reajuste dos benefícios ficaram a cargo do legislador ordinário.

O Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 687, cuja redação dispõe: “A revisão de que trata o art. 58 do ADCT não se aplica aos benefícios previdenciários concedidos após a promulgação da Constituição de 1988”.

Nesse sentido Castro e Lazzari esclarecem:

Não há que se confundir o preceito constitucional da manutenção do valor do benefício (art. 201, §3º) com equivalência em número de salários mínimos. Manter o valor real do benefício significa reajustá-lo de acordo com a variação inflacionária, de modo a evitar diminuição injusta do seu poder de compra. Em nenhum momento o legislador constituinte quis vincular aquela garantia ao valor do salário mínimo. Apenas no período em que vigorou o artigo 58 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias foi o valor dos proventos fixado em número de salários mínimos. A partir daí, os indexadores adotados foram aqueles fixados pelo legislador ordinário (CASTRO e LAZZARI, 2012, p. 520).

Para Wladimir Novaes Martinez (2003), a constituição deu poder ao legislador ordinário apenas para operacionalizar o reajustamento do valor dos benefícios, podendo o legislador “repetir o preceito constitucional, fixar o critério de atualização, e firmar a frequência do reajustamento” (MARTINEZ, 2003, p. 675), o que o legislador ordinário deixou claro no artigo 41 – A, da Lei 8213/91, conforme supracitado.

2.2 NECESSIDADE DA CORREÇÃO DOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS

Demonstrando a importância que o benefício previdenciário representa Graciele Pinheiro Teles conclui:

As prestações pecuniárias garantidas pela previdência social visam exatamente à realização do ser humano e, sobretudo, o suprimento das necessidades elementares a sua sobrevivência. Estas prestações assumem realce na sociedade não só pelos fins a que se destinam, mas, sobretudo, porque se constituem em direitos subjetivos públicos que atribuem a seus titulares, nos termos da lei, o poder de exigí-las do Estado (TELES, 2007, p. 78).

Assim, para manter seu poder aquisitivo os benefícios previdenciários devem ser reajustados. Segundo Viladangos de Paula (2012) o reajustamento dos benefícios tem o “fim de adequá-los aos variáveis níveis econômicos no decorrer dos anos de pagamento” (PAULA, 2012, p. 81).

Contudo, a autora apresenta duas críticas ao uso do indicador de reajuste atualmente utilizado, o INPC, e diz que importam em afrontas diretas ao princípio da irredutibilidade do valor dos benefícios. As críticas de Viladangos de Paula (2012) são quanto à metodologia utilizada pelo Instituto de Geografia e Estatística – IBGE, no tocante a *amplitude* tanto quanto aos limites dos rendimentos, pois é levantada pesquisa com as famílias de renda entre 1 e 6 salários mínimos apenas, como também as regiões da pesquisa, uma vez que não é realizada a pesquisa nacionalmente, sendo esta regionalizada (PAULA, 2012, p. 89).

Já em sentido contrário, para Fábio Zambitte Ibrahim (2008) é um erro vincular a insuficiência do valor dos benefícios ao princípio da irredutibilidade do valor dos benefícios, para confirmar sua posição expõe que o valor dos benefícios possuem:

Estrita correlação com o salário de benefício, que é base de cálculo da contribuição. Como o salário de contribuição, muitas vezes, não traduz um mínimo necessário de subsistência (...) é comum que o benefício calculado também reproduza um valor insuficiente (IBRAHIM, 2008, p. 59).

Ibrahim afirma ainda que a “principal razão de ser do princípio da irredutibilidade é justamente a correção monetária” (IBRAHIM, 2008, p. 59). Teles conceitua a correção monetária com sendo a “operação econômica financeira que se utiliza de índices que refletem as perdas de poder aquisitivo da moeda e remete a uma simples atualização do valor, denominada de expressão nominal” (TELES, 2007, p. 80).

Assim, o que deve ser considerado é a importância dos benefícios aos seus beneficiários, e é pensando nestes que se deve operacionalizar os valores. Sâmara Vanessa Backes (2008) cita Rocha e Baltazar Junior (2006), para apresentar a importância da correção dos benefícios, apresentando que os aposentados e pensionistas ficam a mercê do legislador, pois, os beneficiários na maioria das vezes já são idosos e se sustentam apenas com o valor recebido a título do benefício, e desta forma, não possuem poder para negociar os seus valores.

CONCLUSÃO

O legislador constitucional ciente do prejuízo que a inflação poderia causar ao beneficiário elaborou medidas que pudessem amenizar a desvalorização dos benefícios. Para tanto, entre outras disposições se tem o inciso IV do artigo 194 da Constituição Federal o qual apresenta o Princípio da Irredutibilidade do valor do benefício.

No entanto, as medidas apresentadas pelo legislador originário ainda não são suficientes a garantir a dignidade da sobrevivência dos beneficiários. Conforme observado, a legislação infraconstitucional cumpriu a determinação da Constituição Federal

de 1988 e dispôs quanto ao período de atualização e estabeleceu o índice aplicável para correção.

Esta pesquisa se ocupou em apresentar algumas observações importantes a fim de esclarecer que por determinação constitucional o benefício previdenciário não deve ser vinculado ao salário mínimo. Tal correspondência entre o salário de benefício e o salário mínimo existiu por um período, no entanto, foi em um período de transição e a norma já expirou sua eficácia. Atualmente, é inclusive vedada qualquer vinculação ao salário mínimo segundo disposto no próprio texto constitucional.

Foi apresentado, um breve relato das normas legais que disciplinam a apuração do valor dos benefícios previdenciários, a renda mensal inicial e a forma como é corrigido o benefício atualmente, vez que este passou por algumas reformas ao longo da vigência da Lei de Planos de Benefícios da Previdência Social.

Ao nosso sentir a posição de Viladangos de Paula (2012) ao criticar o índice utilizado se faz pertinente, pois este não é apurado em âmbito nacional, e nem na faixa total da possível renda percebida pelos beneficiários.

Por outro lado, Ibrahim (2010) apresenta outra versão para a mesma situação e leciona que o problema da insuficiência do valor dos benefícios para manter o sustento do beneficiário se dá muito antes da percepção do benefício. Para ele a deficiência se dá no momento em que o segurado ainda está na ativa e vertendo suas contribuições, contribuições aplicadas sob um salário que não supre a necessidade do segurado, e que por consequência será base para o benefício que também não será o suficiente. Assim, não seria a Previdência a vilã da insuficiência dos valores dos benefícios.

Pode-se observar que o Brasil tem muito para avançar no que se refere à política previdenciária adotada, a realidade é que os segurados cada dia mais estão recorrendo ao Regime Complementar de Previdência Privada para tentar garantir uma velhice mais segura, já que a perspectiva da aposentadoria

fornecida pelo Regime Geral de Previdência Social não parece suficiente à manutenção da qualidade de vida do segurado.

Já aos segurados que não possuem condições financeiras para arcarem com uma aposentadoria complementar está à mercê das aposentadorias do Regime Geral, e será na velhice, na maioria dos casos, quando o aposentado mais precisa de recursos, pois já não conta com sua saúde para o trabalho, é que ele tem que enfrentar os infortúnios de uma aposentadoria que a cada dia possui menor poder de compra, uma vez que as correções não são suficientes a preservá-lhes o seu valor.

Nas palavras de Aécio Pereira Júnior:

Grandes foram as conquistas do povo brasileiro em termos de proteção social no decorrer de sua evolução histórica, pois há menos de um século não se tinha sequer a garantia efetiva do Estado quanto às prestações de assistência social, enquanto que hoje caminha-se, a passos largos, para o ideário da Seguridade Social, assentada no bem-estar e na justiça sociais, esbarrando apenas em pressupostos fáticos, que decerto com muito luta e afinco serão batidos (PEREIRA JUNIOR, 2005).

Assim, sugere-se com resultado desta pesquisa que novos estudos possam apresentar um novo índice de atualização aplicável aos benefícios previdenciários, isto para permitir uma melhor qualidade de vida ao aposentado e ao pensionista, propiciando a eles uma velhice a qual possam desfrutar seus dias sem enfrentar os infortúnios da falta de recurso para sua manutenção. Esta pesquisa pretende que novas discussões a respeito do tema sejam levantadas a fim de que se possam sugerir novas medidas de operacionalização dos benefícios.

REFERÊNCIAS

BACKES, Sâmera Vanessa. Princípio do Direito Previdenciário: irreduzibilidade dos benefícios e preservação do valor real dos benefícios.. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XI, n. 54, jun 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2806>. Acesso em fev. 2014.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário**. 14 ed. Florianópolis, Conceito Editorial, 2012.

DIAS, Eduardo Rocha; MACEDO, José Leandro Monteiro de. **Curso de direito previdenciário**. 2 ed. São Paulo: Método, 2010.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 12 ed. Niterói, Impetus, 2008.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de direito previdenciário, previdência social**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2003. t 2.

NOLASCO, Lincoln. Evolução histórica da Previdência Social no Brasil e no mundo. **Conteúdo Jurídico**, Brasília: 01 mar. 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.35915&seo=1>>. Acesso em: 25 set. 2012.

PAULA, Renata Maria Villadangos de. **Ofensa ao princípio da irreduzibilidade do valor dos benefícios previdenciários - aspectos e momentos**. 2012. 181 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Departamento de Programa de Mestrado em Direito, Centro Universitário Eurípides de Marília - Univem, Marília, 2012. Cap. 3.

PEREIRA JÚNIOR, Aécio. Evolução histórica da Previdência Social e os direitos fundamentais. **Jus Navigandi**, Teresina, v. 10, n. 707, 12 jun. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6881>>. Acesso em: 08 abril de 2014.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito previdenciário esquematizado**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TELES, Graciele Pinheiro. O princípio da irredutibilidade do valor dos benefícios o regime Geral de Previdência Social. 2007. 128 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Departamento de Direito das Relações Sociais, Pontífica Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.

VIANNA, João Ernesto Aragonês. **Curso de direito previdenciário**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DESAPOSENTAÇÃO: CONTROVÉRSIA ACERCA DA OBRIGATORIEDADE OU NÃO DA DEVOLUÇÃO DOS VALORES DE APOSENTADORIA PERCEBIDOS PELO SEGURADO

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

Embora o termo desaposentação não seja agradável de se ouvir, o C. STJ reconheceu o direito á esse instituto sendo tido como a possibilidade do beneficiário renunciar a aposentadoria que está sendo percebida a fim de pleitear a percepção e uma outra com valor maior, podendo ser candidatar o beneficiário que já esteja aposentado e continue no exercício de atividades de trabalho contribuindo ara a Previdência Social.

DESENVOLVIMENTO

Essa decisão inovadora do C. STJ abraça principalmente os beneficiários aposentados proporcionalmente que estejam ainda laborando e contribuindo com a Previdência Social, e, posteriormente, faz uso desse tempo de contribuição para requerer o benefício de outra aposentadoria, só que integral.

Todavia, trata-se de uma questão demasiadamente delicada uma vez que, para se pleitear um novo benefício, o segurado deverá necessariamente renunciar o atual benefício que esteja percebendo mensalmente, para somente então pleitear um novo com valor maior, vindo de encontro ao princípio da dignidade da pessoa humana já que esse segurado, até decisão final da demanda, ficará sem a percepção de nenhuma aposentadoria, portanto, impossibilitado do custeio das despesas para sua própria subsistência.

Ademais, tanto em primeira quanto em segunda instância, vem sendo admitida a possibilidade de o segurado abrir mão da aposentadoria proporcional já deferida, portanto percebida

mensalmente, para pleitear judicialmente a percepção de uma aposentadoria integral, portanto, superior á antiga percebida, operando-se a denominada desaposentação, contudo, a admissão deste vem sendo condicionada á devolução pelo segurado, de todos os benefícios já percebidos por este, mensalmente percebidos inviabilizando demasiadamente o seu avanço e consequente requerimento.

Os defensores da corrente que impõe a obrigatoriedade da devolução de todos os valores percebidos pelo segurado que venha renunciar sua aposentadoria proporcional, a fim de pleitear uma que lhe seja mais vantajosa, o fazem por acreditarem que assim estariam colaborando para a manutenção do equilíbrio atuarial do sistema previdenciário, á luz do artigo 201, caput da CF/88, caso contrário, a autarquia é quem suportaria tal prejuízo financeiro pela compensação em virtude d contagem recíproca, sendo esta, a posição ainda prevalente no TRF da 4ª Região (2009.70.03.000836-5, DJ 26.5.2010).

Entretanto, o C. STJ entende diversamente no sentido de que o fato do segurado já ter contribuído com a seguridade, não enseja a devolução dos benefícios por este percebidos mensalmente, sendo direito de cada beneficiário, abdicar á sua aposentadoria que por sua vez depende unicamente de sua própria liberação, tratando-se de um direito patrimonial disponível em que o seu titular detém a liberdade de renunciá-lo a fim de escolher o sistema que melhor irá assisti-lo.

O C. STJ vem reiteradamente acolhendo a tese da desnecessidade da devolução de valores sob o argumento de que a renúncia, é um direito do segurado, desobrigando-o a efetuar a devolução dos valores (Resp 1184410, de 13.04.2010).

Esse entendimento acabou por se consolidar, como se depreende da leitura da ementa extraída do recente acórdão abaixo transcrito:

“A renúncia à aposentadoria, para fins de aproveitamento do tempo de contribuição e concessão de novo benefício, seja no mesmo regime ou em regime diverso, não importa

em devolução dos valores percebidos, “pois enquanto perdurou a aposentadoria pelo regime geral, os pagamentos, de natureza alimentar, eram indiscutivelmente devidos” (REsp 692.628/DF, Sexta Turma, Relator o Ministro Nilson Naves, DJU de 5.9.2005). Precedentes de ambas as Turmas componentes da Terceira Seção.”

Assim, vê-se que as turmas componentes da Terceira Seção do C. STJ, tem sido uníssonas no sentido de que renúncia à aposentadoria, para fins de aproveitamento do tempo de contribuição e concessão de novo benefício, seja no mesmo regime ou em regime diverso, não importa em devolução dos valores percebidos, "pois enquanto perdurou a aposentadoria pelo regime geral, os pagamentos, de natureza alimentar, eram indiscutivelmente devidos" (REsp 692.628/DF, Sexta Turma, Relator o Ministro Nilson Naves, DJU de 5.9.2005), não havendo que se falar com prejuízo face a compensação, sendo completamente desnecessário a devolução dos valores.

Dessa forma, mesmo ante a controvérsia acerca da obrigatoriedade ou não, da restituição dos valores percebidos em virtude do benefício que se busca renunciar, a posição majoritária adotada pelo C. STJ é no sentido de que o ato de renunciar ou não ao benefício da aposentadoria possui efeitos ex nunc, ou seja, não retroagindo de maneira a não envolver a obrigação de restituição/devolução das parcelas recebidas, porque enquanto aposentado, o segurado fez jus aos proventos percebidos, inexistindo qualquer prejuízo para a autarquia.

Nessa mesma linha de raciocínio foi o entendimento exarado pela íclita a ministra Laurita Vaz que admitiu que um aposentado abrisse mão do benefício que recebia como trabalhador rural, a fim de perceber outro mais vantajoso como trabalhador urbano, bem como o entendimento do C. STF, confirmando o posicionamento adotado pelo C. STJ de não obrigatoriedade de devolução dos valores recebidos enquanto vigia a aposentadoria inicialmente concedida –RE 381367/RS.

Não nos esqueçamos que os principais beneficiários dessa tese são os segurados aposentados do INSS que á despeito

de continuarem a trabalhar regularmente após a concessão do benefício da aposentadoria, contribuindo para o INSS, ainda tem a chance de aproveitarem as novas contribuições no cálculo da aposentadoria através da combinação de um maior número de contribuições cumulado com o fator tempo de contribuição e maior idade resultando, pela sistemática de cálculo do Fator Previdenciário, em aposentadoria de maior valor, não ficando sem a percepção de seus benefícios enquanto o pleito da desaposentação tramita perante o judiciário.

O INSS, por sua vez, obviamente tem, de maneira sistemática indeferido os pleitos de renúncias formulados administrativamente sob o fundamento de irreversibilidade e irrenunciabilidade do instituto da aposentadoria, uma vez concedida, nos moldes do artigo 181-B, do Decreto 3.048/99. Contudo, verificamos que os precedentes jurisprudenciais do C. STJ rejeitam a aplicação do Decreto, sob o fundamento de que a renúncia, por sua natureza de direito, que somente pode ser restringida por lei (REsp 310884/RS; REsp nº 497683/PE, RMS nº 14624/RS, entre outros).

CONCLUSÃO

Em suma: a aposentadoria se trata de um direito patrimonial do segurado disponível, e, portanto, podendo ser objeto de renúncia, bem como a contagem do respectivo tempo de serviço para fins de obtenção de um novo benefício, ainda que por outro regime de previdência, sendo óbvio que havendo renúncia da aposentadoria, inexistirá a vedação legalmente estabelecida no inciso III do artigo 96 da lei nº 8.213/91 que disciplina que "não será contado por um sistema o tempo de serviço utilizado para concessão de aposentadoria pelo outro". O benefício anterior deixa de existir no mundo jurídico, liberando o tempo de serviço ou de contribuição para serem contados em novo benefício, tratando-se de raciocínio lógico!

Revela-se inexigível a devolução, pelo segurado, de todos os valores percebidos á título de aposentadoria face ao princípio da solidariedade entre regimes, inexistência de irregularidades na concessão da aposentadoria e inexatidão dos

valores e parâmetros a serem ressarcidos, sendo verbas alimentares, protegidas, portanto, pelo princípio da irrepetibilidade ou da não devolução dos alimentos.

DA GESTÃO DE FLORESTAS PÚBLICAS PARA A PRODUÇÃO SUSTENTÁVEL: ANOTAÇÕES AO DECRETO Nº 6.063/2007

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: Inicialmente, cuida salientar que o meio ambiente, em sua acepção macro e especificamente em seu desdobramento natural, configura elemento inerente ao indivíduo, atuando como sedimento aconcreção da sadia qualidade de vida e, por extensão, ao fundamento estruturante da República Federativa do Brasil, consistente na materialização da dignidade da pessoa humana. Ao lado disso, tal como pontuado algures, a Constituição de 1988 estabelece, em seu artigo 225, o dever do Poder Público adotar medidas de proteção e preservação do ambiente natural. Aliás, quadra anotar, oportunamente, que tal dever é de competência político-administrativa de todos os entes políticos, devendo, para tanto, evitar que os espaços de proteção ambiental sejam utilizados de forma contrária à sua função – preservação das espécies nativas e, ainda, promover ostensiva fiscalização desses locais. Neste aspecto, o presente visa analisar a gestão de florestas públicas para a produção sustentável, instituída pelo Decreto nº 6.063, de 20 de março de 2007.

Palavras-chaves: Meio Ambiente. Gestão de Florestas Públicas. Produção Sustentável.

Sumário: 1 Ponderações Introdutórias: Breves notas à construção teórica da Ramificação Ambiental do Direito; 2 Comentários à concepção de Meio Ambiente; 3 Singelos Comentários ao Meio Ambiente Natural: Tessituras Conceituais sobre o Tema; 4 Da Gestão de Florestas Públicas para a Produção Sustentável: Anotações ao Decreto nº 6.063/2007.

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

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 N.º. 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 N°. 1.856/RJ, em especial quando destaca:

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

Desta feita, decorrente do fato supramencionado, 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 de exposição, quadra apontar que o direito à integridade 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.

Salta aos olhos que, 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, insta mencionar, ainda, que 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 Singelos Comentários ao Meio Ambiente Natural: Tessituras Conceituais sobre o Tema

No que concerne ao meio ambiente natural, cuida salientar que tal faceta é descrita como ambiente natural, também denominado de físico, o qual, em sua estrutura, agasalha os fatores abióticos e bióticos, considerados como recursos ambientais. Nesta esteira de raciocínio, oportunamente, cumpre registrar, a partir de um viés jurídico, a acepção do tema em destaque, o qual vem disciplinado pela Lei Nº. 9.985, de 18 de Julho de 2000, que regulamenta o art. 225, §1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências, em seu artigo 2º, inciso IV, frisa que “recurso ambiental: a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora”[16]. Nesta esteira, o termo fatores abióticos abriga a atmosfera, os elementos afetos à biosfera, as águas (inclusive aquelas que se encontram no mar territorial), pelo solo, pelo subsolo e pelos recursos minerais; já os fatores bióticos faz menção à fauna e à flora, como bem assinala Fiorillo[17]. Em razão da complexa interação entre os fatores abióticos e bióticos que ocorre o fenômeno da homeostase, consistente no equilíbrio dinâmico entre os seres vivos e o meio em que se encontram inseridos. Consoante Rebello Filho e Bernardo, o meio ambiente natural “é constituído por todos os elementos responsáveis pelo equilíbrio entre os seres vivos e o meio em que vivem: solo, água, ar atmosférico, fauna e flora”[18]. Nesta senda, com o escopo de fortalecer os argumentos apresentados, necessário se faz colocarem campo que os paradigmas que orientam a concepção recursos naturais como componentes que integram a paisagem, desde que não tenham sofrido maciças alterações pela ação antrópica a ponto de desnaturar o seu aspecto característico.

Trata-se, com efeito, de uma conjunção de elementos e fatores que mantêm uma harmonia complexa e frágil, notadamente em razão dos avanços e degradações provocadas pelo ser humano. Ao lado do esposado, faz-se carecido pontuar que os recursos naturais são considerados como tal em razão do destaque concedido pelo ser humano, com o passar dos séculos, conferindo-lhes valores de ordem econômica, social e cultural. Desta feita, tão somente é possível à compreensão do tema a partir da análise da relação homem-natureza, eis que a interação entre aqueles é preponderante para o desenvolvimento do ser humano em todas as suas potencialidades. Patente se faz ainda, em breves palavras, mencionar a classificação dos recursos naturais, notadamente em razão da importância daqueles no tema em testilha. O primeiro grupo compreende os recursos naturais renováveis, que são os elementos naturais, cuja correta utilização, propicia a renovação, a exemplo do que se observa na fauna, na flora e nos recursos hídricos. Os recursos naturais não-renováveis fazem menção àqueles que não logram êxito na renovação ou, ainda, quando conseguem, esta se dá de maneira lenta em razão dos aspectos estruturais e característicos daqueles, como se observa no petróleo e nos metais em geral. Por derradeiro, os denominados recursos inesgotáveis agasalham aqueles que são “infindáveis”, como a luz solar e o vento. Salta aos olhos, a partir das ponderações estruturadas, que os recursos naturais, independente da seara em que se encontrem agrupados, apresentam como elemento comum de caracterização o fato de serem criados originariamente pela natureza. Nesta linha, ainda, de dicção, cuida assinalar que o meio ambiente natural encontra respaldo na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 225, caput e §1º, incisos I, III e IV.

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.

§1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas [omissis]

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade[19].

Ora, como bem manifestou o Ministro Carlos Britto, ao apreciar a Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 3.540, “não se erige em área de proteção especial um espaço geográfico simplesmente a partir de sua vegetação, há outros elementos. Sabemos que fauna, flora, floresta, sítios arqueológicos concorrem para isso”[20]. Verifica-se, assim, que o espaço territorial especialmente protegido do direito constitucional ao meio ambiente hígido e equilibrado, em especial no que atina à estrutura e funções dos diversos e complexos ecossistemas. Nessa esteira de exposição, as denominadas “unidades de conservação”, neste aspecto de afirmação constitucional, enquanto instrumentos de preservação do meio ambiente natural, configuram áreas de maciço interesse ecológico que, em razão dos aspectos característicos naturais relevantes, recebem tratamento legal próprio, de maneira a reduzir a possibilidade de intervenções danosas ao meio ambiente. Diante do exposto, o meio ambiente, em sua acepção macro e especificamente em seu desdobramento natural, configura

elemento inerente ao indivíduo, atuando como sedimento a concreção da sadia qualidade de vida e, por extensão, ao fundamento estruturante da República Federativa do Brasil, consistente na materialização da dignidade da pessoa humana. Ao lado disso, tal como pontuado algures, a Constituição da República estabelece, em seu artigo 225, o dever do Poder Público adotar medidas de proteção e preservação do ambiente natural. Aliás, quadra anotar, oportunamente, que tal dever é de competência político-administrativa de todos os entes políticos, devendo, para tanto, evitar que os espaços de proteção ambiental sejam utilizados de forma contrária à sua função – preservação das espécies nativas e, ainda, promover ostensiva fiscalização desses locais. Verifica-se, portanto, que o escopo repousa em assegurar que, por meio da fiscalização, o indivíduo tenha acesso às formações naturais como elemento inerente à dignidade da pessoa humana.

4 Da Gestão de Florestas Públicas para a Produção Sustentável: Anotações ao Decreto nº 6.063/2007

Em um primeiro comentário, o Cadastro Nacional de Florestas Públicas, interligado ao Sistema Nacional de Cadastro Rural, é integrado: (i) pelo Cadastro-Geral de Florestas Públicas da União; (ii) pelos cadastros de florestas públicas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. O Cadastro Nacional de Florestas Públicas será integrado por bases próprias de informações produzidas e compartilhadas pelos órgãos e entidades gestores de florestas públicas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. O Cadastro-Geral de Florestas Públicas da União será gerido pelo Serviço Florestal Brasileiro e incluirá: (i) áreas inseridas no Cadastro de Terras Indígenas; (ii) unidades de conservação federais, com exceção das áreas privadas localizadas em categorias de unidades que não exijam a desapropriação; e (iii) florestas localizadas em imóveis urbanos ou rurais matriculados ou em processo de arrecadação em nome da União, autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista. As florestas públicas em áreas militares somente serão incluídas no Cadastro-Geral de Florestas Públicas da União mediante autorização do

Ministério da Defesa. Ao lado disso, as florestas públicas federais plantadas após 2 de março de 2006, não localizadas em áreas de reserva legal ou em unidades de conservação, serão cadastradas mediante consulta ao órgão gestor da respectiva floresta.

O Cadastro-Geral de Florestas Públicas da União é composto por florestas públicas em três estágios: (i) identificação; (ii) delimitação; e (iii) demarcação. No estágio de identificação, constarão polígonos georreferenciados de florestas, plantadas ou naturais, localizadas em terras de domínio da União. No estágio de delimitação, os polígonos de florestas públicas federais serão averbados nas matrículas dos imóveis públicos. No estágio de demarcação, os polígonos das florestas públicas federais serão materializados no campo e os dados georreferenciados serão inseridos no Cadastro-Geral de Florestas Públicas da União. Para os fins do Cadastro-Geral de Florestas Públicas da União, o Serviço Florestal Brasileiro regulamentará cada um dos estágios previstos no caput. Aplica-se às florestas públicas definidas nos incisos I e II do § 2º do artigo 2º do decreto em exame, apenas o estágio de identificação. O Serviço Florestal Brasileiro editará resolução sobre as tipologias e classes de cobertura florestal, por bioma, para fins de identificação das florestas públicas federais. A resolução de que trata o *caput* do artigo 4º do decreto em exame observará as caracterizações das tipologias e classes de cobertura florestal, definidas pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.

