

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 603

(ano VIII)

(03/05/2016)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2016

Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

SUMÁRIO

COLONISTA DO DIA



03/05/2016 Daniel Moreira

» [TJRS reconhece precatório do IPE como garantia em execução fiscal](#)

ARTIGOS

03/05/2016 Simone Carlos Maia Pinto

» [Comentários sobre a possibilidade de compensação de circunstâncias agravantes e atenuantes, à luz da jurisprudência dos tribunais superiores](#)

03/05/2016 Ana Paula Maximo Garcia

» [Desapropriação indireta: a supremacia do interesse público sobre o privado em detrimento do direito à propriedade](#)

03/05/2016 Fauzer Carneiro Garrido Palitot

» [Uma abordagem geral sobre o exame criminológico no processo de execução penal brasileiro](#)

03/05/2016 Gabriela Fernandes Correia Lima

» [A prisão civil no pacto de san José da Costa Rica e sua influência na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal](#)

03/05/2016 Tássio Lago Gonçalves

» [Os princípios do Direito Processual do Trabalho na ordem jurídica brasileira](#)

03/05/2016 Bruna de Carvalho Chaves Peixoto

» [O dinamismo interpretativo do discurso jurídico: Uma análise da decisão do STF sobre o racismo antisemita a partir de Bakhtin, Heidegger e Husserl](#)

03/05/2016 Agnes Macedo de Jesus

» [A responsabilização dos Estados por desaparecimentos forçados no contexto da Corte Interamericana de Direitos Humanos](#)

TJRS RECONHECE PRECATÓRIO DO IPE COMO GARANTIA EM EXECUÇÃO FISCAL

DANIEL MOREIRA: Nagel & Ryzewski Advogados.

Em recente decisão, o Tribunal de Justiça do Estado Rio Grande do Sul, por meio do desembargador Sérgio L.G.Back, da 1º Câmara Cível, julgou procedente um recurso ajuizado por uma grande loja varejista do Estado que oferecia à penhora um precatório do Instituto de Previdência do Estado (IPE) como garantia numa execução fiscal que cobrava dívida tributária de ICMS.

Uma matéria controversa, que antes era pacificada no sentido favorável à aceitação de precatório, mas que nos últimos tempos obteve retrocesso nestas decisões judiciais e não estavam mais acatando esse tipo de garantia. Todavia, agora volta a ganhar força novamente com esta decisão. Este parece ser o posicionamento jurídico mais acertado e fundamentado, tendo em vista os precatórios serem títulos executivos judiciais certos, líquidos e exigíveis e, desta forma, possuem requisitos legais se equivalendo a moeda corrente, tendo respaldo na própria Constituição e no rol de bens oferecidos a penhora disposto no CPC.

Em razão da Lei de Execução Fiscal dispor de que o executado pode nomear bens a penhora para garantir a execução, é totalmente aceitável que, quando comprovado por escritura pública e cessão de direitos creditórios, ser o executado detentor de tal título, se valer deste direito e oferecê-lo como garantia. Sobretudo porque o crédito de precatório é um meio

adequado para o direito do credor e é amparado pelo princípio de menor onerosidade ao devedor.

Contudo, sabemos as questões políticas envolvidas e, na prática, o que ocorre é que os precatórios acabam não sendo pagos pelo Estado e, assim, é bem conveniente que a Fazenda Pública se recuse a aceitá-los como garantia em execuções.

Neste contexto, estamos diante de um evidente paradoxo em que a Fazenda Pública não aceita um título dela mesma da origem e deixa escancarado que o precatório vale para garantir as dívidas que o Estado deve, mas não tem valor para garantir a quem deve para ele.

Portanto, decisões como estas do nosso Tribunal, reconhecendo o direito do contribuinte em nomear esses mesmos precatórios à penhora, fazem com que o Estado, de alguma forma, se responsabilize e honre também suas dívidas.

COMENTÁRIOS SOBRE A POSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO DE CIRCUNSTÂNCIAS AGRAVANTES E ATENUANTES, À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

SIMONE CARLOS MAIA PINTO: Servidora Pública, atualmente ocupa o cargo de Técnico do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte. Graduada em Direito pela Universidade Potiguar. Pós-graduada em Direito Público pela Universidade Anhanguera - UNIDERP.