O Serviço Florestal Brasileiro manterá no Sistema Nacional de Informações Florestais banco de dados com imagens de satélite e outras formas de sensoriamento remoto que tenham coberto todo o território nacional para o ano de 2006. As florestas públicas identificadas nas tipologias e classes de cobertura florestal, definidas nos termos do art. 4º, serão incluídas no Cadastro-Geral de Florestas Públicas da União, observada a data de vigência da Lei nº 11.284, de 2006. Para fins de recuperação, o Serviço Florestal Brasileiro poderá incluir, no Cadastro-Geral de Florestas Públicas da União, áreas degradadas contidas nos polígonos de florestas públicas federais. O Cadastro-Geral de Florestas

Públicas da União conterà, quando couber, em relação a cada floresta pública, as seguintes informações: (i) dados fundiários, incluindo número de matrícula do imóvel no cartório de registro de imóveis; (ii) Município e Estado de localização; (iii) titular e gestor da floresta pública; (iv) polígono georreferenciado; (v) bioma, tipo e aspectos da cobertura florestal; (vi) referências de estudos associados à floresta pública, que envolvam recursos naturais renováveis e não-renováveis, relativos aos limites da respectiva floresta; (vii) uso e destinação comunitários; (viii) pretensões de posse eventualmente incidentes sobre a floresta pública; (ix) existência de conflitos fundiários ou sociais; (x) atividades desenvolvidas, certificações, normas, atos e contratos administrativos e contratos cíveis incidentes nos limites da floresta pública; e (xi) recomendações de uso formuladas pelo Zoneamento Ecológico-Econômico do Brasil - ZEE e com base no Decreto nº 5.092, de 21 de maio de 2004.

O Serviço Florestal Brasileiro definirá padrões técnicos do Cadastro-Geral de Florestas Públicas da União, observado o código único estabelecido em ato conjunto do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA e da Secretaria da Receita Federal, nos termos do § 3º do art. 1º da Lei nº 5.868, de 12 de dezembro de 1972, de forma a permitir a identificação e o compartilhamento de suas informações com as instituições participantes do Cadastro Nacional de Imóveis Rurais - CNIR, a Secretaria do Patrimônio da União e os Cadastros Estaduais e Municipais de Florestas Públicas. Na definição dos padrões técnicos do Cadastro-Geral de Florestas Públicas da União, deve-se observar, no mínimo, o seguinte: (i) definições e terminologias relativas à identificação da cobertura florestal; (ii) base cartográfica a ser utilizada; (iii) projeções e formato dos dados georreferenciados e tabelas; (iv) informações mínimas do cadastro; (v) meios de garantir a publicidade e o acesso aos dados do cadastro; e (vi) normas e procedimentos de integração das informações com o Sistema Nacional de Cadastro Rural e os cadastros de florestas públicas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. O Serviço Florestal Brasileiro regulamentará os mecanismos para a revisão dos polígonos de florestas públicas para adaptá-los às alterações técnicas, de titularidade ou

àquelas que se fizerem necessárias durante a definição dos lotes de concessão.

As florestas públicas federais não destinadas a manejo florestal ou unidades de conservação ficam impossibilitadas de conversão para uso alternativo do solo, até que sua recomendação de uso pelo ZEE esteja oficializada e a conversão seja plenamente justificada, nos termos do art. 72 da Lei nº 11.284, de 2006. A floresta pública que após 2 de março de 2006 seja irregularmente objeto de desmatamento, exploração econômica ou degradação será incluída ou mantida no Cadastro-Geral de Florestas Públicas da União. A inclusão a que se refere o §1º do artigo 9º dar-se-á quando comprovada a existência de floresta em 2 de março de 2006 em área pública desmatada, explorada economicamente ou degradada. A manutenção a que se refere o §1º do artigo 9º dar-se-á quando a floresta pública constante do Cadastro-Geral de Florestas Públicas da União for irregularmente desmatada, explorada economicamente ou degradada. Para os fins do disposto no *caput* do artigo 9º, o Serviço Florestal Brasileiro publicará e disponibilizará por meio da Internet o mapa da cobertura florestal do Brasil para o ano de 2006.

As atividades de pesquisa envolvendo recursos florestais, recursos naturais não-renováveis e recursos hídricos poderão ser desenvolvidas nas florestas públicas mencionadas no art. 9º, desde que compatível com o disposto no contrato de concessão e com as atividades nele autorizadas, e que contem com autorização expressa dos órgãos competentes. As florestas públicas não incluídas no Cadastro-Geral de Florestas Públicas da União não perdem a proteção conferida pela Lei nº 11.284, de 2006. Sem prejuízo da aplicação de sanções administrativas e penais, cabe ao responsável pelo desmatamento, exploração ou degradação de floresta pública federal, mencionada no § 1º do art. 9º, a recuperação da floresta de forma direta ou indireta, em observância ao § 1º do art. 14 da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. O Cadastro-Geral de Florestas Públicas da União será acessível ao público por meio da Internet. Antes da realização das licitações para concessão florestal, as

florestas públicas, em que serão alocadas as unidades de manejo, quando ocupadas ou utilizadas por comunidades locais, definidas no inciso X do art. 3º da Lei nº 11.284, de 2006, serão identificadas para destinação a essas comunidades, nos termos do art. 6º e 17 da mesma Lei. O Serviço Florestal Brasileiro atuará em conjunto com órgãos responsáveis pela destinação mencionada no *caput* do artigo 14.

As modalidades de destinação às comunidades locais devem ser baseadas no uso sustentável das florestas públicas. O planejamento das dimensões das florestas públicas a serem destinadas à comunidade local, individual ou coletivamente, deve considerar o uso sustentável dos recursos florestais, bem como o beneficiamento dos produtos extraídos, como a principal fonte de sustentabilidade dos beneficiários. O Serviço Florestal Brasileiro elaborará estudos e avaliações técnicas para subsidiar o atendimento do disposto no §1º do artigo 15. Nas florestas públicas destinadas às comunidades locais, a substituição da cobertura vegetal natural por espécies cultiváveis, além de observar o disposto na Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965, e no Decreto nº 5.975, de 30 de novembro de 2006, somente será permitida quando, cumulativamente: (i) houver previsão da substituição da cobertura vegetal no plano de manejo, no plano de desenvolvimento de assentamento ou em outros instrumentos de planejamento pertinentes à modalidade de destinação; e (ii) a área total de substituição não for superior a dez por cento da área total individual ou coletiva e limitado a doze hectares por unidade familiar. A utilização das florestas públicas sob posses de comunidades locais, passíveis de regularização ou regularizadas, observará o disposto no *caput* do artigo 16.

O Serviço Florestal Brasileiro, no âmbito da competência prevista no art. 55 da Lei nº 11.284, de 2006, apoiará a pesquisa e a assistência técnica para o desenvolvimento das atividades florestais pelas comunidades locais, inclusive por meio do Fundo Nacional de Desenvolvimento Florestal - FNDF. Nas Florestas Nacionais, para os fins do disposto no art. 17 da Lei nº 11.284, de 2006, serão formalizados termos de uso, com indicação do respectivo prazo de vigência com as comunidades locais, residentes no

interior e no entorno das unidades de conservação, para a extração dos produtos florestais de uso tradicional e de subsistência, especificando as restrições e a responsabilidade pelo manejo das espécies das quais derivam esses produtos, bem como por eventuais prejuízos ao meio ambiente e à União. São requisitos para a formalização do termo de uso: (i) identificação dos usuários; (ii) estudo técnico que caracterize os usuários como comunidades locais, nos termos do inciso X do art. 3º da Lei nº 11.284, de 2006; e (iii) previsão do uso dos produtos florestais dele constantes e da permanência dos comunitários em zonas de amortecimento, se for o caso, no plano de manejo da unidade de conservação. O PAOF, proposto pelo Serviço Florestal Brasileiro e definido pelo Ministério do Meio Ambiente, conterá a descrição de todas as florestas públicas passíveis de serem submetidas a concessão no ano em que vigorar. Somente serão incluídas no PAOF as florestas públicas devidamente identificadas no Cadastro-Geral de Florestas Públicas da União, nos termos do § 1º do art. 3º, observado o disposto no § 5º do mesmo artigo quanto às florestas públicas definidas no inciso II do § 2º do art. 2º.

O PAOF terá o seguinte conteúdo mínimo: (i) identificação do total de florestas públicas constantes do Cadastro-Geral de Florestas Públicas da União; (ii) área total já submetida a concessões florestais federais e previsão de produção dessas áreas; (iii) identificação da demanda por produtos e serviços florestais; (iv) identificação da oferta de produtos e serviços oriundos do manejo florestal sustentável nas regiões que abranger, incluindo florestas privadas, florestas destinadas às comunidades locais e florestas públicas submetidas à concessão florestal; (v) identificação georreferenciada das florestas públicas federais passíveis de serem submetidas a processo de concessão florestal, durante o período de sua vigência; (vi) identificação georreferenciada das terras indígenas, das unidades de conservação, das áreas destinadas às comunidades locais, áreas prioritárias para recuperação e áreas de interesse para criação de unidades de conservação de proteção integral, que sejam adjacentes às áreas destinadas à concessão florestal federal; (vii) compatibilidade com outras políticas setoriais, conforme previsto no art. 11 da Lei nº 11.284, de 2006;

(viii) descrição da infraestrutura, condições de logística, capacidade de processamento e tecnologia existentes nas regiões por ele abrangidas; (ix) indicação da adoção dos mecanismos de acesso democrático às concessões florestais federais, incluindo: a) regras a serem observadas para a definição das unidades de manejo; b) definição do percentual máximo de área de concessão florestal que um concessionário, individualmente ou em consórcio, poderá deter, relativo à área destinada à concessão florestal pelos PAOF da União vigente e executados nos anos anteriores, nos termos do art. 34, inciso II e parágrafo único, da Lei nº 11.284, de 2006; (x) descrição das atividades previstas para o seu período de vigência, em especial aquelas relacionadas à revisão de contratos, monitoramento, fiscalização e auditorias; e (xi) previsão dos meios necessários para sua implementação, incluindo os recursos humanos e financeiros.

A elaboração do PAOF da União considerará, dentre os instrumentos da política para o meio ambiente, de que trata o art. 11, inciso I, da Lei nº 11.284, de 2006, as recomendações de uso definidas no Decreto nº 5.092, de 2004. Para os fins de consideração das áreas de convergência com as concessões de outros setores, de que trata o art. 11, inciso V, da Lei nº 11.284, de 2006, na elaboração do PAOF da União serão considerados os contratos de concessão, autorizações, licenças e outorgas para mineração, petróleo, gás, estradas, linhas de transmissão, geração de energia, oleodutos, gasodutos e para o uso da água. O PAOF da União será concluído até o dia 31 de julho do ano anterior ao seu período de vigência, em conformidade com os prazos para a elaboração da lei orçamentária anual. Para os fins do disposto no art. 33 da Lei nº 11.284, de 2006, serão definidas unidades de manejo pequenas, médias e grandes, com base em critérios técnicos que atendam às peculiaridades regionais, definidos no PAOF, considerando os seguintes parâmetros: (i) área necessária para completar um ciclo de produção da floresta para os produtos manejados, de acordo com o inciso V do art. 3º da Lei nº 11.284, de 2006; (ii) estrutura, porte e capacidade dos agentes envolvidos na cadeia produtiva.

Para o licenciamento ambiental do uso dos recursos florestais nos lotes ou unidades de manejo, será elaborado o Relatório Ambiental Preliminar - RAP. Para o licenciamento ambiental do manejo florestal, o concessionário submeterá à análise técnica do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA o Plano de Manejo Florestal Sustentável - PMFS, nos termos do art. 19 da Lei nº 4.771, de 1965, e do Decreto nº 5.975, de 2006. Os empreendimentos industriais incidentes nas unidades de manejo e as obras de infra-estrutura não inerentes aos PMFS observarão as normas específicas de licenciamento ambiental. Na elaboração do RAP, será observado um termo de referência, preparado em conjunto pelo IBAMA e pelo Serviço Florestal Brasileiro, com, no mínimo, o seguinte conteúdo: (i) descrição e localização georreferenciada das unidades de manejo; (ii) descrição das características de solo, relevo, tipologia vegetal e classe de cobertura; (iii) descrição da flora e da fauna, inclusive com a indicação daquelas ameaçadas de extinção e endêmicas; (iv) descrição dos recursos hídricos das unidades de manejo; (v) resultados do inventário florestal; (vi) descrição da área do entorno; (vii) caracterização e descrição das áreas de uso comunitário, unidades de conservação, áreas prioritárias para a conservação, terras indígenas e áreas quilombolas adjacentes às unidades de manejo; (viii) identificação dos potenciais impactos ambientais e sociais e ações para prevenção e mitigação dos impactos negativos; e (ix) recomendações de condicionantes para execução de atividades de manejo florestal.

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 26 ago. 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 26 ago. 2015.

_____. **Lei nº 9.985, de 18 de Julho de 2000.** Regulamenta o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 26 ago. 2015.

_____. **Lei nº 11.284, de 02 de março de 2006.** Dispõe sobre a gestão de florestas públicas para a produção sustentável; institui, na estrutura do Ministério do Meio Ambiente, o Serviço Florestal Brasileiro - SFB; cria o Fundo Nacional de Desenvolvimento Florestal - FNDF; altera as Leis nºs 10.683, de 28 de maio de 2003, 5.868, de 12 de dezembro de 1972, 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, 4.771, de 15 de setembro de 1965, 6.938, de 31 de agosto de 1981, e 6.015, de 31 de dezembro de 1973; e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 26 ago. 2015.

_____. **Ministério do Meio Ambiente.** Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/biomas/caatinga>>. Acesso em 26 ago. 2015.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 26 ago. 2015.

_____. **Tribunal Regional Federal da Segunda Região.** Disponível em: <www.trf2.jus.br>. Acesso em 26 ago. 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, ano 5, n. 968. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br>>. Acesso em 26 ago. 2015.

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

MINAS GERAIS (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em 26 ago. 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 26 ago. 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 26 ago. 2015.

NOTAS:

[1] VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 26 ago. 2015.

[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 26 ago. 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 26 ago. 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 26 ago. 2015.

[7] BRASIL. **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 26 ago. 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 26 ago. 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 N° 4.029/AM. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Federal N° 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 26 ago. 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 26 ago. 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] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense Nº 2.895/98) - Legislação Estadual que, pertinente a exposições e a competições entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa - Diploma Legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga - Crime Ambiental (Lei Nº 9.605/98, ART. 32) - Meio Ambiente - Direito à preservação de sua integridade (CF, Art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Proteção constitucional da fauna (CF, Art. 225, § 1º, VII) - Descaracterização da briga de galo como manifestação cultural - Reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Estadual impugnada - Ação Direta procedente. Legislação Estadual que autoriza a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes -

Norma que institucionaliza a prática de crueldade contra a fauna – Inconstitucionalidade. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 26 mai. 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 26 ago. 2015.

[16] BRASIL. **Lei Nº. 9.985, de 18 de Julho de 2000.** Regulamenta o art. 225, §1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 26 ago. 2015

[17] FIORILLO, 2012, p. 78.

[18] REBELLO FILHO, Wanderley; BERNARDO, Christianne. **Guia prático de direito ambiental.** Rio de Janeiro: Editora Lumen, 1998, p. 19.

[19] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 26 ago. 2015.

[20] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão proferido na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 3.540. 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 - Necessidade de impedir que a transgressão a esse direito faça irromper, no seio da coletividade, conflitos intergeracionais – Espaços territoriais especialmente protegidos (CF, art. 225, §1º, III) - Alteração e supressão do regime jurídico a eles pertinente - Medidas sujeitas ao princípio constitucional da reserva de lei - Supressão de vegetação em área de preservação permanente - Possibilidade de a administração pública, cumpridas as exigências legais, autorizar, licenciar ou permitir obras e/ou atividades nos espaços territoriais protegidos, desde que respeitada, quanto a estes, a integridade dos atributos justificadores do regime de proteção especial -Relações entre economia (CF, art. 3º, II, c/c o art. 170, VI) e ecologia (CF, art. 225) - Colisão de direitos fundamentais - Critérios de superação desse estado de tensão entre valores constitucionais relevantes – Os direitos básicos da pessoa humana e as sucessivas gerações

(fases ou dimensões) de direitos (RTJ164/158, 160-161) - A questão da precedência do direito à preservação do meio ambiente: uma limitação constitucional explícita à atividade econômica (CF, art.170, VI) - Decisão não referendada – Consequente indeferimento do pedido de medida cautelar. A preservação da integridade do meio ambiente: expressão constitucional de um direito fundamental que assiste à generalidade das pessoas. - Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de um típico direito de terceira geração (oude novíssima dimensão), que assiste a todo o gênero humano (RTJ 158/205-206). Incumbe, ao Estado e à própria coletividade, a especial obrigação de defender e preservar, em benefício das presentes e futuras gerações, esse direito de titularidade coletiva e de caráter transindividual (RTJ 164/158-161). O adimplemento desse encargo, que é irrenunciável, representa a garantia de que não se instaurarão, no seio da coletividade, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade, que a todos se impõe, na proteção desse bem essencial de uso comum das pessoas em geral. Doutrina. A atividade econômica não pode ser exercida em desarmonia com os princípios destinados a tornar efetiva a proteção ao meio ambiente. - A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a "defesa do meio ambiente"(CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. Doutrina. Os instrumentos jurídicos de caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, oque provocaria inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem- estar da população, além de causar graves danos ecológico são patrimônio ambiental considerado este em seu aspecto físico ou natural. A questão do desenvolvimento nacional (CF, art. 3º, II) e a necessidade de preservação da integridade do meio ambiente (CF, art. 225): O princípio do desenvolvimento sustentável como fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia. - O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado

brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações. O art. 4º do Código Florestal e a Medida Provisória Nº 2.166-67/2001: Um avanço expressivo na tutela das áreas de preservação permanente. -A Medida Provisória nº 2.166-67, de 24/08/2001, na parte em que introduziu significativas alterações no art.4º do Código Florestal, longe de comprometer os valores constitucionais consagrados no art. 225 da Lei Fundamental, estabeleceu, ao contrário, mecanismos que permitem um real controle, pelo Estado, das atividades desenvolvidas no âmbito das áreas de preservação permanente, em ordem a impedir ações predatórias e lesivas ao patrimônio ambiental, cuja situação de maior vulnerabilidade reclama proteção mais intensa, agora propiciada, de modo adequado e compatível com o texto constitucional, pelo diploma normativo em questão. - Somente a alteração e a supressão do regime jurídico pertinente aos espaços territoriais especialmente protegidos qualificam-se, por efeito da cláusula inscrita no art. 225, § 1º, III, da Constituição, como matérias sujeitas ao princípio da reserva legal. - É lícito ao Poder Público - qualquer que seja a dimensão institucional em que se posicione na estrutura federativa (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) - autorizar, licenciar ou permitir a execução de obras e/ou a realização de serviços no âmbito dos espaços territoriais especialmente protegidos, desde que, além de observadas as restrições, limitações e exigências abstratamente estabelecidas em lei, não resulte comprometida a integridade dos atributos que justificaram, quanto a tais territórios, a instituição de regime jurídico de proteção especial (CF, art. 225, § 1º, III). Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 01 set. 2005. Publicado no DJe em 03 fev. 2006, p.14. Disponível em: .Acesso em 26 ago. 2015.



Universidade

Estadual de Londrina

MURILO MATURANA

**TRANSTORNO DA PERSONALIDADE ANTISSOCIAL E A
PSICOPATIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Londrina - PR

2014

MURILO MATURANA

TRANSTORNO DA PERSONALIDADE ANTISSOCIAL E A
PSICOPATIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Trabalho apresentado ao Departamento de Direito Público do Curso de Direito da Universidade Estadual de Londrina como pré-requisito para o título de bacharelado. Professora Ms. Elizabeth Nadalin.

LONDRINA

2014

MURILO MATURANA

**TRANSTORNO DA PERSONALIDADE ANTISSOCIAL E A
PSICOPATIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Trabalho apresentado ao Departamento de Direito Público do Curso de Direito da Universidade Estadual de Londrina como pré-requisito para o título de bacharelado. Professora Ms. Elizabeth Nadalin.

BANCA EXAMINADORA

Professor Orientador: Elizabeth Nadalin

Universidade Estadual de Londrina

Professora Rossana Helena Karatzios

Universidade Estadual de Londrina

Professor José Carlos Cogo Milanez

Universidade Estadual de Londrina

Londrina, ___ de _____ de 2014.

*A todos aqueles estudiosos que se debruçaram
sobre o tema e graças as suas pesquisas foi
possível a presente análise jurídica desta
enfermidade tormentosa à vida em
sociedade.*

AGREDECIMENTOS

Em primeiro lugar a todos aqueles que direta ou indiretamente contribuíram para a construção deste trabalho.

Em seguida, sem menor mérito, a professora Elizabeth Nadalin por sua compreensão e atenção com o presente trabalho.

A professora Patrícia Siqueira, aos colegas William Fernandes Rabello e Bruno Cesar Tazima pelo apoio moral e material, sem contar nossas produtivas discussões sobre o tema.

Aos meus familiares por fazerem parte da minha vida e me apoiarem nesta jornada.

“É melhor correr o risco de salvar um homem culpado do que condenar um inocente”

Voltaire

MATURANA, Murilo. **Transtorno da Personalidade Antissocial e Psicopatia no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. p. 76. 2014. Monografia (Bacharelado em direito) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2014.

RESUMO

O trabalho analisou sob o ponto de vista jurídico os reflexos do Transtorno da Personalidade Antissocial e sua forma mais grave, a Psicopatia. Procurou entender e explicar o porquê da divergência doutrinária e midiática em relação à nomenclatura, as formas de se diagnosticar, as principais características, as prováveis causas e o tratamento adequado a esta enfermidade. Para tanto, foi necessário abordar o conceito de crime e sociedade, analisar a essência da conduta desviada, se é o ser ou a sociedade a responsável pela normatização. Uma vez estabelecido os conceitos da tríade fato típico, antijurídico e culpável foi possível estabelecer parâmetros mínimos para a atuação punitiva do Estado. Assim, a categoria dos enfermos mentais criminosos não recebe pena no seu sentido estrito, mas tratamento médico, sendo este o cerne do trabalho. Constatamos existir desvio mental ou problema na sanidade destes enfermos e por isso, se apontou por meio da revisão literária os diversos posicionamentos a respeito da imputabilidade desta espécie de criminoso e as possibilidades de atuação Estatal.

Palavras-chave: Transtorno da Personalidade Antissocial. Psicopatia. Imputabilidade. Consequências Jurídicas.

MATURANA, Murilo. **Antisocial Personality Disorder and Psychopathy in the Brazilian Legal System**. 76 f. 2014. Monograph (Bachelor in Law) - State University of Londrina, Londrina, 2014.

ABSTRACT

The study analyzed under the legal point of view the reflections of Antisocial Personality Disorder and its more severe form, Psychopathy. Sought to understand and explain why the media and doctrinal disagreement regarding nomenclature, the ways to diagnose the main features, likely causes and appropriate treatment of this disease. Therefore, it was necessary to address the concept of crime and society, analyze the essence of conduct diverted if the being or society responsible for standardization. Once the concepts of the triad typical fact, antijurídico and culpable established was possible to establish minimum standards for punitive state action. Thus, the category of mentally ill offenders do not receive punishment in the strict sense, but medical treatment, which is the core of the work. We note there is deviation or mental health problem in these sick and so if pointed through the literature review the various positions regarding this kind of criminal liability and the scope of State action.

Key-Words: Antisocial Personality Disorder. Psychopathy. Liability. Legal Consequences.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

FIGURA 1: Modelo Kleinman/Good	25
FIGURA 2: Representação esquemática dos processos envolvidos na neurotransmissão serotoninérgica.....	56
FIGURA 3: Alguns tipos de onda de EEG registro em (d) mostra alfa sendo bloqueadas no ponto S, e sendo temporariamente substituída por ondas betas	57

LISTA DE TABELAS

TABELA 1: Subdivisões dos grupos do universo psíquico	29
TABELA 2: Síntese das funções psíquicas complexas	29

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 O CRIME NO BRASIL	13
1.1 DA CONCEPÇÃO DE DIREITO PENAL	13
1.2 FATO TÍPICO, ANTIJURÍDICO E CULPÁVEL	17
2 IMPUTABILIDADE, INIMPUTABILIDADE E SEMI-IMPUTABILIDADE	21
2.1 IMPUTABILIDADE	21
2.2 INIMPUTABILIDADE	22
2.2.1 Saúde Mental.....	23
2.3 SEMI-IMPUTABILIDADE	27
2.3.1 Capacidade em Entender e Determinar-se	28
2.4 TRANSTORNO DA PERSONALIDADE ANTISSOCIAL, PSICOPATIA E IMPUTABILIDADE	30
3 SANÇÃO PENAL	37
3.1 SISTEMA BRASILEIRO DAS PENAS	37
3.2 PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE	37
3.3 MEDIDA DE SEGURANÇA	38
4 TRANSTORNO DA PERSONALIDADE ANTISSOCIAL E PSICOPATIA	47
4.1 CARACTERÍSTICAS DA DOENÇA	49
4.2 ORIGEM.....	52
4.3 TRATAMENTO MÉDICO E JURÍDICO	58
CONSIDERAÇÕES FINAIS	63
REFERÊNCIAS	65
ANEXOS	69
ANEXO A: ENTREVISTA DA BBC BRASIL A JAMES FALLON	69
ANEXO B: CASO ANTONIO.....	71

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por finalidade analisar o tratamento diferido no sistema jurídico brasileiro aos portadores do Transtorno da Personalidade Antissocial e a Psicopatia, também conhecidos como personalidade psicopática, sociopatia, condutopatia e seus portadores como loucos, assassinos em série, lunáticos, facínoras, entre outras nomenclaturas.

Para entender a complexidade desta abordagem foi preciso retroceder aos pilares do Direito Penal, dentre eles conceitos básicos de crime e sociedade, inclusive a sua ligação com as demais ciências. Entender a função de um e de outro, principalmente, compreender a sua mútua influência, para então, diagnosticar, desta forma, o que seria uma conduta desviada, inaceitável, repudiada.

Naturalmente, ao longo do trabalho, concebeu-se o crime como a união dos seguintes fatores: o fato típico, antijurídico e culpável. Nesta divisão, conhecida como tripartida, o crime só existirá com a presença dos três elementos, a falta de um deles, impediria, por si só, a clássica punição do infrator.

Logo, nos leva a questionar se estaria completa a tríade do crime quando um portador do TPA ou Psicopatia comete um delito. Dar uma resposta dicotômica aparentemente é algo simples a ser feito, no entanto, o verdadeiro problema se encontra no cerne da culpabilidade, a imputabilidade.

Superada esta etapa, outro desafio é determinar o tratamento ideal para eles, se pena ou amparo médico. Os grandes doutrinadores alertaram para a relevância do tema e a sua recorrência no seio social, mais do que isto, a necessidade pública em lidar com estes enfermos. Psiquiatras e outros especialistas no tema revelaram dados alarmantes a respeito do transtorno, de que ao menos um por cento da população mundial sofre deste mal e a sua forte ligação com as práticas delituosas, razão a qual, notou-se elevados índices da enfermidade na população carcerária.

Este criminoso muitas vezes é considerado louco, sem compaixão e mau por natureza, considerados pela população como anormais, uma espécie de praga social a ser aniquilada. Para piorar, os enfermos conseguem esconder muito bem e por prolongado tempo as suas feições violentas em alguns casos, o que dá sentido ao título da obra de Cleckey

(1976) “Mask of Sanity” (a máscara da sanidade). Na maior parte do tempo os psicopatas não apresentam a dita loucura, ludibriam suas vítimas com facilidade, com imagens agradáveis e de aparente confiança.

No Brasil só serão considerados inimputáveis aqueles inaptos a entender a ilicitude da sua conduta ou de se autodeterminar de acordo com este entendimento, conseqüentemente, não receberam pena no seu sentido tradicional. O que implica na famosa figura da absolvição imprópria, haja vista que, os assim declarados, serão forçados a cumprir a medida de segurança, a qual será de internação em hospital de custódia ou tratamento ambulatorial, de acordo com a gravidade do delito.

Os estudos apontaram para os mais variados posicionamentos, resumidamente em três vertentes dentro do quesito culpabilidade: na imputabilidade, na imputabilidade diminuída e na inimputabilidade. Se considerarmos este indivíduo imputável, a pena pode não ter o seu caráter ressocializador, logo que, os portadores do TPA e da Psicopatia possuem dificuldades em se adaptar as normas sociais, não compreenderiam assim a finalidade da pena, tão pouco, aprenderiam com seus erros em um ambiente carcerário como o brasileiro. Se o considerarmos inimputável ou semi-imputável poderemos nos deparar com a figura da prisão perpétua ou um tratamento ineficaz.

Portanto, o trabalho analisará quanto esta doença pode influenciar na autodeterminação e na compreensão do enfermo, as suas nomenclaturas, origens e o mais próximo de uma solução médica e jurídica condescendente com os valores constitucionalmente estabelecidos em nosso país buscando não ferir, como atualmente o faz ou propositalmente deixa de zelar e a proteção da sociedade. Uma coisa é certa quando se trata de um criminoso psicopata, ele se encaixa perfeitamente na descrição de Thomas Hobbes “Lupus est homo homini non homo”.

1 O CRIME NO BRASIL

1.1 DA CONCEPÇÃO DE DIREITO PENAL

Nilo Batista afirma que todo tratado jurídico penal brasileiro inicia-se com observações a respeito da sociedade e do direito, muitas vezes estes tratados circundam sob a tese de a sociedade não prescindir de normatividade. Reforça em contrariedade a este posicionamento, com as palavras de Mirabete (1980) o seu posicionamento “das sociedades pré-letradas até às pós-industriais, os homens movem-se dentro de sistemas de regras” (apud BATISTA, 2005, p.17). Por esta razão, exalta os ensinamentos de Mialle cuja doutrinação é a negação do direito a-histórico, do seu surgimento espontâneo e desvencilhado do contexto histórico.

Tobias Barreto, por sua vez, concebia o direito como “[...] algo não *revelado* ao homem [...] nem *descoberto* por sua razão, [...] mas sim produzido pelo agrupamento humano e pelas condições concretas em que esse grupamento se estrutura e se reproduz [...]”. (1892, apud BATISTA, 2005, p. 18).

No mesmo sentido o posicionamento de Miguel Reale Júnior (2000, p. 17) o direito é “O sistema de valores que preside o modo de ser, ou seja, a unidade espiritual que constitui a realidade cultural, transmite-se de geração em geração, sofrendo mutações contínuas” e Bagolini (1951) “os conceitos de jurídicos e os conceitos do justo são de natureza prevalentemente histórico-cultural, ancorados que estão ao terreno cultural que os condiciona, na sua função e aplicação”. (apud REALE JÚNIOR, 2000, p. 19).

Segundo Heitor Piedade Júnior (1982) todo grupo humano possui regras para sobrevivência, quando essas regras comportamentais são quebradas o homem se vê em um impasse para solucionar essa contradição, surgindo assim a figura da pena.

Enquanto o Direito visa a proteção da coletividade o Direito Penal “[...] protege não a coletividade, mas o indivíduo que contra ela se levantou”. (LISZT, 1905, apud ROXIN, 2002, p. 3). Sendo a finalidade do Direito Penal evitar que “[...] prorrompa a guerra de todos contra todos” (LISTZ apud BATISTA, 2002, p. 20), garantindo as condições de vida da sociedade. Para construir e sustentar este código é preciso submeter os indivíduos a ele. (MARACAIBO, 1987, BATISTA, 2002).

Neste diapasão, Heitor Piedade Júnior (1982, p.36), a razão de existir do direito estatal de punir é a sua própria fonte de poder, este agirá em sua conformidade, ou seja, os

comportamentos desviantes serão coagidos para aderir à uniformidade social. Explica o papel do direito e do próprio direito criminal da seguinte forma:

A sociedade como um fato natural determinado pela necessidade que tem o homem de seus semelhantes, estabelece as normas de organização e as normas de comportamentos; e o direito criminal criou as sanções, ou a especialidade das medidas que conseguem a realização do direito punitivo ante a categoria praticamente infinita dos comportamentos desviantes.

De acordo com Foucault (1977, p. 83) houve na história um momento em que “O direito de punir deslocou-se da vingança do soberano à defesa da sociedade”, neste entendimento a punição existe para servir na proteção da sociedade e cada membro dela.

Pelo exposto, nos resta explanar a respeito da construção de um código penal, nas doutrinações de Paulo Vinicius Sporleder de Souza (2001), toda normatividade é prescindida e construída com base na ciência criminal composta da Política Criminal, do Direito Penal e da Criminologia, cada qual exercerá um papel relevante na elaboração de qualquer lei criminal.

No Brasil, um país democrático, no qual suas leis se formam a partir das deliberações da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e da união de ambas, representaria, em tese, a ideologia de todos os setores da sociedade. Nestes órgãos ocorre a Política Criminal, sendo ela definida pelo “[...] o conjunto de atividades desenvolvidas pelo Estado para a consecução dos fins que ele tenha determinado em relação ao fenômeno delitivo ou os comportamentos desviantes” (GOMEZ, 1996 apud SOUZA, 2001, p. 29).

Na visão de Luiz Regis Prado (2011, p.72) “A política criminal objetiva, primordialmente, a análise crítica (metajurídica) do direito posto, no sentido de bem ajustá-lo aos ideais jurídico-penais e de justiça”, citando Delmas-Marty, a política criminal seria a reação social, através de procedimentos, ao fenômeno criminal.

Esta reação social, na escolha do que proteger, é chamada por Rogério Greco (2013, p. 4) de seleção de bens-jurídicos penais, no Brasil, constam na sua maior parte inseridos na Constituição Federal, esta por sua vez, exerce duplo papel:

Se de um lado orienta o legislador, elegendo valores considerados indispensáveis a manutenção da sociedade, por outro, segundo a concepção garantista do Direito Penal, impede que este mesmo legislador, com uma suposta finalidade protetiva de bens, proíba ou imponha determinados comportamentos, violadores de direitos fundamentais atribuídos a toda pessoa humana, também consagrados pela Constituição.

Litsz afirma “O direito penal é a barreira intransponível da política criminal”, enquanto a política é o combate ao crime, o direito penal é a proteção individual contra o Estado Leviatã. (1905, apud ROXIN, 2002, p. 1).

Portanto, a Política Criminal consiste na eleição de valores e bens jurídicos a serem protegidos com condutas proscritas. Com o resultado da elaboração pena surge um sistema penal, mais conhecido como a dogmática penal.

É válido lembrar o magistério de Nilo Batista (2002) a respeito da diferença entre direito penal e sistema penal, enquanto o primeiro refere-se ao arcabouço normativo o segundo faz menção à estrutura ligada ao primeiro, para promover a sua efetividade, ou seja, para aplicar o direito penal é necessário existir uma instituição policial, judicial e penitenciária bem como as demais normas.

No que tange a dogmática, segundo Gómez “a dogmática penal tem suas origens no positivismo jurídico e toma como objeto de sua análise o Direito Positivo”. A sua finalidade é interpretar a norma sistematicamente, elaborar um sistema. (1996, apud SOUZA, 2001, p. 27). É o trabalho legislativo que transforma uma conduta em norma jurídica e a classifica como ilícita estabelecendo uma série de consequências com a sua concretização. (BATISTA, 2005). A ideia de codificação está ligada a máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege*, sendo esta a garantia do cidadão contra as arbitrariedades praticadas pelo Estado.

Basicamente, a construção de uma lei criminal se dá pela elaboração de normas “dever-ser”, quando houver seu descumprimento haverá uma pena. Como dito anteriormente, o Direito Penal busca seus fundamentos na própria sociedade, é ele o meio de restabelecimento da ordem. Então a pena será executada pelo Estado com fim em atender “[...] de maneira imediata e prevalecente, a um interesse de caráter geral” (REALE, 1973, apud BATISTA, 2005, p. 52).

Exatamente neste ponto a relevante influência da criminologia cuja atividade consiste na “[...] análise da conduta antissocial, de pesquisa das causas geradoras do delito e do efetivo estudo e tratamento do criminoso [...]”. A criminologia é uma ciência, incumbida de conhecer o criminoso e combater a criminalidade, Israel Drapkin leciona ser a criminologia, inclusive, uma ciência que analisa o crime de uma perspectiva de fato biopsicossocial. (apud FERNANDES; FERNANDES; 2012, p. 31).

Deste modo ela faz uso de diversas outras ciências, visando prevenir o crime e compreender a sociedade. Uma questão interessante é saber se a criminalidade advém do homem ou da sociedade, bem destacado por Juarez Cirino e Nilo Batista (2006; 2005), se observa atualmente no modelo capitalista o excessivo positivismo, o domínio de uma classe

sobre os meios de produção e naturalmente, exercendo influência em todos os demais ramos da sociedade, seja ele político quanto cultural, como resultado deste monopólio é fácil analisar a proteção de certos bens jurídicos em oposição a outros.

Por isso, a criminologia acaba por ser uma ferramenta para justificar o atual Direito Penal, assim, “as teorias conservadoras caracteriza-se pela descrição da organização social: a ordem estabelecida (status quo) é o parâmetro para o estudo do comportamento criminoso ou desviante [...] A ideologia das teorias conservadoras é essencialmente repressiva [...]” (CIRINO, 2006, p. 3). Tanto é relevante este posicionamento que se faz necessário reproduzir o enxerto da obra de Nilo Batista (2005, p. 36) a respeito do sistema de privação da liberdade:

É ilustrativo perceber a influência do fracasso da pena privativa de liberdade em concretas propostas de política criminal. Há um século, von Liszt preconizava a suspensão condicional, substitutivos de caráter pedagógico para criminosos jovens [...] Assim se entende Fragoso: uma política criminal moderna orienta-se no sentido da descriminalização e da desjudicialização, ou seja, no sentido de contrariar ao máximo o sistema punitivo do Estado [...].

Com o devido respeito aos grandes mestres, a “superestrutura” não é a culpada pela “criminalidade” humana, o crime, acima de tudo, é um fato social como disse Emile Durkheim, principalmente porque em estado selvagem não há que se falar em crime, justamente por não existir um valor social ou valores normatizados em qualquer forma, reforçando o que foi dito as palavras de Oscar Mellin Filho (2011):

Além disso, verifica-se que o crime não tende a desaparecer. Em sociedades mais complexas, caracterizadas pelo que Durkheim chama de solidariedade orgânica, bem ao contrário, parece aumentar. Portanto, não pode o crime ser equiparado a uma doença ou a um mal excepcional, mas sim a algo que faz parte da sociedade, o que impede de cogitar-se de anormalidade. O crime constitui, assim, um fato social normal, que chega a ser definido pelo sociólogo francês como “um fator da saúde pública, uma parte integrante de toda sociedade sadia”. Só se poderia cogitar da anormalidade do crime caso atingisse índice muito exagerado. Durkheim, porém, não arrisca uma delimitação do que poderia constituir o excesso patológico nas taxas de criminalidade verificadas em cada sociedade.

Resumidamente, a criminologia se usará de todas as ciências para entender de onde surgiu o crime, a sua finalidade, o porquê de sua existência, a sua continuidade, a influência do meio, da educação, do Estado no seu cometimento o tratamento e tantas outras perguntas, com uma meta básica: prevenir o crime.

Portanto, seguindo esta linha de raciocínio a respeito do que seria considerado direito e justo para os respectivos autores, sendo bem sucedida à análise da significância do conceito crime também será a análise da sociedade e da sua valoração implicando na

compreensão da finalidade deste suposto sistema penal, poderia ser ele conforme a pena, retributivo, repressivo ou preventivo, todos visando à correta destinação do comportamento delincente, sem dúvidas o Brasil, por adotar o sistema progressivo, acabou abarcando todas as finalidades da pena (DAMÁSIO, 2011).

1.2 FATO TÍPICO, ANTIJURÍDICO E CULPÁVEL

Apesar das discussões quanto ao melhor sistema para caracterização do crime, o Direito Penal abandonou o sistema bipartite, ou teoria naturalista-causal, do código de 1940 e adotou, com a reforma de 1984, a teoria tripartite ou finalista da ação, teoria da qual são elementos do crime o fato típico, antijurídico e a culpabilidade.

Com relação à aceção jurídica de crime no Brasil, tem-se na Lei de Introdução ao Código Penal a sua definição inicial:

Art. 1º Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

Sendo assim, pode-se depreender por crime toda infração cominada em pena de reclusão legalmente instituída, inclusive no “caput” do artigo 1º, existem dois tipos de infração, o crime ou delito, propriamente dito, e as contravenções penais cuja penalidade conscreve-se em prisão simples ou multa. De maneira simplória, será crime o que a lei positivar, para entender melhor o conceito de crime é inevitável à consulta a doutrina.

Nas palavras de Damásio de Jesus (2011, p. 195) “Para que haja crime é preciso, em primeiro lugar, uma conduta humana positiva e negativa (ação e omissão). Mas nem todo comportamento constitui delito”. Portanto, é crime aquilo que além de definido em lei nasce de uma conduta humana de agir ou deixar de agir contrária aos interesses sociais. Esta conduta materializada é concebida no mundo jurídico com o nome de fato típico. Logo, o Estado somente atuará quando concretizada a conduta pactuada em um código, que por sua vez, fora legalmente instituído, esta garantia é chamada de princípio da legalidade.

O legislador reconhecendo a importância deste princípio, o elencou dentre as garantias individuais, razão a qual o torna direito indisponível e intocável a mudanças supressoras (cláusula pétrea), Constituição Federal, artigo 5ª, inciso XXXI: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Sendo este o enunciado de fato típico, conforme os ensinamentos de Damásio de Jesus (2011, p. 196), “fato típico é o

comportamento humano (positivo ou negativo) que provoca um resultado (em regra) e é previsto na lei penal como infração”.

Em síntese, para Victor Eduardo Rios Gonçalves (2003), além de uma descrição de conduta e resultado, o fato típico é uma norma que descreve condutas criminosas em abstrato, o tipo penal consistiria em uma conduta proibida na vida social. Para concluir, nas palavras de Damásio de Jesus (2011, p. 197), são elementos formadores do fato típico: “a conduta humana dolosa ou culposa, o resultado, o nexo de causalidade e o enquadramento do fato material a uma norma penal incriminadora”.

Naturalmente, ao idealizar o direito não se pode dissociá-lo da ideia de um modelo de justo e desejável, de conduta a ser adotada pelos pares, por sua vez, no direito penal, a definição seria oposta, já que este código coleciona uma série de modelos de condutas injustas e reprováveis.

Todavia, para definir o justo antes é preciso uma base principiológica e mandamental, da qual se podem valorar os direitos e até certo ponto dar-lhes hierarquia, nas palavras de Sauer (1956) define-se antijuridicidade (apud REALE JÚNIOR 2000, p. 43):

A antijuridicidade, como nocividade social, é objetivamente expressa pelo tipo, que deforma a realidade. A valorização não se refere à conduta singular, que cabe ao juiz examinar, mas à tendência geral de uma conduta generalizada, formalizada no tipo, sendo a antijuridicidade a tendência danosa de uma conduta.

Em outras palavras, procura-se dar àquela conduta social um caráter universal de reprovabilidade, no qual, independente do contexto seja inaceitável e prejudicial à sociedade. Reforçando este posicionamento, Luiz Regis Prado (2011, p. 435), para o ordenamento brasileiro será injusto o tipo penal que não possua causas de justificação ou discriminantes de ilicitude “[...] Tem-se, pois, que a existência de uma causa justificante faz da ação típica lícita ou permitida”.

Está inscrito no artigo 23 do Código Penal: “Não há crime quando o agente pratica o fato: I- em estado de necessidade; II- em legítima defesa; III- no estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular do direito”. Assim, existindo conflito entre direitos, poderá o tipo penal descrito ser considerado irrelevante, a ponto de não merecer punição no sistema jurídico penal. Com esta noção dos dois primeiros elementos formadores do entendimento de crime, caminha-se para análise do último elemento a culpabilidade.

Cezar Roberto Bitencourt (2011, p. 405) enfatiza a necessidade de elucidações preliminares a culpabilidade, logo que, no Direito Penal se pode atribuir a ela três sentidos. No primeiro a culpabilidade é a noção de fundamento da pena, no segundo como limitador

quantitativo da pena, por fim, o terceiro sentido visto como princípio, impedindo a simples responsabilização objetiva pelos danos causados. E a sua definição de culpabilidade é:

A culpabilidade, por sua vez, não se esgota nessa relação de desconformidade entre ação e ordem jurídica, mas, ao contrário, a reprovação pessoal contra o agente do fato fundamenta-se na não omissão da ação contrária ao Direito ainda e quando podia havê-la omitido, pois dele se esperava uma motivação concorde com a norma legal. A essência da culpabilidade reside nesse ‘poder em lugar de...’, isto é, no ‘poder de agir de outro modo’ [...].

Com relação à teoria adotada pelo Código Penal, pelos ensinamentos de Capez (2012), adota-se a teoria limitada da culpabilidade. Esta teoria é uma derivação da teoria normativa pura da culpabilidade, reformando o entendimento quanto à valoração do erro de fato, sendo este um erro de tipo, enquanto que o erro de proibição é incidente sobre a existência ou os limites de justificação de uma causa. A teoria normativa pura, por sua vez, “[...] retira o dolo da culpabilidade e o coloca no tipo penal” este é o entendimento de Damásio de Jesus (2011, p. 505), continua o autor, a culpabilidade segundo a doutrina tradicional é o liame subjetivo entre o autor e o resultado.

Neste sentido Maggiore (1949), “a culpabilidade constitui, assim como a antijuridicidade, um juízo de valor. A antijuridicidade é um juízo de valor sobre o aspecto exterior, a ação, a culpabilidade, um juízo de valor acerca do aspecto interior, a vontade”. Fechando a linha de raciocínio da seguinte forma: “A culpabilidade compreende a ação e a antijuridicidade, acrescentando-se lhes um novo elemento: o conhecimento de ambas” (apud REALE JÚNIOR 2000, p. 139).

O Código Penal traz como elementos da culpabilidade a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa.

Imputabilidade compreende-se pela “capacidade em entender o caráter ilícito do fato e determinar-se de acordo com esse entendimento”. (CAPEZ, 2011, p. 332).

A consciência da ilicitude depreende-se do conhecimento e perfeita compreensão do autor do fato típico, da sua existência e de sua ilicitude (BITENCOURT, 2011).

A exigibilidade de conduta diversa se resume na existência de “[...] casos em que se acha fortemente atenuada a possibilidade de agir conforme a norma. Daí a inexigibilidade de comportamento de acordo com o direito” (PRADO, 2011, p. 485).

Por fim, Francisco Bueno Arús defende “[...] o crime seja insuscetível de fragmentação, pois que é um todo unitário [...]” o que implica ser o conceito de crime compreendido apenas no seu todo, na forma unitária. (2005, apud GRECO 2013, p. 135-139).

Existindo a prática de uma conduta descrita na lei, a qual não se justifique segundo o justo no ordenamento e sendo o agente capaz de entender as consequências dos seus atos e determinar-se de acordo com eles, poderá, só assim, o Estado intervir coagindo o agente a reparar o dano causado a sociedade.

2 IMPUTABILIDADE, INIMPUTABILIDADE E SEMI-IMPUTABILIDADE

2.1 IMPUTABILIDADE

Em poucas palavras a imputabilidade, consistiria na aptidão em ser culpável, pela teoria finalista da culpabilidade de Welzel (1970), sendo dois os momentos desta capacidade a cognição da ação e o momento volitivo. Logo, o agente da conduta delituosa para ser culpável deverá compreender a ilicitude ou injustiça de sua ação bem como ter o controle sobre seus atos ou o poder de autodeterminação (apud BITENCOURT, 2011). Interessante é a fundamentação dada à imputabilidade por Damásio de Jesus (2011, p. 514):

De acordo com a teoria da imputabilidade moral, o homem é ser inteligente e livre e por isso responsável pelos atos praticados. Inversamente quem não tem esses atributos é inimputável. Sendo livre, tem condições de escolher o bem e o mal. Escolhendo conduta que lesa interesses jurídicos alheios, deve sofrer as consequências de seu comportamento.

De certa forma existirá uma abstração, uma dificuldade em conhecer a razão de agir e entender do agente de qualquer infração criminosa, os fatores exógenos e determinar os limites da inteligência, o que, sem dúvidas, acrescenta ao direito à necessidade de trabalhar com outras ciências.

Em vista disto, no próprio Código Penal a imputabilidade vem definida pelo seu oposto, a inimputabilidade, este é o dispositivo do artigo 26:

É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Pois bem, para o diploma legal são excludentes da imputabilidade a doença mental, o desenvolvimento mental incompleto, desenvolvimento mental retardado e embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, todas as hipóteses do “caput” não encontram definição direta no próprio diploma, logo que, é um campo vasto a ser descrito.

Ademais, fica evidente o uso da conjunção alternativa “ou” no artigo supracitado, não só compreender a ilicitude do fato, também afastaria a culpabilidade a possibilidade do agente não ter o poder de se autodeterminar.

Ilustrando o exposto, o exemplo retirado da obra de Fernando Capez (2011), do usuário de entorpecentes, apesar de entender as normas penais, executa repetidas vezes furtos

no intuito de obter dinheiro para poder consumir o tóxico, ainda que conhecedor da ilicitude da sua conduta, não possui autocontrole, se tornando escravo da vontade.

2.2 INIMPUTABILIDADE

A doutrina comumente divide a inimputabilidade em razão de três sistemas, são eles o critério biológico, psicológico e biopsicológico.

De acordo com os ensinamentos de Prado (2011, p. 479) entende-se por “sistema biológico ou etiológico – leva em consideração a doença mental, enquanto patologia clínica, ou seja, o estado anormal do agente”. Por “sistema psicológico ou psiquiátrico - tem em conta apenas as condições psicológicas do agente à época do fato. Diz respeito apenas às consequências psicológicas dos estados anormais do agente.”. Finalmente, o “sistema biopsicológico ou misto - atende tanto às bases biológicas que produzem a inimputabilidade como às suas consequências na vida psicológica ou anímica do agente”.

Ângelo Roberto Ilha da Silva (2011) aponta o último dos sistemas como o adotado pelo Código Penal, sendo em razão dos seus artigos 26 e 27, a condição mental do agente e a sua maturidade os critérios de aplicação da imputabilidade.

Com foco ao tema em análise é importante destacar que a perturbação mental seja qual for o seu grau, como lembra Damásio de Jesus (2011), deverá ser a causa da incompreensão e a falta de controle sobre os atos praticados pelo agente ao tempo da prática criminosa. Caso contrário, o indivíduo que devidamente controlado por seu tratamento médico, viesse a praticar um delito, seria sempre considerado inimputável pelo sistema, tal entendimento seria inaceitável e incongruente.

As doutrinas comumente definem as excludentes de imputabilidade por meio de exemplos, por fins didáticos, o Código Penal, em seu artigo 26, dispõe como excludentes da imputabilidade as doenças mentais, o desenvolvimento mental incompleto, o retardado mental, por fim, a embriaguez completa proveniente de caso fortuito ou força maior, tais conceitos não permitem a autoexplicação do artigo.

Para Capez (2011, p. 334) considera-se doença mental “a perturbação mental ou psíquica de qualquer ordem, capaz de eliminar ou afetar a capacidade de entender o caráter criminoso do fato ou a de comandar a vontade de acordo com esse entendimento”.

O desenvolvimento mental incompleto é definido por Capez (2011, p. 335): “é o desenvolvimento que ainda não se concluiu, devido à recente idade cronológica do agente ou à sua falta de convivência em sociedade, ocasionando imaturidade mental e emocional”.

Nas palavras de Prado (2011, p. 481) “A oligofrenia – ou retardamento mental – é uma deficiência mental que abarca graves defeitos de inteligência, consistente, em termos gerais, na falta de desenvolvimento das faculdades mentais”.

Porém, dispor de conceitos não é o mesmo que os definir, neste ponto, quando o tema exigir profundo conhecimento técnico, o Direito irá fundamentar-se junto às fontes de conhecimento de outras ciências, no caso são elas a medicina e a psiquiatria. Prevendo esta necessidade o artigo 149 do Código de Processo Penal dispôs:

Quando houver dúvida sobre a integridade mental do acusado, o juiz ordenará, de ofício ou a requerimento do Ministério, do defensor, do curador, do ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do acusado, seja este submetido a exame médico-legal.