RESUMO: O presente artigo pretende expor reflexões sobre o concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes, previsto no artigo 67 do Código Penal (CP), à luz da jurisprudência dos Tribunais Superiores. O ensaio tecerá comentários a respeito da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que considera como preponderante a atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, “d”, CP), compensando-a com a agravante da reincidência (art. 61, I, CP), com a agravante relativa ao crime cometido com emprego de violência contra a mulher (art. 61, II, “f”, do CP), bem assim com a agravante da promessa de recompensa (art. 62, IV, CP). Será abordada ainda a divergência em relação à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que considera a agravante da reincidência preponderante à atenuante da confissão espontânea.

PALAVRAS-CHAVE: Concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes. Jurisprudência dos Tribunais Superiores.

COMMENTS ON THE POSSIBILITY OF COMPENSATION OF AGGRAVATING AND MITIGATING CIRCUMSTANCES, BASED ON JURISPRUDENCE OF THE SUPERIOR COURTS.

ABSTRACT: This article aims to present reflections on the competition of aggravating and mitigating circumstances provided for in article 67 of the Criminal Code (CP), in the light of the

jurisprudence of the Superior Courts. This essay test will weave comments about the jurisprudence of the High Court of Justice which considers dominant the attenuating of spontaneous confession (art. 65, III, "d", CP), compensating it with the aggravating circumstance of recidivism (Art. 61, I CP), with the aggravating circumstance on the crime committed with use of violence against women (art. 61, II, "f", the CP), as well as with the aggravating circumstance of promise of reward (art. 62, IV, CP). It will be also discussed the divergence from the jurisprudence of the Supreme Court, which considers the aggravating of recurrence preponderant to the attenuating of spontaneous confession.

KEYWORDS: Competing aggravating and mitigating circumstances. Jurisprudence of the Superior Courts.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Desenvolvimento. 2.1. O Procedimento de fixação da pena. 2.2. A dosimetria da pena. 2.3. O concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes. Possibilidade de compensação entre a atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, "d", CP) e a agravante da reincidência (art. 61, I, CP), a agravante do crime praticado com emprego de violência contra a mulher (art. 61, II, "f", do CP) e a agravante do crime cometido mediante paga ou promessa de recompensa (art. 62, IV, CP). 3. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal, em seu artigo, 5º, inciso XLVI, determina que competirá à lei regulamentar a individualização da pena. O Código Penal (CP), concretizando a norma constitucional, adotou, quanto ao sistema de individualização da pena, o sistema da pena determinada. De acordo com esse sistema o julgador deverá fixar a pena dentro de limites mínimos e máximos indicados prévia e abstratamente pela lei, que igualmente estabelece critérios que o magistrado deverá seguir na aplicação da pena (ESTEFAM; GONÇALVES, 2015).

Já no que tange à fixação da dosimetria da pena, o Código Penal adotou o critério trifásico de aplicação da pena, previsto no art. 68 do Código Penal. Segundo esse critério, as circunstâncias agravantes, previstas nos artigos 61 e 62 do Código Penal, e as circunstâncias atenuantes, previstas nos artigos 65 e 66 do mesmo diploma legal, serão analisadas na segunda fase de dosimetria da pena.

Pode ocorrer de incidirem em um mesmo crime tanto circunstâncias agravantes como atenuantes, o art. 67 do Código Penal trata do tema, determinando que a pena deverá se aproximar das circunstâncias preponderantes, entendendo como tal as que dizem respeito aos motivos determinantes do crime, à personalidade do agente e à reincidência.

O presente artigo abordará a questão do concurso entre circunstâncias agravantes e atenuantes à luz da jurisprudência dos Tribunais Superiores, notadamente entre a circunstância atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, “d”, CP) e a agravante da reincidência (art. 61, I, CP), a agravante do crime praticado com emprego de violência contra a mulher (art. 61, II, “f”, do CP) e a agravante do crime cometido mediante paga ou promessa de recompensa (art. 62, IV, CP). Será demonstrada ainda a divergência entre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça quanto à possibilidade de compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência.