Por existir uma imperfeição conceitual da higidez mental, ressalvas são feitas por Cesar Roberto Bitencourt (2011) e Ângelo Roberto Ilha da Silva (2011), a terminologia empregada por doença mental, deve ser entendida de maneira mais abrangente quanto às enfermidades, atingindo não só as doenças propriamente ditas, também os demais transtornos mentais, apesar de não afetarem o funcionamento do cérebro, distorcem o convívio social e com o tratamento adequado podem vir a ser sanadas, é mais pertinente do que a aplicação fria de outra sanção, nestes casos medida de segurança, muitas vezes, injustas.

Tem relevância tal posicionamento e marco histórico, já defendia esta posição Aníbal Bruno (1967) uma vez que, alguns transtornos acarretam problemas de personalidade, em determinadas situações ímpares levam os indivíduos a responder exacerbadamente a fatos que deveriam ser corriqueiros, tornando tais respostas eventos isolados, como é o caso dos paranoicos. Por este raciocínio tratar-se-iam como criminosos, alienados, loucos e marginalizados desnecessariamente.

2.2.1 Saúde Mental

Segundo o Ministério da Saúde (1977, p. 28) em seu dicionário dos conceitos e definições o conceito de doença é a: “Alteração ou desvio do estado fisiológico em uma ou várias partes do corpo. Distúrbio da saúde física ou mental”.

A Secretaria de Saúde do Estado do Paraná (2014) disponibiliza em um sítio eletrônico definições para auxiliar a compreensão da população em geral, para este órgão o termo saúde mental de acordo com a Organização Mundial da Saúde não possui delimitação uniforme, logo que, cada cultura pode dar um aspecto de normalidade diferente a

determinadas situações idênticas impossibilitando uma padronização. Feita esta ressalva, aponta como significado mais harmônico de saúde mental o equilíbrio interno frente às exigências externas feitas ao indivíduo permitindo a ele administrar a sua vida.

Acreditamos que para uma melhor compreensão dos termos usados no atual Código Penal é preciso se fazer elucidações antes de prosseguir. Deste modo, cita-se Leônidas Hegenberg (1998), na breve história humana a arte da medicina e o conceito de doença estiveram sempre entrelaçados, uma questão lógica para se justificar a necessidade por uma cura, conhecida por Iatrologia (ciência da arte de curar). Em um momento Primitivo de sua história o homem apontava para os deuses e espíritos invisíveis a responsabilidade pelo adoecimento, foi somente na Antiguidade Clássica, com Hipócrates, considerado pai da medicina, um primeiro momento racional quando a doença passa a ser vista como uma consequência natural das atividades.

Então, nos séculos XVII e XVIII o homem enfim foi libertado das correntes da Igreja e a autopsia foi à ferramenta que apontou para a fisiologia como uma resposta para os problemas no funcionamento dos homens, basicamente, a doença seria o mau funcionamento de algum órgão, após esse período, foi na Modernidade, com as tecnologias e as descobertas de Pasteur propiciaram ao homem a análise das células, neste contexto, a doença passou a ser considerada também como uma invasão do organismo por corpos estranhos. Ainda assim, a presença de um corpo estranho não justificava todos os quadros clínicos, principalmente porque nem todo corpo estranho era potencialmente prejudicial, necessitava-se um excesso ou falta para desencadear um quadro tal a ser chamado de doença. Mais adiante, surge a teoria do impedimento, conforme essa linha de pensamento, além do que se construiu até aqui, precisava de uma impossibilidade para executar as tarefas diárias, inclusive esta teoria da doença recebeu severas críticas, pois, aqueles mais estoicos podiam muito bem padecer sem sequer reclamar ou mudar seu hábito de vida. (HEGENBERG, 1998).

Foram os trabalhos de Adolph Kussmaul, por volta dos anos 1867-69, responsáveis pela busca das funções de cada órgão, ficando assim, mais evidente a influência da doença, portanto, passa a ser considerada doença quando esta alterar o funcionamento de um órgão. Todavia, o autor Hegenberg concorda ser esta definição falha no campo da saúde mental. (HEGENBERG, 1998).

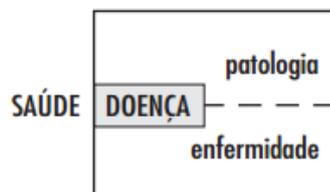
Muitos responderiam para a pergunta “o que é saúde mental?” Aquilo que é normal ou não é anormal, pensando nisto nos inspiramos no artigo de Almeida Filho, Coelho e Peres (1999), para buscar uma resposta mais positiva e delimitada, nos deparando com um campo extremamente complexo que tentaremos resumir adiante.

A normalidade para a etnopsiquiátrica clássica pode ser considerada a partir do homem médio, do comportamento médio da sociedade, mas, esse fenômeno, de raiz durkheimiana, não significa que uma conduta tida por normal dentro de uma sociedade possa ser o sinônimo de normalidade mental. Por isso, a escola de Devereaux (Cultura e Personalidade) defende que para haver higidez mental de um ser é preciso observar a sua capacidade de adaptação às transformações ambientais, a exemplo, o caso xamã (pajé) que não se adapte a vida fora da tribo, ele sim necessitaria, segundo esta escola de um psiquiatra, de ajuda médica. (DEVEREAUX, 1971, apud ALMEIDA FILHO; COELHO; PERES, 1999).

Posteriormente, em 1977, Arthur Kleinman propôs um novo modelo para diagnosticar os pacientes, dividiu a doença em duas categorias, patologia e enfermidade, a primeira se referia a situações biomédicas do indivíduo (disfunções dos órgãos tanto fisiológicos quanto psicológicos) essas condições são independentes da percepção do ser, já a enfermidade representa a percepção do enfermo e da sociedade quanto aos sintomas, por um lado da significação da doença. (apud ALMEIDA FILHO; COELHO; PERES, 1999).

Figura 1: Modelo Kleinman/Good

Doença: patologia + enfermidade



Fonte: Almeida Filho; Coelho; Peres, 1999, p. 102.

Segundo os autores, esta divisão é um marco, uma apresentação da relativização do termo doença. Já no modelo Young (1980) a patologia e a enfermidade são partes do processo de socialização, reduzindo condições sociais a situações biológicas individuais, por isso, para ele a palavra doença nunca será um termo neutro, porque dependendo da classe social a doença e o tratamento serão diferentes. (apud ALMEIDA FILHO; COELHO; PERES, 1999). O que nos lembra aquele velho hábito dos médicos de chamar todos os sintomas apresentados de virose no Brasil.

De um ponto científico e médico, Canguilhem (1978), defende que a medicina tem por objetivo diagnosticar, tratar e curar, não pode se preocupar com problemas teóricos de delimitação de saúde e doença, no entanto, deve se preocupar em restaurar a normalidade do ser humano. O modelo clínico, repudiado por este autor, procura positivar a condição de

vida frente à doença, já segundo a sua abordagem de doença “O patológico não significa ausência de normas, mas a presença de outras normas vitalmente inferiores, que impossibilitam ao indivíduo viver o mesmo modo de vida permitido aos indivíduos sadios” (apud ALMEIDA FILHO; COELHO; PERES, 1999, p. 114).

Já para Foucault (1963) a palavra normal advém do grego *nomos* e do latim *norma* cujo significado é lei, aquilo que se encontra no centro, nem à esquerda nem à direita, um protótipo ideal que surge junto à burguesia. Em 1973, Foucault descreveu a loucura como o aposto a razão, porém, no século XIX o louco passa a ser considerado alienado. Essas mudanças implicam que antes, a loucura significava uma perda parcial da razão e poderia ter cura, pois não era uma perda da saúde. (apud ALMEIDA FILHO; COELHO; PERES, 1999).

Para Gadamer (1996) a saúde não pode ser medida, ela só é confrontada quando o indivíduo decide procurar um médico, pois, os reflexos da sua percepção de doença o impedem de viver normalmente. Por possuir este caráter individual e subjetivo, seria impossível dizer o que é saúde, menos ainda, transformar em ciência. (apud ALMEIDA FILHO; COELHO; PERES, 1999).

Ao final os autores optam por definir saúde mental como a característica de poder de adaptação às exigências culturais, ainda que, o indivíduo possua anormalidades biológicas é a incapacidade de controle dos sintomas que caracterizaria o conceito de doença. Desta forma, pelos ensinamentos adquiridos com o trabalho de Naomar de Almeida Filho, Maria Thereza Ávila Coelho e Maria Fernanda Tourinho Peres (1999) nós podemos estar gripados sem que isso nos retire a capacidade de executar as tarefas diárias, estar com depressão sem que isso nos afaste do trabalho, por outro lado, podemos apresentar os sintomas da doença e estar doentes, conseqüentemente, não conseguir realizar as nossas atividades ordinárias, averiguar a capacidade de interação do enfermo, acometido de um transtorno mental, com o meio é essencial para delimitar a sua condição de normalidade.

Pelo exposto no parágrafo anterior nós criticamos a atual sistemática do nosso ordenamento, por prever a redução de pena quando deveria apenas aplicar o tratamento médico especial. Guido Arturo Palomba (1992) em obra básica de psiquiatria forense levanta uma metáfora deveras eloquente, no Direito devemos trabalhar com termos positivados, não há como criar leis com base em “achismos”, é preciso delimitar noite e dia, mas, mesmo a noite e o dia na natureza existe a aurora, momento no qual não há certeza da noite ou do dia, a aurora assemelhasse as perturbações mentais. Assim, o autor defende que a perturbação afetará parcialmente o livre arbítrio, recaindo a figura do psiquiatra delimitar qual seria o melhor tratamento adequado a este ser e ao perito julgar o seu arbítrio.

2.3 SEMI-IMPUTABILIDADE

Existem ainda os casos da chamada semi-imputabilidade ou como define Bitencourt (2011), culpabilidade diminuída, já para Damásio de Jesus (2011) a definição correta seria imputabilidade diminuída.

Segundo o primeiro autor, esta seria uma classe composta de indivíduos fronteiriços, indivíduos estes cuja situação mental não afeta seu discernimento ou autodeterminação, na verdade, reduz ambos, mantendo o poder de decisão. A disposição legal do parágrafo único do artigo 26 do Código Penal é a seguinte:

A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Nota-se neste ponto, a utilização da melhor expressão e mais abrangente a “perturbação de saúde mental” do que aquela usada no “caput” do artigo “doença mental”, este é o entendimento de Damásio de Jesus (2011).

Quando constatada a inimputabilidade ocorrerá a chamada absolvição imprópria sendo aplicada ao caso a medida de segurança. Esta é a disposição legal do artigo 97 do Código Penal:

Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial.

Na imputabilidade diminuída, ao juiz recai a possibilidade de aplicação ao invés da redução da pena o tratamento ambulatorial, este é o disposto no artigo 98 do Código Penal:

Na hipótese do parágrafo único do art. 26 deste Código e necessitando o condenado de especial tratamento curativo, a pena privativa de liberdade pode ser substituída pela internação, ou tratamento ambulatorial, pelo prazo mínimo de 1 (um) a 3 (três) anos, nos termos do artigo anterior e respectivos §§ 1º a 4º.

O que parece não ter muito sentido, se o agente sofre de alguma perturbação mental, terminada a pena de restrição de liberdade o anteriormente presidiário volta à sociedade na mesma situação na qual foi retirado.

Analisando esta questão, Damásio de Jesus (2011), remonta a sistemática utilizada pelo Código Penal de 1940, no qual o sistema era o duplo binário, aplicava-se a medida de segurança em complemento a pena. Posteriormente com a reforma de 1984, o

diploma legal passou a adotar o sistema unitário, a pena deveria ser a restrição da liberdade ou a medida de segurança, nunca ambos.

É o melhor entendimento, por isso o artigo 319 do Código de Processo Penal prevê em seu inciso VII, como alternativa a prisão à internação provisória do acusado nos casos em que os peritos concluírem inimputabilidade e imputabilidade diminuída do agente. Os artigos 396, 396-A e 397 inciso II, do mesmo diploma, oferecem a possibilidade em defesa preliminar alegar a existência de excludente de culpabilidade e sua manifesta existência poderá o juiz absolver sumariamente o acusado.

Pelo exposto, apesar da restrição feita no “caput” do artigo 26 do Código Penal a doença mental e não a transtornos mentais, a doutrina mostrou-se atenta a problemática conceitual dada ao artigo, tendo em vista, a sua aplicação restritiva aos casos de imputabilidade diminuída. Em contrapartida, a prática possibilita ao magistrado o juízo de valor com relação à aplicação da pena aos portadores de inimputabilidade e semi-imputabilidade, na finalidade de evitar injustiças, o legislador atribui ao exame médico-psicológico, a análise com relação à culpabilidade, mais especificamente a imputabilidade.

Portanto, será imputável aquele que ao cometer uma conduta tipificada em lei possua a capacidade de compreender os atos por si praticados bem como possuir o poder de autodeterminar-se. A falta de um ou de outro, ao tempo da ação, implicará a sua inimputabilidade, requisito essencial para a existência de um delito, o agente em tais circunstâncias será aplicado à medida de segurança.

O Código Penal, no “caput” do artigo 26, traz situações em que a presunção da inimputabilidade é absoluta, por sua vez, o parágrafo único, traz situações em que as capacidades de entender e determinar-se são parcialmente prejudicados e nestes casos a medida de segurança ou a redução da pena são as medidas legais cabíveis.

2.3.1 Capacidade em Entender e Determinar-se

Como requisitos a culpabilidade é preciso existir a capacidade de entender e de se autodeterminar com este entendimento. Pois bem, o que seria entender e autodeterminar-se?

Antes de responder tais indagações, deve-se compreender o funcionamento da mente humana. Antonio José Eça (2010, p.7) divide o universo psíquico, de forma didática da seguinte maneira: “a) gnóstico-intelectivas (cognição): o pensar; b) timo-afetivas: o sentir; c) conativo-volitivas: o querer; d) prático-ativas: o agir” e ressalva, “[...] é bom que se esclareça,

[...] No comum da vida, é natural que exista uma integração dessas funções, às vezes mais de duas, [...]”, ou seja, na rotina diária, muitas vezes é impossível uma conduta humana ser provida apenas por uma destas funções, a conduta muitas vezes o é em razão da soma destas atividades. No entanto, a matéria não é tão simples quanto aparenta ser, dentro de cada grupo existem ainda numerosas subdivisões, vejamos:

Tabela 1: Subdivisões dos grupos do universo psíquico.

a) Gnóstico-intelectivas (o pensar):	b) Timo-afetivas (o sentir):	c) Conativa-ativas (o querer e o agir):
-Sensopercepção	-Humor	-Instinto
-Atenção	-Sensação corporal	-Impulso
-Memória	-Sentimentos sensoriais	-Impulsividade
-Orientação	-Sentimento vitais ou orgânicos	-Vontade
-Consciência	-Sentimentos psíquicos	-Atos volitivos
-Pensamento	-Emoção	-Ações
-Inteligência	-Interesse	
	-Empatia	
	-Temperamento	

Fonte: Antonio José Eça (2010, p.7)

O autor sintetiza todas as funções em um novo quadro:

Tabela 2: Síntese das funções psíquicas complexas

	Num momento dado	Na vida como um todo
Intelectivas: o pensar	consciência	inteligência
Afetivas: o sentir	humor	temperamento
Volitivas: o querer	impulso	vontade
Práticas: o agir	Conduta (atos)	caráter

Fonte: Antonio José Eça (2010, p. 8)

Portanto, pelas didáticas elucidações deste mestre, podemos concluir serem partes da capacidade de entender a inteligência e será parte da autodeterminação o temperamento, a vontade e o caráter.

Por consciência “[...] é a orientação autopsíquica propriamente dita, ou de si próprio, ou seja, as qualidades das vivências que permitem que se tenha conhecimento dos acontecimentos [...]” por inteligência pode-se aferir como a ferramenta utilizada para dar conceitos e significados as coisas, delimitando-as ao ambiente. (EÇA, 2010, p. 22).

O humor consiste no estado de ânimo, refletindo a sensação de prazer ou desprazer, enquanto o temperamento é a soma “[...] das qualidades afetivas e morais do indivíduo, com estabilidade ou não, [...]” ao longo da vida. O querer e o agir são formados pelo: instinto, pelo impulso, pela vontade, os atos volitivos, os motivos, o comportamento e a

sugestão, segundo o autor, a decisão humana é um fator resultante da soma, na passagem, por estes fatores. Por instinto depreende-se uma tendência a satisfazer as necessidades orgânicas e psíquicas. Por impulso, a disposição em agir conforme o estado ânimo. Por vontade, a capacidade de escolher entre as opções em vista. Por atos volitivos, as escolhas feitas pelo agente em razão da sua personalidade ou sob coerção externa. Por motivos, significa entender a razão das decisões tomadas pelo agente. Por comportamento, a ligação entre a sua vontade e as influências externas. Por fim a sugestão, quando o agente aceita conceitos externos sem os valorar. (EÇA, 2011, p. 44).

O humor e o temperamento estão intimamente ligados a uma área do cérebro chamada de sistema límbico, é nesse local que didaticamente podemos imputar “funções” necessárias para a sociedade são elas: controle das emoções e secundariamente o aprendizado e a memória. Em especial atenção ao sistema amigdalóide que é umas das partes do cérebro formadora do sistema límbico (sítio eletrônico “sistemanervoso”, 2014):

Complexo Amigdalóide: possui aferência de todo o sistema límbico bem como do lobo temporal, frontal, parietal e occipital. As estimulações aos núcleos do complexo amigdalóide simulam os efeitos das estimulações hipotalâmicas já que as eferências do complexo amigdalóide ocorrem principalmente através do eixo hipotálamo-hipofisário. Este complexo de núcleos esta relacionado com comportamentos sociais relacionados ao estado de “luta ou fuga”. Geralmente, toda descarga do complexo amigdalóide envolve uma situação de agressividade com atenuação dos efeitos pelo córtex pré-frontal. Lesões no córtex pré-frontal, observados em detentos, muito agressivos, mostram uma incompetência do córtex pré-frontal em atenuar os comportamentos agressivos originados no complexo amigdalóide. Indiretamente, via hipotalâmica, o complexo amigdalóide ajusta os sistemas biológicos para reações de alarme: alteram frequência cardíaca, frequência respiratória, motilidade do trato gastrointestinal, midríase e secreções hormonais. Além do componente emocional, o complexo amigdalóide gera movimentos involuntários, ovulações, masturbações, ereção e atividade uterina.

Pelo exposto pode-se afirmar que compreender é um resultado das percepções do indivíduo do mundo ao seu redor acrescida do juízo de valor, já a autodeterminação é fruto da soma dos fatores acima expostos, valendo destes, o indivíduo irá escolher dentre as opções conforme o experimentado ou a situação fática.

2.4 TRANSTORNO DA PERSONALIDADE ANTISSOCIAL, PSICOPATIA E IMPUTABILIDADE

O TPA ou mais comumente conhecido por psicopatia, o que na verdade é uma variação mais agressiva do transtorno se transformando em verdadeira doença mental, famoso graças à cobertura midiática dos casos de assassinos em serie como Ted Bundy, “Chico Picadinho”, “O maníaco do parque” e muitos outros. Longe de possuir uma definição perfeita

da síndrome, uma universalidade inconfundível, o transtorno mostra-se marco divisor entre os doutrinadores e pesquisadores.

Afirma Ilha da Silva (2011) ser matéria controvertida e difícil a missão de delimitar o tema, encaixá-lo nas searas científicas, não há até o presente momento estudos conclusivos a respeito da origem e da cura.

Tanto o é que em uma notícia vinculada no sítio eletrônico da BBC Brasil feita por Mônica Vasconcelos, de maneira sintética noticia a descoberta feita por um cientista inglês, por acaso, ele percebeu a semelhança entre o seu cérebro e do objeto da sua pesquisa, assassinos em série, levando-o a concluir pelo não determinismo genético das ações humanas, e sim, na sua experimentação e na influência do meio sobre o homem, mas, sem dúvida a existência de características e propensões únicas.

Pelas afirmações do pesquisador, chega-se a tese de o fato do cérebro destes indivíduos, justamente nos campos da empatia e autocontrole se mostram deficientes, razão a qual, por si só, não liga os psicopatas ao crime, mas, pode ter forte influência neles, logo, deve ser levada em conta no momento da aferição da pena ou tratamento adequado pelo Estado, a sua situação mental de entender e de se autodeterminar desta forma.

No campo jurídico, divergem os doutrinadores a respeito do tratamento adequado para esta espécie de criminosos, uma primeira corrente os compreende como imputáveis, não carecendo de tratamento ambulatorial, neste sentido (TRINDADE; BEHEREGARAY; CUNEO; 2009, apud ILHA DA SILVA, 2011, p. 91):

[...] do ponto de vista científico e psicológico a tendência é considera-los plenamente capazes, uma vez que mantem intacta a sua percepção, incluindo as funções do pensamento e da sensopercepção que, em regra, permanecem preservadas. Isso significa que o agente não apresenta alucinações, como no caso das esquizofrenias, nem delírios, como costuma acontecer nas perturbações paranoides [...] Por isso, entendemos que além da sua capacidade cognitiva, sua capacidade volitiva, em princípio, também se encontra preservada.

Não concordamos com este posicionamento, tendo em vista que, os portadores de tais transtornos, frequentemente, depois de soltos tornam a delinquir, o que nos leva a questionar a responsabilidade do Estado em tais casos e a verdadeira condição volitiva destes criminosos, ainda que punidos, não se mostram remidos ou com remorso pelas condutas praticadas.

Por outro lado, em acertadas posições os doutrinadores como E. Magalhães Noronha (2003, p. 168):

Considerou-os o Código, no parágrafo único do art. 26, facultando redução de pena. Não se está em terreno pacífico. Não são poucos os que negam a existência da semi-imputabilidade, como também os que rejeitam para eles a pena. Assim não pensou o Código e, a nosso ver, se houve com acerto. Tais indivíduos não tem supressão completa do juízo ético e são, em regra, mais perigosos que os insanos. Não são insensíveis à pena e conseqüentemente ela não é ociosa, como pretendem alguns. Ficou o Código em boa companhia, pois também essa é a orientação dos estatutos suíço e italiano, que, entretanto, *impõe* a redução (arts. 11 e 89). Facultativamente, como o nosso, se conduziu o alemão, dispondo, no art. 51, parágrafo 2º, que ‘la peine pourra être reduite’. Compreende a imputabilidade restrita aos casos benignos ou fugidos de certas doenças mentais, as formas menos graves de debilidade mental, os estados incipientes, estacionários ou residuais de certas psicoses, os estados interparoxísticos dos epiléticos e histéricos, certos *intervalos lúcidos* ou *períodos de remissão*, certos estados psíquicos decorrentes de especiais estados fisiológicos (gravidez, puerpérito, climatério) etc., e, sobretudo, o vasto grupo das chamadas *personalidades psicopáticas* (psicopatias em sentido estrito). (Nélson Hungria, 1949, p. 496).

Juarez Tavares, entrevistado por Heitor Piedade Júnior (1982, p.142-143) no mesmo sentido, se posicionada da seguinte maneira:

[...] Relativamente ao problema específico do semi-imputável, é preciso se esclarecer que não há hoje unanimidade de opiniões caracterizando o semi-imputável como uma pessoa anormal, porque até mesmo diante da moderna orientação psicológica e psiquiátrica, a partir da nova escola de psiquiatria de Basaglia, na Itália, de Thomas Sasz, nos Estados Unidos e da antipsiquiatria que tem em Cooper, na Inglaterra, os seus adeptos mais eminentes, contesta-se de uma maneira cabal a possibilidade de se incluir até mesmo o esquizofrênico entre pessoas portadoras de doença mental. Assim, o semi-imputável, portador de personalidade psicopática, não poderia de qualquer maneira ser incluído como uma pessoa portadora de doença mental e assim necessita exclusivamente de tratamento psiquiátrico, é preciso estabelecer-se, de antemão, essa premissa, porque caso contrário, isso levará a considerar pessoas que tenham comportamento desviante, mas que não sejam pessoas evidentemente anormais, a serem tratadas como tais e submetidas a medidas rigorosas, como sejam, as medidas de segurança por tempo indeterminado.

Novamente a passagem do emérito doutrinador Nélson Hungria (1955, apud PIEDADE JÚNIOR, 1982, p. 219):

O tratamento dos delinquentes psicopatas, no regime de medida de segurança, pode ser chamado, com propriedade, psicoterapia educacional. O que conta, acima de tudo, é a readaptação social, ainda quando não se possa eliminar totalmente a constitucional ou mórbida variação da norma.

As palavras de Miguel Reale Júnior sobre o tema (2006, p. 211):

No parágrafo único do art. 26, prevê-se a situação do semi-imputável, ou seja, daquele que em virtude de “perturbação mental”, ou desenvolvimento mental ou retardado não possuía plena capacidade de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Não se trata mais de doença mental, mas de perturbação mental, o que enquadraria as psicopatologias, em especial a falha de caráter do portador de personalidade psicopática, ou anormal, que apresenta grau considerável de inteligência, mas ausência de afetividade, de sentimento, e logo de arrependimento. São pessoas, na expressão de SCHNEIDER,

que “sofrem e fazem sofrer” a sociedade e em especial os que são mais próximos, em sua loucura moral de fundo constitucional.

Genival Veloso de França (2001, p. 400-402) expõe seu entendimento da seguinte forma:

São grupos nosológicos que se distinguem por um estado psíquico capaz de determinar profundas modificações do caráter e do afeto, na sua maioria de etiologia congênita. Não, são, essencialmente, personalidades doentes ou patológicas, por isso seria melhor denomina-los personalidades anormais, pois seu traço mais marcante é a perturbação da afetividade e do caráter, enquanto a Inteligência se mantém normal ou acima do normal. [...] A grande indagação é se as chamadas personalidades psicopáticas são portadoras de transtornos mentais propriamente ditos ou detentores de personalidade anormais, desajustadas, desafiadoras, histriônicas, dissociais, pervertidas ou degeneradas. A própria habitualidade criminal não é um critério indiscutível de caracterizar uma enfermidade mental, mas, antes de tudo, nesse indivíduo, uma anormalidade social. [...] Precisamente, estariam colocados como semi-imputáveis, pela capacidade de entendimento, pela posição fronteiriça dos psicopatas anormais do caráter. Há até quem os considere penalmente responsáveis, o que reputamos como um absurdo, pois o caráter repressivo e punitivo penal a esses indivíduos revelar-se-ia nocivo, em virtude de convivência maléfica para a ressocialização dos não portadores desta perturbação. [...] As medidas punitivas, corretivas e educadoras, malgrado todo esforço, mostram-se ineficientes e contraproducentes, fundamentalmente levando em consideração a evidente falência das instituições especializadas. É preciso rever toda essa metodologia opressiva, injusta e deformadora. Por outro lado, a capacidade civil é conservada em vários grupos dessas personalidade, a não ser nos casos mais graves e mais ostensivos [...].