2. DESENVOLVIMENTO.

2.1. O Procedimento de fixação da pena.

De início, sobre o conceito de fixação da pena, importa destacar a lição do mestre Guilherme de Souza Nucci:

Conceito de fixação da pena: trata-se de um processo judicial de discricionariedade juridicamente vinculada visando à suficiência para prevenção e reprovação da infração penal. O juiz, dentro dos limites estabelecidos pelo legislador (mínimo e máximo, abstratamente fixados para a pena), deve eleger o quantum ideal, valendo-se do seu livre convencimento (discricionariedade), embora com fundamentada exposição do seu raciocínio (juridicamente vinculada). Na visão de LUIZ LUISI, “é de entender-se que na individualização judiciária da sanção penal estamos frente a uma ‘discricionariedade juridicamente vinculada’. O Juiz está preso aos parâmetros que a lei estabelece. Dentre deles o Juiz pode fazer as suas opções, para chegar a uma aplicação justa da lei penal, atendo as exigências da espécie concreta, isto é, as suas singularidades, as suas nuances objetivas e principalmente a pessoa a que a sanção se destina. [...] Diz a Exposição de Motivos do Código de Processo Penal: “A sentença deve ser motivada. Com o **sistema do relativo arbítrio judicial na aplicação da pena**, consagrado pelo novo Código Penal, e o do **livre convencimento do juiz**, adotado pelo presente projeto, é a **motivação da sentença que oferece garantia contra os excessos, os erros de apreciação, as falhas de raciocínio ou de lógica ou os demais vícios de julgamento**^[1]. (Destaques acrescentados).

Conforme exposto brevemente na introdução deste artigo, a Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XLVI, delegou ao

legislador ordinário a competência para regular a individualização da pena, estabelecendo as seguintes penas:

Art. 5º, XLVI, CF/88 - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;

Regulamentando o processo de aplicação da pena, o artigo 59 do Código Penal determina:

Fixação da pena

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

- I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;
- II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;
- III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;
- IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Como se vê, o magistrado deverá seguir a seguinte ordem na aplicação da pena: a) primeiro irá verificar qual o tipo de pena prevista em lei para o delito cometido, se reclusão, detenção ou multa; b) na sequência deverá proceder com a dosimetria da pena,

a fim de definir a quantidade de pena a ser aplicada (tema melhor abordado no tópico seguinte); c) fixado o *quantum* de pena, será analisado o regime de cumprimento da pena, em conformidade com o artigo 33 do Código Penal; e d) por fim, deverá avaliar a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por outras penas, como, por exemplo, as penas restritivas de direito (art. 44 do Código Penal).

2.2. A dosimetria da pena.

Definido o tipo de pena prevista em lei para o delito imputado ao agente, o próximo passo, conforme exposto, será determinar a quantidade da pena aplicável, dentro dos limites impostos pela lei.

No que tange à dosimetria da reprimenda, o Código Penal, em seu artigo 68, adotou o método trifásico de fixação da pena, preconizado por Nelson Hungria.

Cálculo da pena

Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

Como se vê, em um primeiro momento o juiz analisará as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, na sequência considerará as circunstâncias agravantes e atenuantes (artigos 61, 62, 65 e 66, todos do Código Penal) e, ao final, as causas de aumento e de diminuição de pena.

Seguindo esse método, na primeira fase de aplicação de pena o magistrado sopesará as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, quais sejam: a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias, as consequências do crime e o comportamento da vítima. Ao fixar a pena-base o magistrado deverá observar os limites indicados no preceito secundário do tipo penal.

Nesse ponto, importante ressaltar que a lei não prevê um patamar mínimo e máximo a ser atribuído a cada circunstância judicial, ficando esse *quantum* a critério do juízo sentenciante, que sempre deverá motivar a sua decisão, bem como se pautar pelo princípio da proporcionalidade.

Muito embora a lei não preveja o limite mínimo e máximo para incidência de cada circunstância judicial, a jurisprudência estipula razoável que o aumento observe a fração de 1/6 (um sexto) da pena para cada circunstância judicial. Caso o juiz, diante das circunstâncias do caso concreto, entenda que o fato praticado merece uma maior reprovabilidade, deverá fundamentar a razão pela qual atribuí à determinada circunstância fração de aumento superior a 1/6 (um sexto), sob pena de configurar constrangimento ilegal.

Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. RESTRIÇÃO DAS HIPÓTESES DE CABIMENTO. NOVA ORIENTAÇÃO DESTA CORTE SUPERIOR E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. CONDENAÇÕES DISTINTAS PARA CARACTERIZAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. MAJORAÇÃO DA PENA-BASE EM 3/4 (TRÊS QUARTOS) PELA EXISTÊNCIA DE 3 (TRÊS) CONDENAÇÕES ANTERIORES. ACRÉSCIMO DESPROPORCIONAL. FLAGRANTE ILEGALIDADE EVIDENCIADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O atual entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal

de Justiça é no sentido de que não deve ser conhecido o habeas corpus substitutivo de recurso próprio. Nada impede, contudo, que se verifique a existência de flagrante constrangimento ilegal que autorize a concessão de habeas corpus de ofício, notadamente porque a impetração é anterior à referida mudança jurisprudencial.

2. Inexiste o alegado bis in idem, pois a pacífica orientação do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que, havendo mais de uma condenação, está o julgador autorizado a utilizar uma para caracterização da reincidência e as demais para majoração da pena-base na primeira fase do cálculo da pena.

3. O aumento no patamar de 3/4 a título de maus antecedentes, ainda que levado em consideração tratar-se de três condenações anteriores, mostra-se desproporcional e por demais severo. Muito embora a lei não estabeleça o patamar mínimo e o máximo para incidência de cada circunstância judicial, sedimentou-se no Superior Tribunal de Justiça a orientação de que o acréscimo superior a 1/6 (um sexto) para cada circunstância judicial desfavorável deve ser devidamente justificado.

Apontada na sentença a existência de três condenações para caracterização dos maus antecedentes, está autorizada a fixação da pena-base em patamar acima do mínimo, contudo, sem chegar aos 3/4 adotados pelas instâncias ordinárias. Na linha dos precedentes desta Corte, mostra-se adequado e suficiente

para reprovação e prevenção da conduta o acréscimo em 1/3 (um terço) na pena-base pelo reconhecimento dos maus antecedentes.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir a pena imposta ao paciente para 8 (oito) anos, 3 (três) meses e 16 (dezesesseis) dias de reclusão, mais 20 (vinte) dias-multa. (STJ, HC 180.514/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 12/04/2016, DJe 20/04/2016). (Destques acrescidos).

Na segunda fase de aplicação da pena, partindo da pena-base fixada na primeira fase de aplicação da pena, o juiz analisará as circunstâncias agravantes e atenuantes. Tais circunstâncias são chamadas genéricas, pois previstas na parte geral do Código Penal. Segundo Rogério Sanches (2015, p. 406) “[...] as agravantes e atenuantes genéricas podem ser definidas como circunstâncias objetivas ou subjetivas que não integram a estrutura do tipo penal, mas se vinculam ao crime, devendo ser consideradas pelo juiz no momento de aplicação da pena”.

As circunstâncias agravantes estão previstas nos artigos 61 e 62 do Código Penal:

Circunstâncias agravantes

Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

I - a reincidência;

II - ter o agente cometido o crime:

a) por motivo fútil ou torpe;

b) para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime;

c) à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido;

d) com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum;

e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge;

f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica;

g) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão;

h) contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida;

i) quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade;

j) em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido;

l) em estado de embriaguez preordenada.

Agravantes no caso de concurso de pessoas

Art. 62 - A pena será ainda agravada em relação ao agente que:

I - promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes;

II - coage ou induz outrem à execução material do crime;

III - instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não-punível em virtude de condição ou qualidade pessoal;

IV - executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa.

Por sua vez, as circunstâncias atenuantes estão previstas nos artigos 65 e 66 do Código Penal:

Circunstâncias atenuantes

Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

I - ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença;

II - o desconhecimento da lei;

III - ter o agente:

a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral;

b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as conseqüências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano;

c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima;

d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime;

e) cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou.

Art. 66 - A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.

Em que pese a lei seja silente sobre o assunto, a doutrina e a jurisprudência entendem que na segunda fase o juiz também

estará atrelado ao limite mínimo e máximo de pena previstos pelo legislador no preceito secundário da norma incriminadora.

Nesse sentido é o teor da Súmula nº 231, do Superior Tribunal de Justiça: “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”. (TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 22/09/1999, DJ 15/10/1999, p. 76).