Delton Groce (2012, p. 675), por sua vez, fundamenta:

Os portadores de personalidade psicopática são enfermos e, quando cometem delitos, devem ser enquadrados no parágrafo único do art. 26 do código Penal, ou, se o agente necessita de tratamento curativo, ser recolhido em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico. Isto porque a anomalia consubstanciada em personalidade psicopática não se inclui na categoria das doenças mentais, *latu sensu*, e, sim, numa modalidade de irregularidade psíquica, que se manifestou ao cometer o delito, despida de qualquer formação alucinatória ou delirante, capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Portanto por esta tese, a psicopatia seria uma causa de imputabilidade diminuída, perfeitamente enquadrada no parágrafo único do artigo 26 do Código Penal, o portador deste transtorno cometerá o delito, terá consciência da ação ilícita e das consequências, todavia não consegue conter seus impulsos.

No entanto, para Capez (2012, p. 334) a psicopatia inclui-se no rol de doenças mentais, sendo causa de exclusão da imputabilidade, portanto, o psicopata seria inimputável “Compreende a infindável gama de moléstias mentais, tais como epilepsia condutopática, psicose, neurose, esquizofrenia, paranoias, psicopatias, epilepsias em gera etc.”.

Em sentido semelhante, Prado (2011, p. 481), aderindo ao posicionamento da inimputabilidade, classifica a psicopatia como um desenvolvimento mental incompleto:

[...] desenvolvimento mental incompleto ou retardado (ex.: oligofrenias – idiotia, imbecilidade, debilidade mental, psicopatia, surdo-mudez – surdo mudo não educado; silvícola não integrado).

Robert D. Hare (1973, p. 29) descreve em seu livro uma dentre tantas teorias a respeito da psicopatia, dentre elas a do desenvolvimento cortical imaturo:

Se a psicopatia está relacionada com uma taxa baixa de maturação cortical podemos supor que a incidência da psicopatia decresça com a idade. Há alguma evidência quanto a este ponto de vista. [...] Robins (1966) verificou que um terço de um grupo de 82 psicopatas diagnosticados, tornaram-se menos anti-sociais com a idade e que esta melhoria ocorria mais frequentemente entre os 30 e 40 anos.

É válido destacar a condição do homem nesta idade, pois, ele pode entrar na andropausa, neste período há uma diminuição na produção da testosterona no corpo. Nas palavras de Fabíola Rohden (2011):

Trata-se de uma ‘doença’ que afetaria os homens a partir dos 35-40 anos de idade caracterizada pela perda da libido ou desejo sexual, diminuição de massa muscular, perda de energia, depressão, disfunção erétil entre outros sintomas, tendo como causa o decréscimo na produção da testosterona.

Porém, para deixar claro nosso entendimento, temos consciência de que a doença mental psicopatia afeta mulheres de maneira semelhante aos homens, sendo assim, a testosterona não tem papel único nos sintomas. Mais uma vez destacamos, segundo Kaplan “A escolha deste tema deve-se, principalmente, ao fato de que a prevalência do transtorno da personalidade anti-social é de 3% nos homens e 1% entre as mulheres, e, nas populações carcerárias, a prevalência desse transtorno pode chegar a 75%” (apud, SOUZA, 2001, p.117).

Quando dito por vários autores que o psicopata tem a capacidade de entender a norma, Hare (1973, p. 72) diz o contrário, logo que ele “[...] não antecipa, emocionalmente, as consequências desagradáveis de seu comportamento”.

Pensando na dinâmica social citamos Odon Ramos Maranhão (2003, p.17), o autor cita Alexander & Staub (1931), para estes autores, reconhece-se uma espécie de delinquentes formados por um aparelho psíquico “[...] construído de forma a impulsioná-los a criminalidade”. Na dinâmica de Abrahamsen (1960) para prática de uma ação delituosa é preciso que as solicitações internas vençam as solicitações externas, ultrapassem a resistência, estabelecendo a vontade do agente (apud MARANHÃO, 2003).

Neste raciocínio o autor faz duas classificações relevantes ao tema, a do biocriminoso puro, por suas características é compelido a agir, com força maior do que a sua resistência e o biocriminoso preponderante pelas condições biológicas tem tendências a

prática criminosa menores ou iguais a sua resistência, por isso “[...] torna-se vulnerável a uma solicitação exterior e a ela responde facilmente” Nesta visão se encaixa bem ao psicopata no primeiro caso e a personalidade antissocial ao segundo. (MARANHÃO, 2003, p. 25).

H. Mannhein (1962), citado pelo autor, em um fluxograma narra o crime como sendo a soma dos fatores individuais corporais (FIC) e fatores gerais sociais (FGS) julgados pela personalidade do agente, a qual da à nomenclatura de fatores mentais (FM). Então podemos concluir segundo esta lógica o inimputável não comete crime, pois, os fatores mentais estão prejudicados. A. Valejo Najera (1944) afirma ser o substrato biopsicológico do agente formado pela herança adquirida e as experiências adquiridas ao longo da vida. (apud MARANHÃO, 2003).

Mais adiante, Maranhão (2003) constrói a ideia dos fatores do crime, sendo eles primários quando ligados ao psíquico do indivíduo e os fatores secundários como as características ambientais e temporais do crime, chamada de fator solicitante, a partir deste ponto o delito poderá ser decomposta em três grupos novamente. Então, o delinquente ocasional trata-se de indivíduo normal que vem a praticar delito impulsionado pelos fatores secundários com maior intensidade do que os primários. Delito sintomático a atitude é a própria manifestação da doença. Delito essencial trata do agente com a “disfunção de caráter”. Para conceituar este defeito a passagem do autor (2003, p.37):

Finalmente, falamos em "defeito", quando, apesar da preservação das funções psíquicas superiores, está comprometida a capacidade de julgamento. Esta leva o agente a uma atitude "anti-social" ou parassocial", pelo que se torna um candidato à reincidência na prática criminal, na dependência direta da estruturação do referido "defeito".

Para o autor existem dois tipos de personalidades “defeituosas”, a primeira formada por um grupo vitimado ou traumatizado ao longo da vida reagindo aos estímulos sociais de maneira incorreta e um grupo incapaz de compreender as normas sociais e aprender com a experiência. “Tudo faz crer que já nascem com um defeito impediendo do aproveitamento da experiência vivida [...]” (MARANHÃO, 2003, p.79).

Pela fundamentação exposta, quando a medicina aponta para fatores internos impulsionando o agente a agir é difícil dizer se ele poderia controlar-se e agir conforme o homem médio, pois, ele está distante do homem médio. Assim sendo, a psicopatia e o TPA são alterações mentais que afetariam a capacidade de autodeterminar-se quando comprovadamente alterem as funções mentais.

Pode-se concluir que, a doutrina não demonstra unanimidade com relação ao tema, gerando problemas com relação à pena a ser aplicada a tais criminosos. A medida de segurança, mais do que uma alternativa, é uma solução responsável do Estado frente a estes agentes de alta periculosidade social.

3 SANÇÃO PENAL

3.1 SISTEMA BRASILEIRO DAS PENAS

Em apertada síntese pode se explicar o regime brasileiro relativo às penas como misto e progressivo, com características de retribuição da ofensa ao bem jurídico e preventivo com enfoque na ressocialização do criminoso. Será progressivo pois, a pena será cumprida com um passar de fases, ou seja, há uma mudança de regimes e concessões ao condenado.

Entendemos por pena o seguinte: “Pena é a sanção aflitiva imposta pelo Estado, mediante ação penal, ao autor de uma infração (penal), como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico, e cujo fim é evitar novos delitos” (SOLER apud DAMÁSIO, 2011, p. 563).

Após essa breve explicação sobre pena, passamos para a análise das sanções aplicadas em nossa pátria. Como destaca Damásio de Jesus (2011) a Constituição Federal em seu art. 5º inciso XLVI elenca as seguintes espécies de sanção: Privação ou restrição da liberdade; perda de bens; multa; prestação social alternativa; e a suspensão ou interdição de direitos.

3.2 PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE

Aplica-se a privação de liberdade ao agente do crime quando este preenchendo os requisitos legais cometa um fato típico, antijurídico e culpável, respeitado o contraditório e da ampla defesa descubra-se na sua pessoa a autoria e a materialidade do delito. Superado este percurso o juízo aplicará, conforme o art. 59 do Código Penal, a valoração da reprovabilidade na forma de um lapso temporal.

As penas privativas de liberdade dividem-se em três espécies a reclusão, a detenção e a prisão simples. A detenção será aplicada em regime inicial semiaberto aos crimes cuja pena exceda 4 anos e no regime aberto para as penas inferiores a 4 anos, se reincidente o regime será semiaberto.

Já para a prisão simples, de acordo com o art. 6º das Leis de Contravenções Penais: “A pena de prisão simples deve ser cumprida, sem rigor penitenciário, em estabelecimento especial ou seção especial de prisão comum, em regime semi-aberto ou aberto”.

Segundo o mandamento legal do art. 33 do CP o regime a ser aplicado será definido pela pena a ser cumprida aos crimes cuja sanção preveja a reclusão na seguinte ordem: Se o crime for apenado por um prazo superior a 8 anos, o regime inicial será fechado. Se o crime for apenado com 4 anos e não exceda a 8, o regime se inicia no sistema semiaberto. E por fim, se a pena for igual ou inferior a 4 anos o regime inicial será aberto.

No regime fechado é submetido a exame criminológico (art. 34, “caput”) para individualização da execução, assim, segundo Bitencourt (2011) “[...] o condenado cumpre a pena em penitenciária e estará obrigado ao trabalho comum dentro do estabelecimento penitenciário, na conformidade de suas aptidões ou ocupações anteriores [...]” e como ressalta, não pode frequentar neste regime cursos externos ou trabalhos senão em obras públicas. Em tese, ficaria isolado em cela individual no período noturno e trabalharia durante o dia.

No regime semiaberto, também em tese, deve ser cumprido em colônia agrícola, industrial ou similar, destaca Damásio (2011) daqui em diante o exame criminológico passa a ser uma faculdade do juízo, este regime caracteriza-se pelo trabalho externo e a cursos profissionalizantes.

Enfim, o regime aberto baseia-se na autodisciplina, por isso, somente no período noturno estará sob vigilância, quando este terminar os seus afazeres auto impostos.

Completado um sexto da pena aos crimes em geral, dois quintos se primário e três quintos se reincidente em crimes hediondos o condenado recebe o direito a progressão de regime.

3.3 MEDIDA DE SEGURANÇA

Com a reforma procedida pela Lei nº 7.209 de 11 de julho de 1984 o ordenamento jurídico brasileiro abandonou o regime do duplo binário, em seu lugar adotou o sistema vicariante, neste sistema é impossível aplicar ao condenado após o cumprimento da pena restritiva de liberdade, a medida de segurança. (BITENCOURT; ILHA DA SILVA; 2011).

Este fato demonstra o maior respeito dado ao tratamento de criminosos portadores de doenças mentais e transtornos mentais, visto que, ao longo da história foram tratados como loucos e marginalizados pela sociedade.

Piedade Júnior (1982, p. 101), em momento anterior a reforma, já se posicionava pela mudança do tratamento aferido aos inimputáveis e principalmente aos semi-

imputáveis, pelo dispositivo do artigo 99 tinha-se “o internado será recolhido a estabelecimento, dotado de características hospitalares, e será submetido a tratamento, respeitadas as regras da ética médica”. Razão pela qual afirmou ser a preocupação da Comissão “[...] de que a Medida de Segurança seja realmente um tratamento da personalidade do agente, distanciando mais e mais das velhas formas de medidas de segurança detentivas tradicionais [...]”.

Hoje, este artigo vigora sob o mesmo número, todavia, houve a supressão da parte final do artigo, o que não afasta a concepção de tratamento da medida de segurança com a proteção da ética da medicina. Damásio de Jesus (2011) explica que a pena tem por fim retribuir-prevenir enquanto a medida de segurança tem essencialmente a finalidade preventiva. Conforme seus ensinamentos, além desta primeira distinção, os seguintes: as penas são proporcionais à infração, a medida de segurança fundamenta-se na periculosidade do agente; as penas ligam-se ao sujeito pelo juízo de culpabilidade a medida pelo juízo de periculosidade; as penas são fixas enquanto a medida persiste juntamente a periculosidade; as penas se aplicam aos imputáveis e os semirresponsáveis, a medida não se aplicada aos imputáveis.

Apesar do olhar mais humanitário, ainda persiste na doutrina a discussão a respeito da finalidade da medida de segurança e seu caráter sancionatório, de um lado os defensores de que se trata de espécie semelhante a pena enquanto de outro como sanção diferente da pena.

“Segundo Paul Bockelman e Klaus Volk, as medidas de segurança configuram espécie de sanção penal, não obstante o fato de não constituírem penas, pois sua imposição não exprime nenhum juízo de valor ético-social” (apud ILHA DA SILVA, 2011, p. 108).

Nesta linha de pensamento Prado (2011, p. 787) “[...] De conseguinte, insere-se a medida de segurança no gênero sanção penal, no qual figura como espécie, ao lado da pena [...]”.

E Bitencourt (2011, p. 782) “A medida de segurança e a pena privativa de liberdade constituem duas formas semelhantes de controle social, e substancialmente, não apresentam diferenças dignas de nota”.

No sentido oposto, Magalhães Noronha (2003) citando Grispigni (1953) constrói:

[...] são traços comuns entre elas: a) ambas importam diminuição de bens jurídicos; b) baseiam-se as duas na existência de um crime; c) servem tanto para a intimação da massa – prevenção geral, como para readaptação do delinquente – prevenção

especial; d) ambas são aplicadas jurisdicionalmente [...] Não obstante a identidade entre elas, não há dúvida de que no terreno normativo estão sujeitas a regulamentação diversa.

A dúvida levantada pelo mestre consiste se a medida de segurança se aplicará no âmbito judicial ou no âmbito administrativo, defende Prado (2011, p. 786) a primeira condição:

Embora insista em negar às medidas de segurança o caráter de sanção penal – sob o argumento de que tais medidas apresentam função administrativa de polícia, não pertencendo, pois, ao Direito Penal, mas sim ao administrativo-, é assente o seu caráter especificamente penal.

Aguirre a este posicionamento Noronha (2003), para este doutrinador quando o juiz pune ou impõe medida de segurança ela não deixa de ser fruto do *jus puniendi* e por serem aplicadas por vontade de um juízo são atos jurisdicionais.

No campo da finalidade, quando estudado o conceito de crime concluímos serem elementos do crime o fato típico, ilícito e culpável, a falta de um destes elementos descaracterizaria a conduta como criminosa, salvo a inimputabilidade, cuja consequência está prevista no Código Penal artigo 97, assim temos o seguinte magistério:

O crime representa comportamento, que é expressão de uma livre escolha do agente, que, embora atingido pelas circunstâncias, ainda ostenta a expressão de sua própria personalidade, sendo um ‘representativo de in feiri’ próprio. Assim, o delito exige um instante pessoal, consciente do autor, daí a sanção decorra qual a reprimenda a ser absorvida por aquele que entende tanto o ato, quanto as suas consequências. Diversa é a medida de segurança, que impõe não um momento abrangente do comportamento, mas que visa a atuar sobre o estado de alguém, que se movimentou, no dizer de DeMarisco, como energia. Tais premissas permitem a concussão de que a culpabilidade se entranha no território ético, enquanto a periculosidade se engasta no naturalístico, adstrita, ainda que por ficção, ao primado da causalidade [...] (REALE JÚNIOR, 1987 apud ILHA DA SILVA, 2011, p. 105).

De acordo com este entendimento infere-se atuação estatal não pelo crime cometido pelo agente, mas sim, por sua periculosidade para a sociedade e o dever Estatal é o de coibir as futuras ações deste ser, aqui não se levanta a bandeira da retribuição e tão somente da prevenção.

Por atualmente estar prevista no Código Penal, aplicar-se-ão a medida os mesmos princípios regentes das demais normas penais, dentre eles, o de maior relevância a legalidade. Está disposto no artigo 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Entender de maneira oposta comprometeria o direito a liberdade, o texto constitucional visou reforçar a proteção,

evitando as discricionariedades comuns a outros atos administrativos do Estado (NORONHA, 2003).

Por isso, a medida de segurança este prevista em lei e só deverá ser aplicada quando preenchido os seus requisitos legais e decretada após o devido processo legal. Inclusive, não basta aplicar a medida, é preciso levar em conta a gravidade do ato praticado.

Este levar em conta significa aplicar a medida em consonância ao princípio da proporcionalidade, este é o posicionamento doutrinário “a aplicação da medida de segurança criminal, diante do princípio da proporcionalidade em sentido amplo, deve condicionar-se à sua necessidade, adequação e limitação de seus objetivos” (REALE FERRARI, 2001, apud ILHA DA SILVA, 2011, p. 109).

Apesar de o código fazer certa distinção entre a medida privativa de liberdade e a não privativa, podendo aos crimes de menor potencial ofensivo aplicar o tratamento ambulatorial ao invés da internação, pecou ao não prever prazo máximo de duração da medida, ferindo a proporcionalidade desta sanção penal (ILHA DA SILVA, 2011).

Ademais, enquanto perdurar o estado de periculosidade persistirá a necessidade de aplicação da medida de segurança. Todavia, imaginar a medida de segurança sendo aplicada apenas com base na periculosidade do agente é o mesmo que permitir um caráter perpétuo em certos casos ímpares. Por disposição constitucional o artigo 5º, inciso XLVII dispôs que não haveria pena em caráter perpétuo, por isso, a medida de segurança deve limitar seus objetivos.

Capez (2012) enumera um serie de direitos garantidos a todo preso independente da condenação: O direito à vida, à integridade física e moral, direito a igualdade, à liberdade de pensamento e convicção religiosa, à inviolabilidade de intimidade, da vida privada, da honra e imagem, à educação e cultura, à alimentação, vestuário e alojamento, à assistência social, à saúde, dentre outros.

Ao final, todo ato do Estado seja ele civil, administrativo ou penal deverá, acima de tudo, respeitar a dignidade da pessoa humana. Tratar uma pessoa incapaz por meio de um manicômio que não o idealizado sistema hospitalar, aplicar indefinidamente a internação, restringir o tratamento apenas aos casos de internação ou a abertura de vagas, fere sem dúvidas a esta máxima.

Pois bem, analisada as questões conceituais da medida de segurança avançamos para a sua aplicação, para isso ocorrer são dois os pressupostos para a aplicação: a prática de um delito seja ele tido por crime ou contravenção penal e a periculosidade do agente. Conforme o artigo 97 do Código Penal: “Se o agente for inimputável, o juiz

determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial”.

A prática de fato punível tem por finalidade evitar a aplicação de medidas de segurança pré-delitiva, prevenindo antecipadamente a prática delituosa. Ainda, antes de se aplicar a medida de segurança o juiz deverá avaliar se a conduta prática é típica e ilícita, sem comportar outras excludentes. (PRADO, 2011).

Com relação ao critério periculosidade, temos duas possibilidades, a periculosidade presumida e a periculosidade real. No segundo caso, a constatação da periculosidade se fará por meio de perícia médico-legal realizada nos casos do parágrafo único do artigo 26. Pelos ensinamentos de Damásio de Jesus (2011, p. 591):

Fala-se em periculosidade real quando ele deve ser verificada pelo juiz. Cuida-se de periculosidade presumida nos casos em que a lei a presume, independentemente da periculosidade real do sujeito. A reforma penal de 1984 presume a periculosidade dos inimputáveis (CP, art. 97. No caso dos semirresponsáveis (CP, art. 26, parágrafo único), cuida-se de periculosidade real.

A periculosidade segundo Silveira Bueno (2000, p. 589) é “Condição em que se coloca aquilo ou aquele que constituiu ou oferece perigo perante as leis” já para Prado (2011, p. 789) considera-se periculosidade:

A periculosidade – como possibilidade de o agente vir a praticar novos atos delitivos – não pode ser meramente presumida, mas plenamente comprovada. Sua aferição implica juízo naturalístico, cálculo de probabilidade, que se desdobra em dois momentos distintos: o primeiro consiste na comprovação da qualidade sintomática de perigoso (diagnóstico de periculosidade); e o segundo, na comprovação da relação entre tal qualidade e o futuro criminal do agente (prognose criminal).

Acrescenta-se a definição “[...] José F. Argibay Molina e outros, o condicionamento total de fatores individuais e sociais de um homem e num dado momento de sua vida permitem extrair, como conclusão, um ‘juízo de probabilidade’ de que chegue a ser autor de crime [...]” (apud DAMÁSIO DE JESUS, 2011, p. 590).

É importante salientar, a prognose criminal supera a previsibilidade criminal do agente, é de sua incumbência analisar as possibilidades de recuperação do criminoso. Este é o ensinamento de Valter Fernandes e Newton Fernandes (2012, p. 230) “[...] devendo informar se tal recuperação poderá acontecer de uma ou de outra forma, de acordo com a eficácia deste ou daquele tratamento (corretivo-pedagógico, psicológico, psiquiátrico, laborterápico, combinação de alguns destes tratamentos etc.)”. Com este enxerto pode-se aferir outro elemento na aplicação da medida de segurança, o seu grau de recuperação frente ao indivíduo,

se restar comprovado à ineficácia do tratamento para conter a periculosidade do agente, ineficaz também o é a própria medida.

O artigo 96 do Código Penal prevê como medida de segurança a internação em hospital de custódia para tratamento psiquiátrico ou, em falta deste, em outro estabelecimento adequado e a sujeição a tratamento ambulatorial. Com relação à aplicação da internação, trata-se de medida detentiva obrigatória aos casos de inimputabilidade, quando os agentes cometerem crimes punidos com reclusão ou detenção. Nos casos de inimputabilidade cujos agentes cometam crimes punidos com detenção, conforme o artigo 97 do Código Penal será facultado ao juiz à substituição da internação por tratamento ambulatorial. Já para os semi-imputáveis o artigo 98 do Código Penal prevê nos casos de crimes punidos com pena privativa de liberdade se detenção ao tratamento ambulatorial e se reclusão a internação em hospital de custódia se assim o juiz entender conveniente.

Apesar de o Código Penal dispor em seu artigo 97 parágrafo 1º a indeterminação da duração da medida, sendo como medida e pressuposto para a sua aplicação à periculosidade, enquanto esta perdurar não poderá o condenado ser liberado. O artigo 98, por sua vez, dispõe um lapso mínimo de cumprimento de 1 a 3 anos.

Há uma diferença entre a medida segurança aplicada aos inimputáveis e aos semi-imputáveis. No primeiro caso, a sentença será absolutória imprópria e não há delimitação da pena, no segundo caso, o juiz deverá condenar para, posteriormente, aplicar ou não a conversão na medida.

Se não há um *quantum* definido aos inimputáveis pode a medida acabar por ser aplicada indefinidamente, o que é uma afronta ao texto Constitucional. Defende Luiz Flávio Gomes (1993, apud Bittencourt, 2011, p. 787) “[...] não pode ultrapassar o limite máximo de pena abstratamente cominada ao delito [...] pois esse seria ‘o limite da intervenção estatal, seja a título de pena, seja a título de medida’”.

No mesmo sentido, Prado (2011, p. 796) “O parágrafo único do artigo 96 do Código Penal determina que, extinta a punibilidade, não se impõe medida de segurança nem subsiste a que tenha sido imposta”. O que significa para este tipo de sanção penal ocorrerá também todos os tipos de extinção da punibilidade, dentre elas a prescrição.

Já ao semi-imputável este valor já estará definido na sentença, por força do artigo 26 do Código Penal, portanto, a duração não poderá ultrapassar a pena aplicada ao delito.

Conforme o exposto anteriormente, a disposição legal indica a aplicação da medida por prazo indeterminado, para sempre se preciso for, somente serão liberados do

tratamento, seja ele restritivo ou detentivo, aqueles que por perícia médica tiverem analisados e por conclusão tenham apreciados “curados” ou cessada a sua periculosidade. Na opinião de Palomba (1992) o perito deverá verificar não só a sua possibilidade em retornar ao crime, mas, inclusive, a sua condição social, pois, antes de ser um criminoso inimputável ele também é um cidadão e necessita de especial tratamento por parte do Estado, além da medicação inclusão social.

Porém, se a medida de segurança não possuir um caráter curativo então devemos abandonar essa “frenologia”, pois, não cabe ao Estado aplicar esta espécie de ostracismo e manter o indivíduo preso por mais tempo do que deveria ou simplesmente o libertar sem os devidos cuidados.

Pensando nisto Loudet (1939) teceu alguns comentários a respeito dos índices de fixação da periculosidade e devem ser observados pelo perito para libertar. O autor divide em três grupos: índices médico-psicológicos, índices sociais e índices legais, nesta última categoria encontram-se as condições de vida, à precocidade da execução, as circunstâncias que demonstram a insensibilidade moral do autor, etc. (apud PIEDADE JÚNIOR, p. 159, 1982).

Comprovada a cessação da periculosidade recai ao juiz da execução o poder-dever de determinar a desinternação e liberação no caso de tratamento, em caráter provisório, conforme o mandamento do artigo 178 da Lei de Execuções Penais, este mesmo artigo faz menção aos arts. 132 e 133 do mesmo diploma legal, sua finalidade é estabelecer condutas a serem seguidas pelo *condenado*, sendo revogada apenas com o transcurso do prazo de um ano conforme o art. 97 parágrafo terceiro. (PRADO, 2011).

Para nos situarmos estatisticamente a respeito da atual situação do tratamento médico-psiquiátrico na medida de segurança no Brasil foi realizado em 2011 um censo requerido pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) pela pesquisadora Debora Diniz, professora da Universidade de Brasília. No Brasil, mesmo com um Código de 1940 já prevendo o especial tratamento, como bem destaca a autora, ainda é frágil a condição de tratamento, são 23 Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico (HCTP) e três Alas de Tratamento Psiquiátrico (ATP). Estes infratores alienados representam uma população de 3989 dentre homens e mulheres até a data do senso. (DINIZ, 2013).

O que mais chamou atenção, já de prontidão na obra foi o fato da autora destacar a vedação legal para as internações asilares, mudando para o tratamento ambulatorial, foi preciso uma Lei (10.216/2001) para reforçar as garantias mínimas de dignidade humana, ainda assim, sequer se aplicaram como deveriam: “Ainda há pessoas

internadas em regime de abandono perpétuo: trinta anos é o limite da pena a ser imposta [...] Entretanto, o censo encontrou dezoito indivíduos internados [...]” (DINIZ, p. 15, 2013). Esse sistema lembra muito uma espécie de pena chamado ostracismo, uma lástima sem dúvidas.

No mesmo sentido, a situação de vinte e um por cento dos internados, eles estavam cumprindo pena por prazo superior a pena máxima cominada ao delito, apesar do caso anterior representar apenas meio por cento dos condenados na medida de segurança, essa segunda amostra aponta para a injustiça marcante do sistema (DINIZ, 2013).

Basicamente o atual modelo é o asilar quando deveria ser ambulatorial, conforme dito anteriormente e de acordo com a legislação, o primeiro modelo seria uma espécie de prisão médica, no lugar de carcereiros os enfermeiros, com características idênticas, muros, grades e algemas, já o modelo ambulatorial é marcado por uma forte desinstitucionalização, segundo Paulo Amarante (1996) esse movimento é fruto de medidas adotadas no governo norte-americano de Kennedy, sua principal meta é fornecer atendimento antes do cometimento do crime, evitar erros de internação, e principalmente, não afastar o indivíduo da sociedade. (apud CARNEIRO; ROCHA; 2004).

Alguns enxertos relevantes apanhados do censo, ele dividiu a população da medida de segurança em três grupos, os primeiros em internação temporária representando 1.033 pessoas, os segundos já em medida de segurança e os terceiros em medida devido à conversão de sentença comum de restrição de liberdade representando 2.956 enfermos (DINIZ, 2013).

Noventa e um por cento dos internos estão sob o regime de internação e apenas um por cento estão em tratamento ambulatorial, demais sem informação. No quesito faixa etária, há uma homogeneidade entre 25 e 60 anos, já para o nível de instrução, vinte e três por cento são analfabetos, quarenta e três por cento não completaram o nível fundamental, treze por cento tem o nível fundamental completo, seis por cento o nível médio e os demais, sem chegar a um por cento, se encaixam em nível superior e subsequentes níveis, quatorze por cento não possuem informações (DINIZ, 2013).

Após o advento da lei 10.216 não houve mais construção de nenhum (HCTP), antes disto o último foi o do Estado do Amazonas em 1988. O sistema para diagnóstico utilizado pelo Ministério da Saúde em nossa pátria é o CID-10, portanto, os internados passaram por esta rotulação para adentrar no regime da medida de segurança. Noventa e dois por cento dos internos são homens e sete por cento mulheres, os demais não há dados suficientes (DINIZ, 2013).

Dos 97 condenados com epilepsia, somente 7 se submeteram ao eletroencefalograma. Esquizofrenia na população em mandado de segurança por conversão de pena corresponde a quarenta e quatro por cento das internações, o abuso de drogas e álcool representa quinze por cento, seguida pelo retardo mental com doze por cento, os transtornos da personalidade cinco por cento e a epilepsia três por cento, dezesseis por cento não possui informação, os demais representam parcelas menores de outros transtornos (DINIZ, 2013).

Vinte e cinco por cento da população em mandado de segurança já havia sido condenada por infração penal anterior e sessenta e nove por cento não, os demais não há informação a respeito. Os crimes com maior índice são: o atentado contra a vida e os contra o patrimônio, vinte e seis e quarenta e cinco por cento respectivamente (DINIZ, 2013).

Estes poucos dados apontados no trabalho demonstram, em síntese, as peculiaridades do tratamento empregado pelo Estado na medida de segurança.

4 TRANSTORNO DA PERSONALIDADE ANTISSOCIAL E PSICOPATIA

Para Eça (2010) o transtorno ficou primeiramente datado na história por volta dos anos 1500 quando o professor de medicina italiano Girolano Cardamo descreveu o seu filho entre a loucura e a sanidade, acusado do assassinato da própria mãe. No ano de 1835 Prichard foi um dos primeiros a defender a tese de que poderiam existir insanidades sem o comprometimento de outras funções cerebrais.

Emprestando a síntese histórica de Palomba (1996), relata-se ao longo dos anos a psicopatia, iniciando-se com Esquirol em 1810, sob o nome de “monomania instintiva ou impulsiva”, por sua vez, em 1835 Pritchard os descreveu com o título de “moral insanity”, ou seja, insanidade moral, indivíduos portadores deste desvio apresentavam sintomas de atrofia moral e perversão dos sentimentos. Em 1923, apesar da imprecisão técnica e das críticas recebidas a esta nomenclatura, a famosa expressão de Kurt Schneider ganhou o gosto da população, dando ao transtorno o nome de “personalidade psicopática”.

É importante compreender o conceito personalidade, tão amplamente utilizado em diversas áreas por isso cita-se Gordon W. Allport (1937) um dos precursores na definição de personalidade a conceitua da seguinte maneira: “a personalidade é a organização dinâmica dos sistemas psicofísicos do indivíduo que determinam a sua particular adaptação ao meio ambiente” (apud PIEDADE JÚNIOR, 1982, p. 108).

Palomba prefere a substituição deste termo por condutopatia, pois, segundo seus ensinamentos o psicopata apresenta distúrbios na conduta, desta forma acresce “[...] *pathos*, em grego, é a reunião de sintomas e sinais de semelhante evolução e originários de uma mesma causa específica ou não” (1996, p. 141). Eça (2010) não concorda com o uso da nomenclatura condutopatia uma vez que ela pode significar qualquer desvio na conduta do agente, sem ser realmente um padrão.

Como bem destaca Odon Ramos Maranhão (2003), ao longo dos anos o quadro clínico foi sendo severamente criticado e evoluindo, se tornando mais evidente com as notícias televisivas, caindo no conhecimento popular, assim cita com tom jocoso o comentário de Leo Kranner a definição de psicopatia “Um psicopata é alguém de quem você não gosta” (1961, apud MARANHÃO, 2003, p.80).

Dentre todas as nomenclaturas utilizadas, há um consenso em rotular a enfermidade como transtorno da personalidade antissocial, no CID-10 (Classificação Internacional de Doenças – Décima edição), uma espécie de codificação, assim como o sistema DSM, criada com uma finalidade de organizar e padronizar no âmbito internacional

dos sintomas comuns, suas origens, etc., sob os itens F60-69 enquadra-se os transtornos da personalidade, precisamente, no transtorno da personalidade não especificado (F69).

A Associação Americana de Psiquiatria possui um manual utilizado para diagnosticar transtornos (O Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders – DSM), atualmente na sua 5ª versão. Para o DSM-V (2013) o TPA é um diagnóstico retirado a partir do momento em que esta situação se exterioriza como um padrão duradouro das características individuais do comportamento desviado do padrão cultural aceito presumem-se como condutas contrárias as sociedades com base nos valores por ela defendidos.

Fernandes e Fernandes (2012) reforçam a situação do homem e a sociedade, a violência e a agressividade é um fruto da evolução e da seleção de características. Enquanto a agressividade é um sinal da autoproteção a violência é destrutiva, sendo o oposto da característica anterior, não agrega desenvolvimento ao ser. Esta agressividade tem como base em fatores predeterminados na genética em comandos, posteriormente ativados pelo sistema endócrino, para determinadas condutas. Citam Tinbergen, Dart, Lorenz, Morris e Montagu, em síntese, os seres humanos seriam símios socializados com padrões carnívoros, de um lado a organização territorial e intersocial dos membros de outro a ordem por hierarquia comum aos predadores como os lobos e os leões, todavia, é um tema polêmico no meio científico.

Relembrem duas passagens de grandes psicanalistas, a de Freud “[...] diz que essa agressividade é uma manifestação consciente do instinto de morte” e Adler “[...] considera-a como manifestação normal ou neurótica da ‘vontade de poder’”. (FERNANDES e FERNANDES, 2012, p. 111).

Pois bem, nota-se ao longo da história humana a evolução de valores, o desenvolvimento humano, o surgimento da tecnologia e suas transformações sociais. Contudo, certos fenômenos aparecem repetidas vezes em todas as formas de civilização, as condutas não toleradas, na sua maioria, chamadas de crime. Alguns crimes ultrapassam o limite do tolerável, chamando atenção da sociedade para a sua contenção, naturalmente, cada área científica vai defender a sua linha de pesquisa na origem dos fatores deste crime.

Por essa razão, como leciona Maranhão (2003), criamos leis para delimitar essas condutas, conseqüentemente, criamos categorias, mas, estas categorias nada dizem sobre os fatores dos originários do crime, fatores estes imprescindíveis para uma recuperação. Esta busca por fatores e classificação em grupos segundo o magnífico magistério de Maranhão (2003, p. 12) é parte de um processo útil visto que:

[...] facilitará a metodização do tratamento a ser ministrado ao delinquente (interesse criminológico), auxiliará na previsão da reincidência (prognóstico criminológico) e orientar nas medidas preventivas da criminalidade (profilaxia criminal).

Merece destaque este trecho, pois, reiteradamente nos deparamos com leituras e autores que procuram negar, com maior ou menor força, a influência de condições individuais como fatores da prática criminal. Por um lado concordamos ser impossível racionalizar o crime, por outro, é evidente a condição patológica do indivíduo dentro da sociedade e a necessidade de um tratamento ímpar.

E continua, a busca pelas causas é fundamental para acabar com o crime, pois, elas precisam ser removidas para que estes criminosos possam ser reintegrados ao meio social; terapêutica só será possível se se levar em conta a personalidade do agente.

4.1 CARACTERÍSTICAS DA DOENÇA

O TPA encontra-se, de acordo com o DSM-V (2013), entre outros 10 tipos de personalidades problemáticas, com o nome de “Antisocial Personality Disorder” caracterizada por um padrão de desrespeito as normas e ao direito dos semelhantes.

A obra faz um destaque interessante, cerca de 9% dos enfermos, possuem mais de um transtorno de personalidade e segundo o levantamento nacional de epidemiologia sobre o álcool e condições relacionadas nos anos de 2000-2001 nos Estados Unidos apontou que 15% dos adultos possuem algum tipo de transtorno da personalidade.

Para chegar ao diagnóstico de transtornos, em geral, o manual indica quatro características prejudicadas e comumente presentes nestas personalidades, são elas: a cognição (interpretar pessoas e a si próprio); a afetividade (respostas emocionais e variações); a relação interpessoal e o controle do impulso.

Rotular um indivíduo precede de demonstrações inflexíveis das características acima apontadas, ocasionado problemas familiares, ocupacionais e sociais, de longa duração e com comportamentos repetidos, não advindos de uso de substâncias psicotrópicas ou medicamentos, e ainda, não advém de uma doença mental. Tomando o cuidado para não classificar levemente o enfermo, o psiquiatra poderá tomar as providências necessárias ao tratamento.

Com base no descrito no manual, a personalidade antissocial classifica-se segundo os seguintes critérios (DSM-V, 2013, p. 659):

- A. A pervasive pattern of disregard for and violation of the rights of others, occurring since age 15 years, as indicated by three (or more) of the following:
1. Failure to conform to social norms with respect to lawful behaviors, as indicated by repeatedly performing acts that are grounds for arrest.
 2. Deceitfulness, as indicated by repeated lying, use of aliases, or conning others for personal profit or pleasure.
 3. Impulsivity or failure to plan ahead.
 4. Irritability and aggressiveness, as indicated by repeated physical fights or assaults.
 5. Reckless disregard for safety of self or others.
 6. Consistent irresponsibility, as indicated by repeated failure to sustain consistent work behavior or honor financial obligations.
 7. Lack of remorse, as indicated by being indifferent to or rationalizing having hurt, mistreated, or stolen from another.
- B. The individual is at least age 18 years.
- C. There is evidence of conduct disorder with onset before age 15 years.
- D. The occurrence of antisocial behavior is not exclusively during the course of schizophrenia or bipolar disorder.

Em resumo os sintomas principais aparecem aos 15 anos, por repetidas vezes desrespeitam as normas recaindo em figuras criminais, marcante falsidade, fazem tudo em troca do próprio prazer, impulsividade e falta de planejamento, agressividade e irritabilidade, não prezam pela segurança dos outros ou a sua, marcante irresponsabilidade, por fim, a empatia, não se importam com os sentimentos dos outros.

No uso destes critérios para diagnóstico, mais de 70 por cento dos enfermos, são homens com abuso de drogas ou nas prisões. O transtorno exterioriza-se ao longo da vida, porém, por volta dos 40 anos haveria uma diminuição nesta dos sintomas.

Uma passagem de grande destaque quando se refere ao termo psicopatia, utilizado pelo DSM-V (2013) como se este fosse uma variante do TPA, agregando aos sintomas a falta de medo, reações corporais e psicológicas ou ansiedade, por isso, justifica-se no paciente a busca frequentemente atividades excitantes, dentre elas as atividades criminosas ou arriscadas.

Filiamo-nos a esta teoria, pois, o psicopata, possui todas as características narradas ao TPA, contudo, nem todos são iguais, apresentam diferenças marcantes, ao ponto de vários autores os classificarem em diversas categorias, o que em verdade, podem ser manifestações diferentes agregadas a outros transtornos, fruto da educação ou do meio social, principalmente, podem, inclusive, ser respostas a traumas.

Robert D. Hare (1973, p. 5) ao citar Cleckley (1964), observa que as características deste transtorno são relevantes e prejudiciais a qualquer convívio social:

[...] Com base em sua ampla experiência, resumiu o que considera como principais aspectos de distúrbio: encanto superficial e boa inteligência; ausência de delírio e outros sinais de pensamento irracional; ausência de “nervosismo” ou manifestação neuróticas; irresponsabilidade; mentira e insinceridade; falta de remorso ou vergonha; comportamento anti-social sem constrangimento aparente; senso crítico

falho e deficiência na capacidade de aprender pela experiência; egocentrismo patológico e incapacidade de amar; pobreza geral de reações afetivas; perda da capacidade de discernimento, indiferença em relações interpessoais e às vezes sem bebida; ameaças de suicídio raramente levadas a efeito; vida sexual impessoal, trivial e pobremente integrada; dificuldade em seguir qualquer plano de vida.

Eça (2010) sinaliza para a problemática do tema, existindo entre psiquiatras e operadores do Direito uma discrepância de entendimento porque quando estes enfermos são condenados ao regime carcerário comum, sem tratamento adequado, saem piores do que entraram.

Para Hare (1973) o transtorno consiste em uma anormalidade na personalidade do agente, a personalidade, por sua vez, é a soma dos fatores individuais e dos fatores sociais, ela evolui com a união destes dois fatores em cinco fases da vida, seriam elas a infância, a juventude, o estado adulto, a maturidade e velhice. O distúrbio, para Hare (1973) não afetaria a inteligência, porém, atinge a outros fatores ligados a vida social do portador, dentre eles a afetividade, a impulsividade o temperamento, etc., a seguinte passagem ilustra isto “[...] estudo epidemiológico chegou a registrar que somente 47% daqueles que eram caracterizados como tendo distúrbios da personalidade acabavam por apresentar histórias de processos criminais significativos” (EÇA, 2010, p. 283).

Não é diferente de outros posicionamentos, para Robert D. Hare, em 1973, levantou variadas teses e opiniões de outros pesquisadores apontando para os psicopatas como seres incapazes de sentir as emoções humanas, agindo sempre pelo impulso. Karpman (1961) descreve-os da seguinte forma: “Ele não experimenta nem os aspectos psicológicos nem os fisiológicos da ansiedade ou do medo, embora possa reagir com algo semelhante ao medo quando seu bem-estar imediato é ameaçado” (apud HARE, 1973, p.5). O autor, em acordo com McCord e McCord (1964), concluiu que os principais sintomas deste distúrbio se resumiriam em dois: a incapacidade de amar e sentir culpa.

Destaca citando Karpman (1961), de acordo também Maranhão (2003), a tênue diferença entre o enfermo e um indivíduo normal que apresenta reiteradas condutas antissociais. A confusão pode ocorrer entre um psicopata ou personalidade antissocial e um indivíduo portador de uma personalidade dissocial, pois, apesar de cometerem atos desprovidas de valores sociais desejados, diferem-se na conduta, o psicopata não adere a grupos ou valores, enquanto o portador de personalidade delinquente segue as normas do seu grupo, como exemplo, o soldado do tráfico que se reporta as normas a respeito da delação e hierarquia.

O mestre afirma, segundo as pesquisas de Weschser Bellevue Intelligence Scale (1958), que os psicopatas em geral têm um QI (quociente de inteligência) mais alto, apesar de possuírem uma tendência a pensamentos divergentes e práticas ilícitas, aqueles que não são pegos, se enquadrariam perfeitamente neste grupo, os demais, por terem sido detidos, pode significar um QI abaixo da média. “Não há dúvida que mesmo aqueles psicopatas que são presos às vezes conseguem ser bem sucedidos em suas atitudes” (HARE, 1973, p. 13).

Segundo Kaplan (1997) “A escolha deste tema deve-se, principalmente, ao fato de que a prevalência do transtorno da personalidade anti-social é de 3% nos homens e 1% entre as mulheres, e, nas populações carcerárias, a prevalência desse transtorno pode chegar a 75%” (apud SOUZA, 2001, p.117).

Reforçando a existência e aceitação da maioria dos profissionais brasileiros a respeito da existência de um dito “distúrbio de personalidade” faz-se necessário citar uma passagem de Delton Groce (2012), conforme o exposto pelo autor em sua obra, o V Congresso Brasileiro de Neurologia, Psiquiatria e Medicina Legal (1946) classificou e dividiu as doenças mentais em 13 grupos: Psicoses por infecção e infestações; Psicoses devidas à sífilis; Psicoses exóticas (Substâncias); Psicoses endotóxicas; Psicoses por lesões cerebrais; Oligofrenias; Epilepsias; Esquizofrenias; Psicoses maniaco-depressivas; Psicoses mistas e associadas; Psicoses psicogênicas; Neuroses; Personalidade psicopáticas.

Apesar de ao longo dos anos esta classificação ter sido aprimorada, muitas das doenças presentes nesta antiga lista alteraram apenas a sua nomenclatura e a forma de divisão, a maior parte dos profissionais de saúde socorrem-se ao CID-10 e ao DSM-V para classificar e delimitar as doenças mentais, pelo exposto, não restam dúvidas a respeito da existência do transtorno e sua delimitação, a seguir cabe apontar as prováveis causas destes terríveis sintomas.

4.2 ORIGEM

Com relação às causas, o DSM-V (2013) afirma ser possível existir dentro uma série de manifestações do transtorno a sua ligação com outros transtornos e até mesmo uma má formação constitucional:

Some personality disorders may have a ‘spectrum’ relationship to other mental disorders (e.g., shizotypal personality disorder with schizophrenia; avoidant personality disorder with social anxiety disorder [social phobia]) based on phenomenological or biological similarities or familial aggregation. (2013, p. 648).

Uma pesquisa feita por Gray e Hutchison (1964) com 937 psiquiatras canadenses apontou em um dos quesitos que 43,9 por cento deles acreditavam que a causa do distúrbio era uma soma entre fatores genéticos e biológicos. (HARE, 1973).

Por isso, pode concluir Hare (1973) com o estudo de farmacológicos, dentre eles o “mecolil”, citando Kaplan (1960), seus estudos comprovaram que em resposta ao medicamento, o psicopata teria as suas tendências ampliadas à agressividade, por fim, conclui que o uso de depressores influenciaria sim na agressividade, pois, estas drogas reduzem as inibições do enfermo sobre o controle do comportamento agressivo.

Guido Palomba destaca os estudos apontando como causa do transtorno a uma sequência de maus funcionamentos do cérebro. Para o autor a epilepsia temporal é uma nítida marca deste transtorno, cita Carlo Ferrio (1970) para fundamentar “Na epilepsia temporal (condutopática), sobre uma aparente lucidez, que na verdade é um estado crepuscular, o sujeito pode praticar delito de crueldade, bastialidade inaudita, com uma premeditação minuciosa e relativamente longa, mas é apenas uma lucidez aparente...” (apud PALOMBA p. 142, 1996). O autor está convencido da presença de sintomas clínicos da epilepsia (1996, p.142):

O crime, se for violento, apresentará, no mínimo, quatro dentre estes sete características seguintes: multiplicidade de golpes, ausência de motivos plausíveis, ferocidade na execução, ausência de premeditação, instantaneidade na ação, falta de remorso e amnésia ou reminiscências mnêmicas confusas

Um breve parêntese neste ponto, a frase final supracitada, significa que as memórias construídas sobre o ocorrido são representações do que ele, o criminoso, acredita ter ocorrido. Reforçando o que foi dito a passagem de Delgalarrondo (2000): “imagem representativa ou mnêmica: Se caracteriza por ser apenas uma revivescência de uma imagem sensorial determinada, sem que esteja presente o objeto original que a produziu.” (apud LEAL, 2012).

Continua Palomba “[...] No caso dos condutopatas, temos notado que, via de regra, a memória quase sempre está conservada, nunca há remorso e o delito pode dar uma falsa idéia de premeditação” (1996, p. 142).

Para explicar como a formação constitucional do paciente afeta na sua vida Maranhão (2003) cita Craft (1966), para este autor, basicamente, o transtorno afeta a empatia e gera atividades impulsivas em maior grau. Gerando como resultado ausência de culpa, agressividade, incapacidade em apreender e falta de motivação adequada, o seu posicionamento:

A psicopatia - no sentido restrito de "personalidade psicopática" - sempre foi atribuída a fatores heredo-constitucionais. Já em 1850, Morel falava em "herança de generativa" e em 1888 Koch dava-lhe a denominação e "inferioridades psicopáticas". Até hoje não se afastou a causalidade biológico-constitucional. O estudo comparativo de gêmeos adquiriu importância primordial nas investigações da hereditariedade [...]. (MARANHÃO, 2003, p. 82).

Na obra de Souza (2001) há duas interessantes teorias a respeito da provável origem da psicopatia, a primeira refere-se ao hormônio AVP (vasopressina), recentes estudos apontam-no como responsável pelo controle, além da sua função básica de regulação osmótica, etc., em um artigo sobre os efeitos deste hormônio Maria Conceição Peixoto, Amândio Sousa Rocha e J. Soares-Fortunato apontam resultados interessantes com relação a presença deste hormônio e a agressividade, bem como seu papel na aprendizagem e no comportamento (2003, p. 88-89):

Há um consenso quanto ao facto da agressividade ser consequência da desregulação de circuitos muito específicos e que envolvem a amígdala e as projecções directas e indirectas da sua divisão basolateral para o córtex pré-frontal, que por sua vez inibe a amígdala. Conhece-se também a importância de uma projecção serotoninérgica proveniente dos núcleos da rafe que, se lesada ou desregulada, inibe o córtex pré-frontal e, conseqüentemente, desinibe a amígdala. Esta desinibição parece ser a causa da agressividade porque deixam de ter lugar respostas do tipo "punishers" – punitivo. A serotonina, um peptídeo muito abundante no córtex pré-frontal, é o mediador envolvido. Assim o demonstram os baixos níveis de serotonina presentes no cérebro de indivíduos violentos e agressivos. Mas porquê falar deste comportamento se o trabalho é sobre a Vasopressina? Se por um lado existem evidências que estes baixos níveis de serotonina são acompanhados por altos níveis de Vasopressina (que pode ser a responsável pela própria inibição dos núcleos da rafe) por outro existem projecções directas do hipotálamo para esses núcleos. Tal como já se tinha referido, ao nível do tronco cerebral uma das "estruturas" que apresentavam receptores para a Vasopressina eram os núcleos reticulares, ou seja, da formação reticular, e cuja coluna medial contém neurónios responsáveis pela produção de serotonina (Gray's Anatomy, 1995). Em experiências realizadas no arganaz, verificou-se que quer os machos quer as fêmeas se tornam muito agressivos depois da experiência sexual; no entanto, nas fêmeas essa agressão pós-cópula é menos evidente e muito mais lenta. O mesmo se passa em relação aos machos *praire vole*, onde essa agressividade já não é também evidente [...].

A segunda teoria aponta para uma má formação genética que influenciaria no comportamento do indivíduo, Davi A. Nielsen, Richard Kavoussi e associados (1997) apontam como causa das condutas antissociais a:

[...] variação do gene TPH (trypton hydroxylase) mapeado no braço menor do cromossomo 11 [...] Estão sendo associados a esse gene os impulsos agressivos e, conseqüentemente, os comportamentos violentos ocasionados, principalmente, pela alteração da concentração do ácido 5-hidroxiindolacético (5-HIAA) no FCR (fluido céfalo-raquidiano). Indivíduos com baixa concentração de 5-HIAA no FCR podem ter alterações nos genes controladores da síntese e metabolismo da serotonina – importante neurotransmissor nas funções cerebrais -. (apud SOUZA 2001, p. 120-121).

James Fallon, neurocientista famoso por seu auto diagnóstico a respeito do transtorno, defende uma teoria semelhante, em uma rápida palestra disponibilizada no sítio eletrônico “www.ted.com”, não divergindo do conteúdo da sua obra publicada “The Psychopath Inside: A Neuroscientist's Personal Journey into the Dark Side of the Brain”. Pois bem, a sua teoria consiste, principalmente aos psicopatas assassinos em serie, a construção deste tipo em específico, requer a soma de três fatores a estrutura genética, uma lesão cerebral (Biológica – chamada por ele de epigenética) e a interação com o meio ambiente.

A agressividade fora do comum existe em razão do gene MAO-A, ligado ao cromossomo X e por isso, os homens estão mais suscetíveis a esta variação, já que recebem o X unicamente da mãe, enquanto a mulher pode receber um cromossomo X também do pai e igualar as condições. Para provar esta teoria de herança genética, o palestrante cita a sua própria árvore genealógica, nela notaram-se indivíduos violentos em ambas as famílias. Então, possuindo este gene no útero materno e exposto a uma descarga de serotonina, futuramente estará imune a este neurotransmissor, principal responsável pelo relaxamento e controle da agressividade no ser humano. Logo, o fator que vai alterar a sua vida social permanentemente é a exposição à violência, marcando-o a repetir estes atos.