A lei também não previu patamar mínimo e máximo a ser atribuído a cada circunstância agravante ou atenuante, ficando a critério do juiz, sendo considerado proporcional pela jurisprudência, assim como na primeira fase de aplicação de pena, a fração de 1/6 (um sexto) de pena a ser atribuída a cada circunstância agravante ou atenuante:

PENAL E PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. ART. 42 DA LEI DE DROGAS. EXASPERAÇÃO. LEGALIDADE. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. AGENTE QUE TRANSPORTA ENTORPECENTES NO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO DE "MULA". REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. REGIME INICIAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. ELEVADA QUANTIDADE DE DROGA.

1. A dosimetria da pena está inserida no âmbito de discricionariedade do julgador, estando atrelada às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas dos agentes, elementos que somente podem ser revistos por esta Corte em situações excepcionais, quando malferida alguma regra de direito.

2. Na hipótese do tráfico ilícito de entorpecentes é indispensável atentar para o que disciplina o art. 42 da Lei 11.343/2006,

segundo o qual o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.

3. No caso concreto, o Tribunal de origem expressamente fundamentou a majoração da pena-base, considerando, em especial, a quantidade e a qualidade da droga apreendida - 1.118 gramas de cocaína -, nos termos do art. 42 da Lei 11.343/2006, não se mostrando desproporcional ou desarrazoada, porquanto fundamentada a fração em elementos concretos e dentro do critério da discricionariedade vinculada do julgador.

4. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que o acusado, enquanto no exercício da função de transportador ("mula"), integra organização criminosa e, portanto, não preenche os requisitos exigidos para a aplicação da causa de diminuição de pena descrita no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

5. "O Código Penal não estabelece frações fixas de aumento ou diminuição da pena quando do reconhecimento de atenuantes, sendo dever do magistrado, com base em elementos concretos dos autos, determiná-las de forma fundamentada" (AgRg no REsp 1362030/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 10/11/2015, DJe 19/11/2015).

6. Nessa linha, **a jurisprudência do STJ tem se consolidado no sentido de reconhecer que, não obstante a legislação não estabelecer frações específicas para o**

aumento ou diminuição em razão das agravantes e atenuantes, a fração de 1/6 (um sexto) mostra-se razoável e proporcional, de modo que é efetivamente desproporcional a redução da pena em somente 1/13 em decorrência da atenuante da confissão espontânea, sem qualquer justificativa.

7. Em se tratando de tráfico de entorpecentes, desde o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do HC n. 111.840/ES, inexistente a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, determinando, também nesses casos, a observância do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59, do Código Penal.

8. No entanto, verifico que, não obstante o recorrente seja tecnicamente primário, condenado a pena privativa de liberdade superior a 4 e não excedente a 8 anos, houve a fixação de circunstâncias judiciais desfavoráveis, envolvendo o presente caso tráfico transnacional de expressiva quantidade e deletéria natureza dos entorpecentes - 1.118 g de cocaína - , o que justifica a manutenção do regime inicial fechado.

9. Agravo regimental parcialmente provido para, aplicando a fração de 1/6 referente à atenuante genérica da confissão espontânea, fixar a pena privativa de liberdade em 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 7 (sete) dias de reclusão e 675 dias-multa. (STJ, AgRg no REsp 1288284/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA,

julgado em 19/04/2016, DJe 29/04/2016).
(Destaques acrescentados).

Poderá se processar no contexto de um mesmo crime a ocorrência tanto de circunstância agravantes como atenuantes. Nesse caso, sobrevivendo o concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes, o artigo 67 do Código Penal estabelece que a pena deverá se aproximar das circunstâncias preponderantes, considerando como tais as que dizem respeito aos motivos determinantes do crime, à personalidade do agente e à reincidência. Esse é exatamente o tema do nosso ensaio, que será melhor delineado nos tópicos posteriores.

Por fim, na terceira fase de aplicação da pena serão analisadas as causas de aumento e de diminuição de pena, são as majorantes e minorantes. As causas de aumento de pena podem estar previstas na parte geral, na parte especial do Código Penal e ainda na legislação extravagante. Aqui o juiz não estará restrito aos limites mínimos e máximos impostos no preceito secundário da pena.

Vale ressaltar que havendo concurso homogêneo de causas de aumento ou de diminuição, isto é, mais de uma causa de aumento ou mais de uma causa de diminuição, previstas na parte especial do Código Penal, poderá o juiz aplicar só um aumento ou só uma diminuição, prevalecendo a que mais aumente ou diminua (art. 68, parágrafo único, Código Penal).