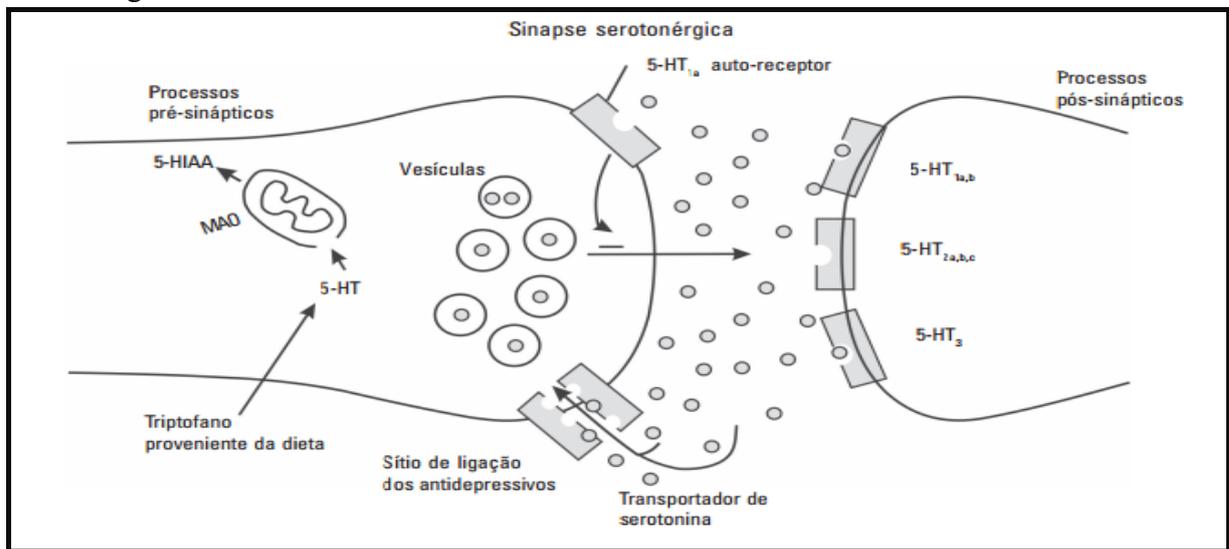
A questão social é amplamente aceita como umas das causas motivadoras do distúrbio, McCord e McCord (1964), “[...] concluíram que a privação emocional ou grave rejeição parental é uma das principais causas da psicopatia [...] uma rejeição mais leve em combinação com 1) lesão cerebral ou 2) um dos pais psicopatas [...] podem produzir a psicopatia” (apud HARE, 1973, p. 85).

Esta teoria do MAO-gene é bem explicada por Cristina Marta Del-Ben (2005), ela aponta a tênue diferença entre TPA e a psicopatia, semelhantes das atitudes impulsivas, acrescentando a falta de empatia, arrogância e vaidade. O que merece destaque é a sua busca por uma causa, uma origem destes sintomas, em sua opinião, não deixa de levar em conta os fatores educacionais quando criança, mas, destaca o papel central do cérebro nesta dinâmica.

Citando Damásio (1994), Cristina Del-Ben (2005) usa o exemplo do operário padrão Phineas Gage, após ter sofrido um acidente com perfuração no crânio e milagrosamente sobreviver, a área transfixada corresponderia ao lóbulo frontal. Como efeitos do acidente a sua personalidade nunca mais foi à mesma, apresentando comportamento desregrado, agressivo e desrespeitoso. A amígdala também é apontada como estrutura responsável pelo comportamento. Outra possibilidade levantada por ela é um provável defeito nos receptores de dopamina, afetando a capacidade do sistema de recompensa do ser humano.

Então, com relação a anterior teoria citada, a debilidade nos níveis de serotonina (5-HT) tem-se relacionado ao comportamento de criminosos violentos, o triptofano é o precursor deste neurotransmissor, o que leva Cristina Del-Bem (2005, p. 31) a concluir que “Criminosos anti-sociais e violentos apresentaram níveis plasmáticos significativamente mais elevados de triptofano livre que controles saudáveis, sugerindo um distúrbio do metabolismo de triptofano [...]”. A sua ilustração explica este funcionamento:

Figura 2: Representação esquemática dos processos envolvidos na neurotransmissão serotoninérgica.



Fonte: Cristina Del-Bem (2005, p. 31).

Pelas teorias apontadas até agora, nos filiamos às ultimas, mais especificamente a do pesquisador James Fallon, unindo três fatores para o aparecimento dos sintomas. Descartamos a teoria da epilepsia condutopática, pois, como exemplo usaremos a imagem de Robert Hare, o EEG (eletroencefalograma), o experimento para monitorar as ondas cerebrais e analisar suas irregularidades mostra uma diferença entre os transtornos, enquanto a psicopatia se caracteriza por ondas lentas, a epilepsia é marcada por lapso pontiagudos nos registros.

Os mais variados trechos a respeito deste exame, em se tratando de epilepsia “O eletroencefalograma em vigília mostrou alterações de natureza localizada, caracterizadas por ondas agudas em ambas as regiões temporais anteriores e médias, independentemente, mais abundantes à direita, assim como ondas lentas entre 4 a 7 Hz nas regiões temporais anteriores.” (OTTO J. HERNÁNDEZ-FUSTES, PAULO ROGÉRIO M. DE BITTENCOURT, 1995, p. 1, grifo nosso).

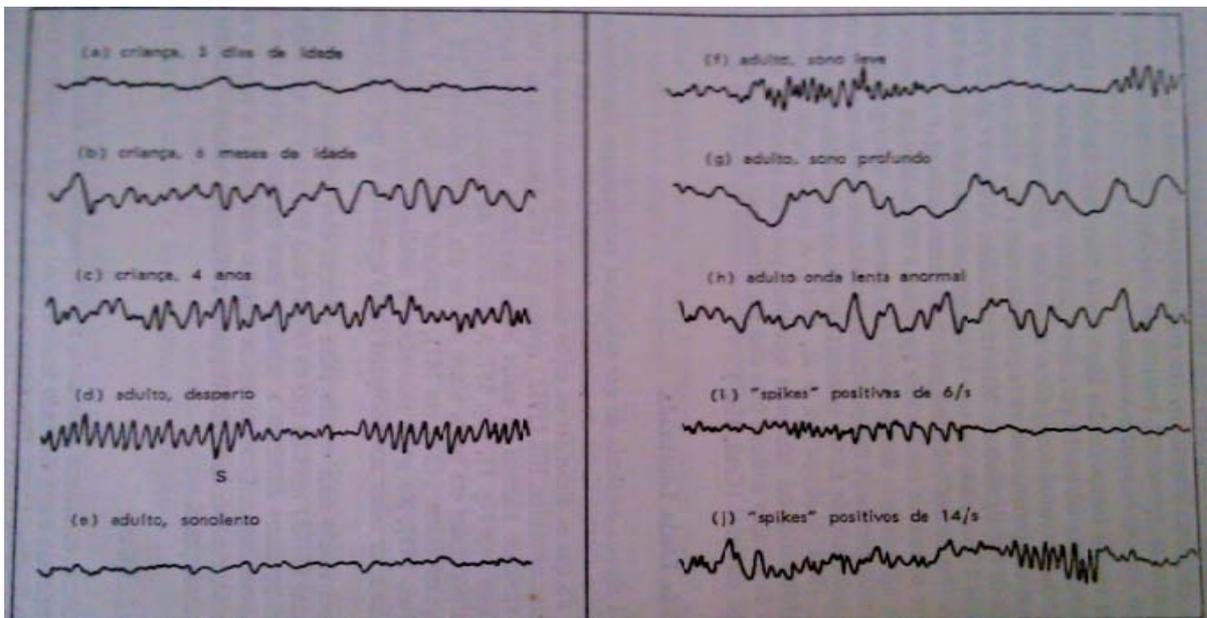
“Achados anormais no exame eletroencefalográfico (EEG) também foram encontrados em indivíduos com transtorno de personalidade anti-social que praticaram crimes. Uma das anormalidades registradas mais freqüentemente tem sido a persistência de ondas lentas nos lobos temporais” (HILDA C. P. MORANA; MICHAEL H. STONE; ELIAS ABDALLA-FILHO; p. 75, 2006).

Para a psiquiatra Regina Maria França Fernandes (2007) os relatos do EEG em relação à epilepsia são os seguintes:

Paroxismos epileptiformes são ondas cerebrais que se destacam por sua morfologia diferente da atividade elétrica cerebral, com aspecto mais pontiagudo, com amplitude habitualmente mais elevada e composição variável em relação à linha de base do EEG, tendo componentes negativos (deflexão acima da linha de base) e positivos (deflexão abaixo da linha de base). Costumam também ser acoplados, ou seguidos por ondas lentas, diferentes das que se observa na atividade elétrica normal do indivíduo.

Enquanto nos psicopatas prevaleceriam ondas lentas, durante a vida humana, segundo Robert D. Hare (1973), as ondas tendem a se tornarem mais rápidas, o fato de as ondas cerebrais do enfermo serem lentas pode levar a conclusão de uma imaturidade cerebral destes indivíduos, a ilustração:

Figura 3: Alguns tipos de onda de EEG registro em (d) mostra alfa sendo bloqueadas no ponto S, e sendo temporariamente substituída por ondas betas.



Fonte: Robert D. Hare (1973, p. 27)

Mais adiante, “Os resultados de vários estudos (Knout, Platt, Ashby e Gottlieb, 1953) envolvendo mais de 700 sujeitos mostraram notável consistência – 49 a 58% dos sujeitos

em cada estudo apresentavam anormalidades eletroencefalográficas, em geral atividade de ondas lentas disseminada” (HARE, p. 28, 1973).

4.3 TRATAMENTO MÉDICO E JURÍDICO

Profilaxia é a palavra chave para qualquer tratamento médico, por profilaxia entende-se como o conjunto de medidas utilizadas para evitar a propagação das doenças (SILVEIRA BUENO, 2000).

Desta forma quando falamos em doenças mentais devemos evitar situações, condições, substâncias, e outras coisas mais, que desencadeiam, potencializem os efeitos das características já existentes dentro do ser enfermo. Pensando no TPA e na psicopatia, considerando serem eles uma soma de fatores constitucionais e educacionais, o jurista deve se socorrer dos tratamentos médicos adequados, nesta linha de pensamento poderíamos pensar na psiquiatria e na psicologia, intervenções cirúrgicas, farmacológicas e as terapias.

Antes de tudo é preciso termos em mente a homogeneidade dos diagnósticos, portanto, adotaremos as nomenclaturas do CID-10 e do DSM-V, posteriormente, na esfera jurídica os peritos deveram, conforme o trabalho feito pela ilustre Hilda Clotilde Penteadó Morana (2003), já citada nesta monografia dada a sua importância, utilizar a sua escala adaptada PCL-R de Robert Hare (1991) para separar os criminosos convencionais dos psicopatas e antissociais, segundo os seus apontamentos a escala de sensibilidade alcançou 84,8 por cento e a confiabilidade pelo índice de Kappa ganhou o valor de 0,8735. A escala consiste em vinte itens utilizados como forma de questionamentos pontuados em zero, um e dois, totalizando até quarenta pontos, a escala de corte é de vinte e cinco pontos, acima disto pode-se considerar o criminoso psicopata. As perguntas são basicamente estas, divididas em dois fatores o primeiro formado por características nucleares a personalidade e o segundo por características que apontam instabilidade e vida crônica com tendências antissociais:

- 1) Encantamento simplista e superficial;
- 2) Auto-estima grandiosa (exageradamente elevada);
- 3) Necessidade de estimulação;
- 4) Mentira patológica;
- 5) Astúcia e manipulação;
- 6) Sentimentos afetivos superficiais;
- 7) Insensibilidade e falta de empatia;
- 8) Controles comportamental fraco;
- 9) Promiscuidade sexual;
- 10) Problemas de comportamento precoce;
- 11) Falta de metas realistas a longo prazo;
- 12) Impulsividade;
- 13) ações próprias;
- 14) Incapacidade de aceitar responsabilidade diante de compromissos;
- 15) Relações afetivas curtas (conjugais);
- 16) Delinquência juvenil;
- 17) Revogação de liberdade condicional;
- 18) Versatilidade criminal;
- 19) Ausência de remorso ou culpa;
- 20) Estilo de vida parasitária. (MORANA, Hilda. 2003, www.hare.org).

Benjamin J. Sadock e Virginia A. Sadock (2012) propõem para diagnóstico destes enfermos o uso do eletroencefalograma, pois, muitos vão apresentar, ainda que minimamente, lesões cerebrais, a partir da certeza, o tratamento imputado por eles consistiriam na psicoterapia e na farmacoterapia. Os mestres concordam ser praticamente impossível obter significativos resultados com a psicoterapia, de qualquer forma, seu foco deverá ser a contenção dos comportamentos destrutivos por meio de grupos de autoajuda formados por outras personalidades antissociais, o terapeuta deverá distinguir controle de castigo, bem como, discriminar a insistente necessidade de confronto inata a esta enfermidade. Para o uso de medicação, dada a sua complexidade ao nosso entendimento, se transcreve a baixo:

A farmacoterapia serve para lidar com sintomas como ansiedade, raiva e depressão, mas os fármacos devem ser usados de forma prudente devido ao risco de abuso. Caso o paciente evidencie TDAH, psicoestimulantes como metilfenidato (Ritalina) podem ser úteis. Há tentativas de alterar o metabolismo de catecolaminas com fármacos e de controlar o comportamento impulsivo com antiepiléticos como a carbamazepina (Tegretol) ou o valproato (Depakote), especialmente em casos de ondas eletroencefalográficas anormais. Agentes B-adrenérgicos podem ser administrados para reduzir a agressividade (SADOCK; SADOCK; 2012, p. 324).

A psicanálise por seu tempo explicariam os fenômenos sob uma ótica mais social que coerentemente consegue explicar os reflexos destes acontecimentos familiares e sociais sobre o desenvolvimento da conduta do criminoso, neste sentido Valéria Barbieri, André Jacquemin e Zélia Maria Mendes Biasoli Alves (2004, p. 157-158):

De acordo com Freud (1928/1976), o sentimento de culpa não apenas existe na mente do criminoso, como é anterior ao ato anti-social. O crime aconteceria em função de uma culpa inconsciente e seria usado para racionalizá-la. A psicodinâmica do criminoso remeteria ao complexo de Édipo, especificadamente ao processo de formação do superego no menino, tal como vivido por uma personalidade com forte disposição bissexual. Nessa ocasião, se o pai foi duro e cruel na realidade, o superego herdará dele esses atributos tornando-se sádico, enquanto o ego se converte em masoquista. [...] desenvolvimento da tendência anti-social, Winnicott (1956/1999) reitera que ela não é um diagnóstico em si [...] Quanto à conduta terapêutica, ele sustenta que o seu tratamento não é a psicanálise mas a provisão de cuidados estáveis por parte do ambiente, que deve dar apoio ao ego [...]

Esta visão representa para nós um papel essencial do Estado na formação do indivíduo, deverá o poder público intervir nestes ambientes familiares mal formados e violentos para que a criança não repita em seu futuro atitudes antissociais, a terapia a aqueles que precocemente apresentem estas atitudes reiteradas acrescidas no afastamento do lar e não simplesmente à aplicação da medida socioeducativa.

No entanto, para aqueles seres já formados, após o delito nos resta analisar as consequências legais plausíveis a estes criminosos. Começaremos pela pena de morte, vedada em nosso ordenamento, salvo em casos específicos de guerra, parece ser uma solução rápida para os criminosos inveterados e homicidas confessos como o psicopata assassino em serie. A igreja já teve um dos seus grandes filósofos apoiando a pena de morte, pelos ensinamentos de Basileu Garcia (1959) foi o Santo Tomás de Aquino quem a patrocinou “[...] assim como ao médico era lícito amputar o membro infeccionado para salvar o corpo humano ameaçado, se devia permitir que o príncipe exterminasse o elemento nocivo ao organismo social” (apud PIEDADE JÚNIOR, 1982, p. 32).

Como analisamos anteriormente o Estado é fruto de um contrato entre o soberano e o seu povo, sua função é resguardar a todos os direitos pactuados, ainda se daqueles que contra ele se levantou, na esfera criminal, não conseguimos imaginar um sistema penal embasado puramente na teoria e na dogmática penal, ele é complexo, construído desde uma política criminal, passando pelo poder repressor (a polícia), pelo poder julgador e por fim culminando na aplicação da pena, por duas razões negamos a moralidade da pena de morte, o primeiro motivo é que todo sistema, por mais perfeito que posso aparentar cometerá um erro em algum momento, basta um inocente morrer para todas as outras mortes de culpados se invalidarem e abster-se de investimentos para procurar uma solução científica nos parece claramente uma negação da racionalidade humana e da sua capacidade em se desenvolver.

A segunda forma de punição imaginada é a restrição de liberdade ao psicopata e aos enfermos do transtorno da personalidade antissocial, é difícil acreditar que também a mesma igreja que torturou e matou defendia anos depois a justiça divina na retribuição e a misericórdia na aplicação da pena, dentre os pensadores desta nova defesa social, da pena humanitária, o marquês de Beccaria; todas estas alterações ideológicas foram no sentido de transformar a pena em um meio de correção do criminoso. Apesar, de acreditarmos que o confinamento é tão cruel quanto qualquer outra forma de punição, foi amplamente adotada no mundo. Todavia, é de conhecimento público a precariedade de algumas penitenciárias no Brasil em pleno século 21, não é novidade aos pensadores do Direito Penal contrariarem estas cadeias torturantes, onde o indivíduo é exposto a ideologias próprias do crime, obrigado a se submeter às vontades dos mais fortes e a condições precárias afetando diretamente a dignidade da pessoa humana, Ney Fayet de Souza (1973) professou uma frase de muito impacto sobre a restrição de liberdade (apud PIEDADE JÚNIOR, 1982, p. 67):

A maioria dos presos, em todo o mundo, inveja canis e coudelarias, porque vive chafurdada em pocilgas. A melhor prisão é causa de doenças e vícios; representa sistemas de fraudes e violências; é fábrica de criminosos passionais e sexuais

Agora, pensando no transtorno e na doença, será que um ser com tendências impulsivas, quando em sociedade já apresentava condutas antissociais se submetidos a este ambiente carcerário brasileiro poderia algum dia receber valores sociais e melhorar? Acreditamos não ser possível alcançar esta recuperação na atual sistemática penal, por essa razão, nos posicionamos contra a aplicação da pena de reclusão a psicopatia e ao TPA.

A terceira forma de punição consistiria no tratamento farmacológico, dependendo do caso recebe a nomenclatura de castração química (principalmente nos crimes sexuais), nesta forma de punição o Estado age diretamente sobre o metabolismo do condenado, culpando a sua condição biológica pelas lesões causadas, todavia, esbarra nos incisos III e XLIX do art. 5º da Constituição Federal: “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;” e “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;”. Entendemos a importância desta proteção, mas, em alguns casos, como apontamos no trabalho a impulsividade e a agressividade está ligado à testosterona ou alguma condição biológica defeituosa carecedora desta forma de intervenção, assim, defendemos a elaboração de normas e controle por parte do Conselho Federal de Medicina no tratamento destes criminosos.

Continuando na esfera de tratamento, a medida de segurança parece ser o mais adequado, pois serão os profissionais da psiquiatria e da psicologia os responsáveis pela tentativa de melhorar as características delinquentes do criminoso enfermo. Entretanto, desde que não seja no atual modelo asilar, pois, Nilson Sant’Anna (1980) já relatava a trajetória dos psicopatas dentro destas instituições “[...] Nos manicômios judiciários, eles criam problemas, pois molesta o epiléptico, corrompem o oligofrênico, associam-se a outros psicopatas e irritam o neurótico” (apud PIEDADE JÚNIOR, 1982, p. 148).

Pensando neste detalhe, concordamos com o posicionamento de José Carlos Marques (1980) citado por Piedade Júnior (1982) no tocante ao tratamento ser individual, separado dos demais presos e de outras doenças mentais, como solução para estes delinquentes faz menção aos países escandinavos precursores em uma espécie de modelo de colônia agrícola, em local afastado da sociedade, os enfermos recebem tratamento por prazo indeterminado enquanto perduram a sua periculosidade. Contudo, sabemos que a pena de banimento é vedada em nosso ordenamento, entendemos que afastar este ser humano da

sociedade pode ser uma alternativa perigosa caso ele perda o mínimo dos valores sociais existentes em seu ser.

Além deste tratamento individualizado, acompanhamento médico homogêneo e regulamentado, notou-se nos estudos anteriores que a doença se manifesta precocemente, por esta razão, também, incisivamente apoiamos os efeitos da medida de segurança neste caso ultrapassar o limite da maioridade penal. É absurdo conceber a omissão do Estado após três anos de medida socioeducativa liberar a sociedade este criminoso, como aconteceu recentemente, conforme a decisão da terceira turma do STJ do Recurso Especial nº 1306687 MT 2011/0244776-9, o caso é de um jovem de 16 anos que matou a mãe de criação, o padrasto e o irmão de três anos, na cidade de Cáceres, Mato Grosso, apesar da ilustre iniciativa de aplicar a este caso a interdição civil prevista no inciso III do artigo 1.767 do Código Civil, são necessárias medidas mais enérgicas, como o permanente monitoramento após o cumprimento do tratamento pelo prazo da pena cominada ao delito, por exemplo, o uso da tornozeleira eletrônica prevista no art. 146-B da Lei 7.210 de 1984 e inciso IX do art. 319 do CPP. A criação de um banco de dados genéticos para evitar ou solucionar futuros delitos, bem como um mapeamento da sequencia genética destes diagnosticados psicopatas para identificar se há ligação hereditária com as manifestações clínicas da agressividade como acreditam os pesquisadores.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Partindo do pressuposto de que todo homem faz parte de uma sociedade e por esta razão tem garantido a proteção de todos os seus interesses e direitos, não pode ser simplesmente excluído dela quando cometer um delito. No Brasil o Direito Penal foi construído para ter um caráter ressocializador, assim, o doente psicopata ou o enfermo do transtorno da personalidade antissocial deve receber o melhor tratamento possível, não só pensando neles, mas, no ganho de toda a sociedade. Por isso é urgente a necessidade de uma política criminal que estabelece normas ímpares para eles, um sistema em separado para tratamento e amparo.

No tocante as nomenclaturas, preferimos adotar os mesmos conceitos do DSM-V (2013), com o transtorno da personalidade antissocial e a psicopatia para aqueles casos marcados pela ausência de medo, abandonando o uso de diversas formas de personalidades psicopáticas, por conta das várias características narradas a cada uma também presentes em outros transtornos, além das outras nomenclaturas imprecisas como transtorno da personalidade dissocial, sociopatia, condutopatia e personalidade delinquente.

Com relação imputabilidade, acreditamos ser receoso este posicionamento, por isso, acompanhamos aqueles autores que defenderam e defendem a inimputabilidade ou a imputabilidade diminuída, o ideal próximo da justiça é a segunda forma, pois, o tratamento não se estenderá além da pena cominada ao delito ao contrário da medida de segurança que prevalecerá enquanto existir a periculosidade. No caso da imputabilidade diminuída, no momento da sentença o juiz decretará a pena e então, poderá convertê-la em tratamento ambulatorial ou internação em hospital de custódia conforme a pena cominada ao delito, se detenção no primeiro caso e reclusão no segundo.

É crucial essa diferença, pois, sabemos que a medida de segurança é jurisdicional e submetida aos princípios do Direito Penal, se decretada a pena na sentença no caso da imputabilidade diminuída o tratamento ambulatorial não poderá se estender além da pena máxima cominada ao delito, observa-se que decretar pena é uma ordem legal, prevista no parágrafo único do artigo 26 do CP, também se inclui nessa diferenciação a aplicação da prescrição. No caso da inimputabilidade, por se tratar de absolvição imprópria o juiz não decreta pena, portanto, esse condenado poderá, em tese, permanecer internado pelo prazo máximo de 30 anos, sem contudo, significar a não aplicação das normas penais.

Antes de tudo, acreditamos ser preciso uma análise de caso para determinar a perda da capacidade de conviver em sociedade e entender as suas normas, como foi destacado

na legislação o fenômeno mental desviado deve ser a causa impeditiva da capacidade de entender ou se autodeterminar de acordo com este entendimento.

Consciente das características do transtorno nos colocamos contra a aplicação da imputabilidade em razão do precário ambiente carcerário brasileiro, por outro lado, aplicar apenas a redução da pena no caso de imputabilidade diminuída vai contra a lógica, pois, como foi dito por Aníbal Bruno (1979), a condição biológica, para aqueles que acreditam nela, não vai abandonar o criminoso antissocial após o cumprimento da pena. (apud PIEDADE JÚNIOR, 1982).

Pensando nas origens da doença e em seus reflexos no mundo jurídico entendemos ser necessário uma regulamentação para orientar os juristas a não cometerem o erro de absolver ou condenar erroneamente alguém com TPA ou Psicopatia, por esta razão apoiamos a adoção da escala PCL-R adaptada de autoria da doutora Hilda Morana, por meio desta escala pode-se aferir com maior precisão quem é ou não doente, em verdade, um exame complexo do cérebro com uso de tomografias e eletroencefalogramas poderia afirmar com maior precisão a condição do enfermo.

Acreditamos no tratamento médico psiquiátrico, quando este esbarrar nas garantias constitucionais devemos repensar o sistema penal, se estamos preparados para lidar com estes enfermos e doentes, se preciso for garantir na isolação, ao menos, condições dignas de vida e em tese uma recuperação.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA FILHO, Naomar de; COELHO, Maria Thereza Ávila; Peres, Maria Fernanda Tourinho. O conceito de saúde mental. 1999, Revista USP, São Paulo, n.43, p. 100-125. Disponível em: <http://www.usp.br/revistausp/43/10-naomar.pdf>. Acesso em: 01 de set. 2014.
- AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders – Fifth Edition DSM-V. Washington DC, American Psychiatric Publishing, 2013.
- BARBIERI, Valéria; JACQUEMIN; André; ALVES, Zélia Maria Mendes Biasoli. Alcances e limites do psicodiagnóstico interventivo no tratamento de crianças anti-sociais. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/paideia/v14n28/05.pdf>. Acesso em: 20 de set. de 2014.
- BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. Rio de Janeiro: Revan, 10ª edição, setembro de 2005.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito Penal: parte geral, 1/- 16 ed.- São Paulo: Saraiva, 2011.
- BRASIL, Ministério da Saúde. **Conceitos e definições**. 1977. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/0117conceitos.pdf>. Acesso em: 07 de set. de 2014.
- BRASIL, Decreto-Lei 3.914, de 9 de dezembro de 1941 Lei de introdução do Código Penal (decreto-lei n. 2.848, de 7-12-940) e à Lei das Contravenções Penais (decreto-lei n. 3.688, de 3 outubro de 1941).
- BRASIL, Código de Processo Penal, decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.
- BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.
- BRASIL, Lei de Execução Penal nº 7.210 de 11 de julho de 1984.
- BRUNO, Aníbal. Direito Penal. Rio de Janeiro: Forense, 3 ed., 1967.
- BUENO, Francisco da Silveira, 1898-1989. Silveira Bueno: minidicionário da língua portuguesa - Ed. ver. E atual – São Paulo: FTD, 2000.
- CARNEIRO, Nancy Greca de Oliveira; ROCHA, Luciana de Carvalho. **O processo de desospitalização de pacientes asilares de uma instituição psiquiátrica da cidade de Curitiba**. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S1414-98932004000300009&script=sci_arttext. Acesso em 19 de set. 2014.
- CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal, volume 1, parte geral – (arts. 1ª a 120)/ Fernando Capez. – 16 ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.
- DEL-BEN, Cristina Marta. **Neurobiologia do transtorno da personalidade antissocial**. 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/tpc/v32n1/24019.pdf>. Acesso em: 15 de jul. 2014.