Observe que não se trata de concurso heterogêneo, isto é, concurso entre causas de aumento e de diminuição, nesse caso o juiz deverá aplicar tanto a majorante quanto a minorante.

Deveras, o critério trifásico de aplicação de pena permite que a individualização da pena se proceda de uma maneira racional, objetiva, privilegiando o exercício do direito de defesa, na medida

em que expõe ao réu os parâmetros que motivaram o juiz a fixar determinada reprimenda (CUNHA, 2015).

2.3. O concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes. Possibilidade de compensação entre a atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, “d”, CP) e a agravante da reincidência (art. 61, I, CP), a agravante do crime praticado com emprego de violência contra a mulher (art. 61, II, “f”, do CP), bem como a agravante do crime cometido mediante paga ou promessa de recompensa (art. 62, IV, CP).

Conforme exposto, o artigo 67 do Código Penal versa sobre o concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes:

Concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes

Art. 67 - No concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência.

Isso significa que em um mesmo contexto, caso coexistam circunstâncias agravantes e atenuantes, o juiz sentenciante, na segunda fase de aplicação da pena, deverá analisar quais dessas circunstâncias são consideradas preponderantes. Se nenhuma das duas circunstâncias forem preponderantes ou se ambas as circunstâncias forem preponderantes haverá compensação, mantendo-se a pena inalterada. De outro modo, havendo o confronto entre uma circunstância genérica comum e outra preponderante, a pena deverá aproximar-se da circunstância preponderante, reduzindo, caso a circunstância preponderante seja uma atenuante, ou aumentando, caso seja uma agravante.

Destarte, as circunstâncias preponderantes são aquelas que dizem respeito aos motivos determinantes do crime, à personalidade do agente e à reincidência.

Tema que vem gerando grande controvérsia entre os Tribunais Superiores é a possibilidade de compensação entre a circunstância atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, “d”, do Código Penal) e a agravante da reincidência (art. 61, I, do Código Penal).

Antes de ingressar propriamente no tema, cumpre ressaltar julgado do Superior Tribunal de Justiça que bem explica os limites dados por essa Corte aos conceitos de confissão espontânea e reincidência:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO. COMPENSAÇÃO ENTRE ATENUANTE DE CONFISSÃO COM AGRAVANTE DE REINCIDÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Se a confissão do acusado foi utilizada para corroborar o acervo probatório e fundamentar a condenação, deve incidir a atenuante prevista no artigo 65, III, "d", do Código Penal, sendo irrelevante o fato de a confissão ter sido espontânea ou não, total ou parcial, ou mesmo que tenha havido posterior retratação.

2. Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, pacificado por ocasião do julgamento do Recurso Especial Repetitivo 1.341.370/MT, da relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior, a agravante da reincidência e a atenuante da confissão

espontânea são igualmente preponderantes, pelo que devem ser compensadas.

3. Para o reconhecimento da reincidência são necessários os seguintes pré-requisitos: a) a condena o, por crime, com trânsito em julgado anterior   prática do novo delito; b) não supera o do prazo de cinco anos entre a data do cumprimento da pena relativa ao crime anterior, ou a declara o de extin o de sua punibilidade; e c) prática do novo delito. Reincidência não reconhecida.

4. Agravo regimental não provido. Provimento alterado para fixar a nova pena. (STJ, AgRg no REsp 1567351/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 15/03/2016, DJe 28/03/2016). (Destques acrescentados).

No que tange   atenuante da confissão espontânea, o Superior Tribunal de Justiça, inclusive, editou a Súmula n  545, que afirma: “Quando a confissão for utilizada para a forma o do convencimento do julgador, o réu fará jus   atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal”. (TERCEIRA SE O, julgado em 14/10/2015, DJe 19/10/2015).

A aludida Súmula abrange as hipóteses de confissão retratada, confissão qualificada e confissão parcial. Assim, sempre que o réu confessar a prática do delito e a confissão interferir no convencimento do julgador, fará jus   atenuante da confissão espontânea (artigo 65, III, d, do Código Penal).