DINIZ, Debora. **A custódia e o tratamento psiquiátrico no Brasil: censo 2011**. Brasília: LetrasLivres : Editora Universidade de Brasília, 2013.

FERNANDES, Regina Maria França. **O Eletrencefalograma na Caracterização das Síndromes Epilépticas**. 2007. Disponível em: http://www.lasse.med.br/mat_didatico/lasse1/textos/regina01.html. Acesso em: 20 de jul. 2014.

FERNANDES, Valter. *Criminologia integrada/Valter Fernandes, Newton Fernandes*. – 4 ed. ver. atual. ampl. – São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2012.

FRANÇA, Genival Veloso de Medicina Legal. 6ª ed., Rio de Janeiro: Editora Guanabara Koogan S/A. 2001.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito penal: parte geral, volume 7* – 8 ed. – São Paulo: Saraiva, 2003 – (Coleção sinopses jurídicas).

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal* – 15 ed. rio de Janeiro: Impetus, 2013.

HARE, Robert D., *Psicopatia: teoria e pesquisa*; trad. De Cláudia Moraes Rêgo. Rio de Janeiro, Editora: Livros Técnicos e Científicos Editora S.A, 1973.

HEGENBERG, Leonidas. **Doença: um estudo filosófico** [online]. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 1998. 137 p. ISBN: 85-85676-44-2. Disponível em: <http://books.scielo.org/id/pdj2h/pdf/hegenberg-9788575412589-03.pdf> Acesso em: 04 de set de 2014.

J. HERNÁNDEZ-FUSTES, Otto; BITTENCOUR, Paulo Rogério M. de. **Epilepsia do lobo temporal: relato de um paciente intacto após 26 anos de evolução sem tratamento**. 1995. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/anp/v53n3a/25.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2014.

JESUS, Damásio de. *Direito Penal, volume 1; parte geral* - 32 ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

LEAL, Diego Rosa. **Terminologia em psicopatologia: Dalgarrondo (2000)**. 2012. Disponível em: <http://enfprofdiegoleal.blogspot.com.br/2012/03/terminologia-em-psicopatologia.html>. Acesso em: 10 de jul. 2014.

LIGA DE NEUROCIRURGIA SISTEMANERVOSO. *Sistema Límbico e memória*. Disponível em: http://www.sistemanervoso.com/pagina.php?secao=2&materia_id=463&materiaver=1. Acesso em: 22 de set. 2014.

MARANHÃO, Odon Ramos. *Psicologia do crime*. São Paulo, editora: Malheiros Editores LTDA, 2003.

MELLIN, Filho, Oscar. **O crime e a pena no pensamento de Émile Durkheim**. 2011. Disponível em: <http://www.revistaintellectus.com.br/DownloadArtigo.ashx?codigo=144>. Acesso em: 08 de set. de 2014.

MORANA, Hilda C. P.. **Identificação do ponto de corte para a escala PCL-R (Psychopathy Checklist Revised) em população forense brasileira:** caracterização de dois subtipos de personalidade; transtorno global e parcial. 2003. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/5/5142/tde-14022004-211709/pt-br.php>. Acesso em: 19 de set. de 2014.

MORANA, Hilda C. P.; STONE, Michael H.; ABDALLA-FILHO, Elias. **Transtornos de personalidade, psicopatia e serial killers.** 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbp/v28s2/04.pdf>. Acesso em: 27 de jul. 2014.

NORONHA, E. Magalhães, 1906-1982. Direito Penal – Introdução e Parte Geral, 37^a edição revista e atualizada. Por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha São Paulo: Saraiva, 2003.

PALOMBA, Guido Arturo. Loucura e crime – São Paulo: Editora Fiúza Editores, 1996.

PALOMBA, Guido Arturo. Psiquiatria: noções básicas. São Paulo : Sugestões Literarias, 1992.

PARANÁ, Secretaria da Saúde. **Definição de saúde mental.** Disponível em: <http://www.saude.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=1059>. Acesso em: 07 de set. de 2014.

PIEIDADE JÚNIOR, Heitor. Personalidade psicopática, semi-imputabilidade e medida de segurança – Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1982.

PEIXOTO, Maria Conceição; ROCHA, Amândio Sousa e SOARES-FORTUNATO, J. . Vasopressina – papel nos comportamentos, aprendizagem e memória. 2003. Disponível em: <http://www.redalyc.org/pdf/287/28750208.pdf>. Acesso em: 10 de ago. 2014.

PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral. Artigo 1 a 120/ Luiz Regis Prado – 11 ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

REALE JÚNIOR, Miguel. Teoria do Delito – 2 ed. rev. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. – (Rt Didáticos).

REALE JÚNIOR, Miguel. Instituições de direito penal/Miguel Reale Júnior - Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ROHDEN, Fabíola. **"O homem é mesmo a sua testosterona":** promoção da andropausa e representações sobre sexualidade e envelhecimento no cenário brasileiro". 2011. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-71832011000100006&script=sci_arttext. Acesso em 10 de set. de 2014.

ROXIN, Claus. Política criminal e sistema jurídico-penal; tradução: Luís Greco – Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SADOCK, Benjamin J. SADOCK, Virginia A. Manual de psiquiatria clínica: referência rápida. Tradução: Regis Pizzato; revisão técnica: André Campos Gross, Felipe Almeida Picon, Gustavo Schestatsky. 5^a ed. Porto Alegre: Artmed, 2012.

SANTOS, Juarez Cirino dos. A criminologia radical – Curitiba: ICP: Lumen Juris, 2006.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. Da inimputabilidade penal em face da atual desenvolvimento da psicopatologia e da antropologia – Porto Alegre: editora Livraria do Advogado, 2011.

SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. A criminalidade Genética – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

VASCONCELOS, Mônica. **Entrevista: FALLON, James. Pesquisador se descobre psicopata ao analisar o próprio cérebro.** Disponível em:
http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2013/12/131223_psychopath_inside_mv.shtml.
Acesso em: 18 de mar. 2014.

ANEXOS

ANEXO A: ENTREVISTA DA BBC BRASIL A JAMES FALLON

Um neurocientista americano que fazia estudos com criminosos violentos descobriu, por acaso, que ele próprio tinha "cérebro de psicopata".

Casado e pai de três filhos, James Fallon, professor de psiquiatria e comportamento humano da University of California, Irvine (UCI), disse à BBC Brasil que a descoberta fez com que ele reavaliasse seus conceitos a respeito de quem era. E transformou suas convicções enquanto cientista.

A experiência de Fallon, descrita no livro *The Psychopath Inside*, teve grande repercussão na internet.

Comentando o caso, um neurologista ouvido pela BBC disse que estamos interpretando os conhecimentos gerados pela genética de maneira "perigosa".

"Os profissionais estão atribuindo importância excessiva para a carga genética de uma pessoa, como se isso, por si só, fosse capaz de determinar o futuro de um ser humano", disse Eduardo Mutarelli, professor do Departamento de Neurologia da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo (USP).

Para ele, a experiência de Fallon ajuda a reequilibrar o debate que contrapõe a influência da herança genética à do meio (nesse caso em particular, a influência civilizadora da família e da sociedade sobre o indivíduo).

Revelação Perturbadora

A descoberta de Fallon aconteceu em 2005, quando ele analisava tomografias de cérebros de assassinos em série na universidade. Ele queria ver se encontrava alguma relação entre os padrões anatômicos dos cérebros desses pacientes e seu comportamento.

Fallon explicou que, para ter uma base de comparação, tinha colocado na pilha tomografias de membros de sua própria família – a ideia era usá-los como modelos de cérebros "normais".

Ao chegar ao fim da pilha, onde estavam os exames de sua família, o cientista viu uma tomografia que mostrava um padrão claro de patologia. "O exame mostrava baixa atividade em certas áreas dos lobos frontal e temporal que estão associadas à empatia, moralidade e ao auto-controle".

Fallon contou que, no começo, pensou que fosse um engano. Mas feitas as checagens, o neurocientista, que estudava psicopatas há mais de duas décadas, viu-se às voltas com uma realidade um tanto quanto incômoda: o cérebro representado naquele exame era seu.

"As mesmas áreas do cérebro estavam completamente apagadas, como nos piores casos que eu tinha visto", disse Fallon.

Para se certificar, Fallon fez mais algumas investigações.

Exames do seu DNA confirmaram que ele tinha genes alelos associados à ausência de empatia e comportamento agressivo e violento.

Fallon também se submeteu a um teste usado por muitos pesquisadores e psicólogos para avaliar tendências antisociais e psicopáticas, a Robert Hare Checklist.

"Psicopatas alcançam acima de 30 pontos no teste de Robert Hare", disse Fallon. "A pontuação máxima é 40. Eu alcanço 18, 20 ou 22. Tenho vários traços em comum com psicopatas, só não sou criminoso. Nunca matei nem estuprorei ninguém e prefiro vencer uma discussão com argumentos do que com força física", diz.

Charme Perigoso

Imagem de exame do cérebro de Fallon em comparação a um exame de controle

Análise mostrou que cérebro de Fallon tinha traços em comum com psicopatas

Fallon contou que quando compartilhou suas descobertas com a família e com amigos, eles não se surpreenderam. Gradualmente, o neurologista começou a se ver do ponto de vista das pessoas que o conheciam bem.

"Tive várias conversas reveladoras com minha mãe. Ela me disse que sempre percebeu um lado sombrio em mim e tomava cuidado especial para neutralizar essas tendências e incentivar outras, mais positivas", conta.

Nessas conversas, a mãe também contou ao filho que vários antepassados dele pelo lado paterno tinham sido criminosos temidos. Entre eles, Lizzie Borden, acusada de matar o pai e a madrasta em 1892.

Para a esposa, era como se existissem dois James Fallon convivendo num único homem.

"Sou casada com duas pessoas, uma é inteligente, engraçada e afetuosa. A outra é um sujeito perverso, de quem eu não gosto", disse a mulher do neurologista em uma entrevista para a TV.

"Tenho muito jeito para lidar com estranhos, faço muita caridade. Mas sou uma decepção como marido. Posso ver um bebê que não conheço e ficar com os olhos cheios de lágrimas, mas não sinto uma conexão emocional profunda com minha própria família", diz.

Fallon descreveu alguns dos traços típicos de um psicopata: "Psicopatas possuem um narcisismo agressivo, charme, desenvoltura aliada a superficialidade, senso de superioridade, tendência a manipular, são emocionalmente rasos, não sentem culpa, remorso ou vergonha".

"Podem ser magnânimos e generosos, mas são emocionalmente frios", afirma.

Teria Hitler, por exemplo, sido um psicopata?

"Não. Hitler era capaz de sentir empatia pelas pessoas e tinha relacionamentos próximos, então eu diria que ele não era um psicopata. Já Stalin, por exemplo, tenho quase certeza de que sim. Ele não era próximo nem dos próprios filhos", observa.

"A capacidade – ou não - de sentir empatia é essencial para se estabelecer se uma pessoa é um psicopata", diz o neurologista.

Amor de Mãe

James Fallon diz não ter dúvidas de que foi o amor da família que impediu que ele realizasse seu "potencial" e se tornasse um criminoso violento.

"Sou uma pessoa agressiva e vingativa, gosto de manipular as pessoas, sinto prazer no poder. Mas todos foram tão amorosos comigo, tenho uma mãe afetuosa e uma esposa maravilhosa", afirma.

"Além disso, não tive experiências de abandono, abuso ou traumas violentos na infância. Tudo isso neutralizou minha biologia", relata.

O neurologista confessou que não teria feito essa afirmação cinco anos antes. "Eu costumava achar que a genética era tudo. Hoje, estou convencido de que a biologia é importante, mas a genética pode ser modificada pelo meio ambiente", diz.

Gene X Meio

James Fallon

Para Fallon, descoberta lhe mostrou importância do ambiente sobre o desenvolvimento pessoal.

As revelações de James Fallon, descritas no seu livro e em palestras - algumas disponíveis na internet - revivem um debate que há muito intriga especialistas: somos produto da nossa herança genética ou do meio em que vivemos?

Para o neurologista da USP e do Hospital Sírio Libanês Eduardo Mutarelli, o caso de Fallon reforça o papel da sociedade (ou seja, do meio) na formação do indivíduo. E ajuda a combater uma certa tendência "determinista" na forma como nosso potencial genético vem sendo interpretado por médicos hoje.

"A genética hoje trabalha muito com probabilidades, com potencial genético e fatores de risco", disse Mutarelli.

O médico citou como exemplo doenças como o Mal de Alzheimer ou o Mal Parkinson.

"Com o conhecimento atual, sabemos que existe uma certa carga genética associada a essas doenças. Mas você carrega um certo fator de risco e isso vai se transformar em doença caso outras coisas contribuam para isso", explicou.

"Você não se cuida, não come direito, esses são fatores de risco para que a pessoa venha a desenvolver a doença", observa.

Mas trazendo a discussão de volta para o caso de James Fallon, Mutarelli faz uma ressalva: "No caso dele, se ele tem um exame de imagem de cérebro que é igual ao de um psicopata, ele só não é psicopata porque foi bem educado".

"O lobo frontal está desregulado, a alteração existe na experiência dele e a ressonância mostra a alteração, ou seja o gene foi ativado. Ele só não é um serial killer por causa da família", reforçou o professor.

E concluindo: "O jeito de mudar o mundo é educando".

ANEXO B: CASO ANTONIO

Laudo realizado em 18/11/1991 por Guido Arturo Palomba, p. 143 (1996). Antonio, branco, paulista, 35 anos, fora submetido a perícia psiquiátrica por determinação do Meritíssimo Senhor doutor Juiz de Direito 1º Tribunal do júri da comarca da capital do estado de São Paulo, por haver suspeitas quanto a sua sanidade mental. Atualmente encontra-se preso.

Fatos criminais:

Consta da denúncia: “No dia 18 de maio de 1988, por volta das 12:00 horas, numa estrada vicinal que liga a Escola Rural do Bicudo, na Seção Palmital da Usina Açucareira da Serra, no município do Ibaté, o denunciado, que trafegava com seu veículo de marca Fiat, modelo Prêmio, cor vermelha, por aquele trecho, ao deparar com as menores Rosana, com doze anos, Juliana e Luciana, estas últimas com nove anos de idade cada uma, que vinham voltando a pé da escola com destino às suas casas, carregando o material escolar e dois galões pequenos contendo o leite que diariamente apanhavam à saída das aulas, parou o carro junto delas e utilizando-se de ardil ofereceu-lhes carona, dizendo que as levaria para suas casas”.

“Com certa relutância e desconfiadas, aquelas crianças acabaram aceitando o convite e tomaram assento no veículo, ocupando Rosana o banco da frente, ao lado do acusado, enquanto Juliana e Luciana acomodaram-se no banco traseiro.”

“Em vez de levá-las para suas casas conforme promessa, o acusado tomou rumo diverso, apesar dos protestos das crianças e quando passavam por um sítio, ainda dentro do território da usina, utilizado como depósito de ração para animais, atirou fora os dois galões de leite, dizendo que era para não sujar o interior do automóvel. Dali, seguindo por uma estrada municipal rumou em direção à represa do ‘Lobo’, também conhecida como represa de ‘Broa’, levando as vítimas para lugar ermo e distante, longe da cidade de São Carlos cerca de quinze quilômetros, impondo contra a vontade delas, por tempo considerável, restrição à liberdade. Por uma estrada vicinal, limítrofe com propriedades rurais, dotada de caminhos rústicos ladeados por vegetação rasteira, arbustos e arvoredos, entrou por um carredouro à margem direita do seu sentido de marcha, avançando cerca de 500 a 600 metros adentro.”

“Nesse local, rendo-as à sua mercê, forçou-as a ingerir grande quantidade de aguardente que trazia em garrafas no seu veículo, até que as três ficassem em estado de inconsciência, sem condições de reagirem. Num gesto animalesco e brutal, revelando extrema insensibilidade moral e humana, o acusado arrancou as roupas das três crianças, e, uma a uma, começando por Rosana, manteve com elas conjunção carnal.”

“Satisfeitos seus instintos, não se deteve no prazer do mal e com requintes de barbárie e selvageria, utilizando-se de uma faca do tipo punhal, passou a desferir diversos golpes em todas elas, atingindo-as em regiões nobres do corpo, além de produzir fraturas no ossos e no crânio das vítimas, causando-lhes os graves ferimentos que foram causa de suas mortes, conforme provas periciais.”

“Consumando os crimes, o acusado arrastou os corpos das vítimas já sem vida, cerca de 18 metros do lugar onde as matou, deixando-os um ao lado do outro, em sítio privado de vegetação e arbustos, mas longe das vistas de quem passa pela estrada ali perto.”

“Somente vinte dias depois do fato, após intensas investigações que culminaram com a sua prisão, foi que o acusado confessou os seus crimes e indicou o lugar onde covardemente

executou as três meninas. Os corpos das infelizes vítimas foram encontrados em adiantado estado de decomposição e sob ação de predadores, com as marcas da brutalidade e violência da ação criminoso. Próximo aos corpos foram encontrados todo o material escolar das vítimas, suas roupas, uma delas com as mãos atadas com sua própria blusa, a demonstrar que foi manietada antes de ser violentada e assassinada, seus calçados e duas bonequinhas de fabricação caseira, brinquedos daquelas crianças.”

“Fútil e torpe foram os motivos dos crimes de homicídio, executados à traição e dissimuladamente, recurso que impossibilitou a defesa das vítimas, com o fim de assegurar a ocultação dos outros crimes.”

“Torpe, porque moralmente reprovável, revelador da depravação espiritual do acusado, porque abjecto, ignóbil, desprezível, marcado pelo prazer do mal e desenfreamento da lascívia, e que imprimiu ao crime um caráter de extrema vileza e imoralidade, de tal modo que ofender o sentimento ético e social comum.”

“À traição e dissimulante, porque cometido mediante ataque súbito e sorrateiro, apanhando as vítimas em estado de inconsciência, sem que pudessem perceber o gesto criminoso, com a ocultação da intenção hostil, agindo com falsas mostras de amizade, de tal modo que as vítimas, iludidas, não tinham motivos para desconfiar do ataque, sendo apanhadas de surpresa e indefesas.”

“É indivíduo, ainda, que os homicídios foram praticados com o fim de assegurar a ocultação dos crimes de sequestro e estupro, visando o acusado impedir a sua descoberta.”

Denúncia:

Fora denunciado pelo insigne representante do Ministério Público om incurso nas penas do art. 121, parágrafo 2º, I, II, IV e V (por três vezes), art. 148, caput (por três vezes) e art. 213, c. c. o art. 24, a e c, e art. 226, III (por três vezes), c. c. finalmente com o art. 69, caput e art. 71, parágrafo único, todos do Código Penal.

Antecedentes pessoais:

De interessante para o caso são os dados seguintes:

Nasceu a termo, parto normal. O desenvolvimento neuromotor ocorreu sem alterações significativas.

Estudou até a 7ª série, com regular aproveitamento e uma repetência. Depois ingressou no SENAI, e aprendeu o ofício de torneiro mecânico.

Segundo os informes dos pais, sempre foi uma criança normal, sem problemas.

Dedicava-se a atividades trabalhistas, com constância. Ultimamente ajudava o pai em firma de transporte coletivo, como motorista de ônibus de excursão. Gosta de aventuras, viagens, “não sirvo para trabalhar fechado em escritório”.

Nunca submeteu-se a tratamento psiquiátrico, quer em regime de internação, quer ambulatorial.

Não tem vícios em drogas e tabagismo. Porém, de vez em quando, ingere bebidas alcoólicas. Nessas ocasiões, mesmo que a quantidade seja pequena, fica alterado. Pratica atos que acabam chamando a atenção dos demais. Todos os que com ele conviviam eram capazes

de notar que o periciando havia feito uso de bebidas. Ficava inconveniente, “praticava atos estranhos”. A esposa, Ivany, afirma que se bebesse “acabava com a festa da gente”. “ele tinha consciência de que não podia beber”. “Ele procurava evitar as bebidas”.

O examinado não tem religião, não coleciona nada, não cria animais.

Tem alguns processos criminais por estupro (dois), furto e estelionato.

Do casamento teve um só filho, que goza de boa saúde. Com a esposa aconteceram alguns desentendimentos, mas, segundo as suas próprias palavras, o relacionamento era satisfatório.

Não se apuraram distúrbios sexuais. O examinado nega-os e a esposa não aponta nenhuma anormalidade.

Antecedentes hereditários:

Pai e mãe vivos, gozando de boa saúde. Desta união resultaram dois filhos, o examinado e um outro filho homem, que faleceu por acidente automobilístico em 1978.

O tio avô do periciando era alcoólatra.

Há, ainda, outro caso de alcoolismo: avô materno bebia muito, segundo os informes da esposa do periciando.

Nada mais se apurou.

Exame físico:

Tipo físico na tipologia de Kretschmer atlético.

Quando criança era sonambulo; ainda, que quando em quando, senta-se na cama, fala e depois nada sabe do que aconteceu.

Corda assustado durante a noite. Debate-se muito quando dorme. Apresenta frequentes sonilóquios.

Apresenta, também, cefalalgias.

A prova da hiperpnéia, após dois minutos, quando interrompemos, revelou tontura, sensação de “zoeira” mental.

Na inspeção externa não notamos vícios de conformação significativos, salvo o palato escavado.

Versão do examinado sobre o delito que praticou:

Instado a falar sobre o delito que consta da denúncia o periciando nega tê-lo praticado. Porém, essa negativa não encontra ressonância com as principais peças do processo, onde ele contou em detalhes o delito que praticou. Há vários depoimentos que deu para emissoras de rádio onde diz, em detalhes, como agiu. Nesses depoimentos resulta de modo inconcusso que havia feito uso de etílicos, e ainda há indícios seguros de tal, como a existência de garrafas de pinga no sítio, palco da chacina.

Como o periciando nega haver praticado o delito, com negativas não convincentes, perguntamos por que havia dito aos repórteres que gora ele que praticara, e então, como resposta, oferece argumentos evasivos; outras vezes, diz que estava sob impacto emocional. Porém, não convence.

Perguntamos sobre os outros delitos que praticou. Quanto aos estupros, procura inocentar-se de culpa, atribuindo-a às vítimas. Teriam sido às vítimas as responsáveis. Quando ao furto, diz que roubou objeto sem importância, e, sobre o estelionato, diz que foi por força das circunstâncias, que em verdade, desejava apenas regularizar uma documentação.

Exame psíquico:

Comparece aos exames trajando vestes em boas condições de higiene e asseio corporal.

Calmo, atento, colaborante, mas dissimulador. Procura falar dos seus hábitos morigerados, tentando demonstrar que é trabalhador, de bons princípios e que os processos que sofreu são infelicidades em sua vida, não admitindo culpa pelo que fez. Quanto ao presente processo, não admite ter praticado o crime, como já dissemos no item “Versão do examinando sobre o delito praticado”.

O pensamento flui em curso sem alterações que mereçam mencionadas. No conteúdo não notamos ideias delirantes de qualquer espécie.

Não se lhe nota distúrbios da senso-percepção.

As memórias (fixação-evocação) estão íntegras.

Humor contido e afetividade fria.

O nível mental está ao redor do termo mediano, aferido por testes empíricos.

Os planos que faz para o futuro são compatíveis com a sua situação carcerária. Deseja Liberdade.

A capacidade de autocrítica está comprometida. Mesmo não admitindo o delito que praticou, quando perguntamos o que acha do indivíduo que o praticou, já que as vítimas são hipotéticas, diz, sem ressonância afetiva, que é um anormal, mas não se compraz com a sorte das assassinas. Não é capaz de avaliar corretamente a gravidade do fato.

Síntese e conclusões:

O periciando *aparentemente* é um indivíduo normal. Não tem distúrbios da senso-percepção, está orientado, tem boa memória, o nível mental está ao redor do termo, não apresenta distúrbios do curso e do conteúdo do pensamento. Porém, é só aparentemente, pois sofre de perturbação da saúde mental. É um epilético condutopata. Isto é: padece de epilepsia que se manifesta por distúrbio de conduta, distúrbios de comportamento.

Quanto ao seu quadro comportamental patológico filiar-se à epilepsia, temos vários equivalentes comiciais: crise de pavor noturno, cefalalgias, sonilóquios, sonambulismo.

Temos, também, o resultado da prova de hiperpnéia, encerrada antes do tempo, pois estava apresentando “zoeira na cabeça”.

Corroborada ainda com a epilepsia a tara neuropática familiar com casos de alcoolismo, considerando que há alta incidência de epiléticos entre filhos e netos de alcoolistas crônicos.

Corroborada também a própria morfologia do crime, pois, todo o crime violento praticado por epilético tem, no mínimo, quatro dentre os sete característicos seguintes; 1) multiplicidade de golpes, 2) ausência de motivos plausíveis, 3) instantaneidade de na execução, 4) falta de remorso, 5) ferocidade na ação, 6) amnésia ou reminiscência mnêmicas confusas, 7) falta de premeditação. O periciando apresenta os de nº 1,2,4,5,7.

E finalmente corrobora com a epilepsia a sua sensibilidade ao álcool, tanto é que não pode beber, pois “estraga a festa”, mas como é desprovido de senso moral usa bebida conscientemente, sabendo das suas consequências, procurando o estado de liberação instintiva que ela lhe engendra, para praticar atos desprovidos de crítica, de senso ético, mora, com os quais se compraz realizando. Nessas horas que precedem o uso de etílicos derivam, pois sabe que não pode beber, mas é parcialmente capaz para não fazê-lo, porque é um degenerado, padece de epilepsia condutopática tipo perverso.

O ato que praticou, do ponto de vista psiquiátrico-forense, lhe deve ser semi-imputado.

Quanto à periculosidade ela é máxima. Dificilmente poderá voltar ao convívio social, sem por em risco a segurança da coletividade. Age por impulsos malfazejos, de forma bestial, e não se arrepende do que faz. Se tem que lamentar alguma coisa, lamenta a própria sorte, neste caso o fato de estar preso, não o mal que causou a inocentes.