Voltando ao tema propriamente dito, o Superior Tribunal de Justiça, assim como parte da doutrina, entende que a atenuante da confissão espontânea configura circunstância preponderante,

por relacionar-se à personalidade do agente, na medida em que demonstra a capacidade do réu de reconhecer seus erros e assumir suas consequências (CUNHA, 2015). Sendo considerada circunstância preponderante, essa Corte conclui que a atenuante da confissão espontânea poderá ser compensada com a agravante da reincidência.

Sob esse prisma, deliberou seguindo a sistemática dos recursos repetitivos:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA (ART. 543-C DO CPC). PENAL. DOSIMETRIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA E REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. **É possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência.**

2. Recurso especial provido. (STJ, REsp 1341370/MT, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 10/04/2013, DJe 17/04/2013). (Destques acrescentados).

Nesse pórtico, válido destacar o escólio de Guilherme de Souza Nucci:

Reincidência versus confissão espontânea: vínhamos sustentando devesse a reincidência, por ser preponderante, superar a atenuante da confissão espontânea. Admitíamos que a confissão espontânea, para ser reconhecida como abrandamento da pena, haveria de ser sincera – o real alcance e significado de espontaneidade, sem

subterfúgios, com intenção de colaborar com a Justiça. E defendíamos constituir a espontaneidade, em alguns casos, fruto de aspecto positivo da personalidade do agente. Quando assim fosse, a confissão espontânea tornar-se-ia, igualmente, preponderante, pois personalidade é um dos elementos indicados no art. 67 do Código Penal. Em suma, admitida a confissão espontânea como preponderante, em confronto com a reincidência, haveria compensação entre ambas. Porém, na nossa atividade judicante, notamos a carência de provas e dados para detectar quando a confissão espontânea é fruto da personalidade positiva do agente – e quando seria por outros fatores. Desse modo, não se pode prejudicar o réu, buscando uma prova que, na maioria das vezes, inexistente nos autos, gerando dúvida mais que razoável acerca da origem da confissão espontânea. Por outro lado, é de se supor que, sendo espontânea, é sincera, representando, de algum modo, fiel espelho de uma personalidade íntegra no tocante à assunção dos próprios erros. Diante disso, alteramos a nossa posição, passando a admitir a compensação entre reincidência e confissão espontânea, basicamente lastreados no princípio constitucional do *in dubio pro reo*. [...] [2].

Todavia, necessário observar que o Superior Tribunal de Justiça faz uma ressalva, não admitindo a integral compensação entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea quando o réu for multirreincidente, isto é, quando o agente for reincidente em mais de um crime.

Com efeito, constatada hipótese de multirreincidência, haverá uma proporcional compensação, preponderando a circunstância agravante da reincidência:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes.

2. Contudo, o alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação ex officio, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE. ELEVADA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE APREENDIDO.

POSSIBILIDADE. AUMENTO PROPORCIONAL. ILEGALIDADE NÃO DEMONSTRADA.

1. Na fixação da pena-base de crimes previstos na Lei n.

11.343/2006, como ocorre na espécie, deve-se considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no artigo 42 da Lei de Drogas.

2. Na espécie, a reprimenda de piso acima do mínimo legal, em razão da culpabilidade e da excessiva quantidade do estupefaciente apreendido, encontra-se devidamente justificada e proporcional as especificidades do caso versado.

COMPENSAÇÃO ENTRE A REINCIDÊNCIA E A CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PACIENTE QUE OSTENTA VÁRIAS CONDENAÇÕES. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. A compensação entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea pressupõe a existência de apenas uma condenação transitada em julgado contra o acusado.

2. Tratando-se de condenado multirreincidente, mostra-se inviável promover a compensação integral e exata entre a confissão e a reincidência.

3. Habeas corpus não conhecido. (STJ, HC 344.193/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 12/04/2016, DJe 19/04/2016). (Destaques acrescentados).

Assim, verificado que o réu é reincidente em mais de um crime, tendo confessado espontaneamente o delito, o Superior Tribunal de Justiça entende que deverá haver a compensação entre a circunstância agravante e a atenuante, porém não de forma integral, preponderando a agravante.

Analisando o caso, o Superior Sodalício manifestou-se pela possibilidade do aumento da pena-base na fração de 1/8 (um

oitavo), percentual inferior à que usualmente se atribui às agravantes genéricas, que, apesar de não ter parâmetro previsto na lei, é aplicada na fração de 1/6 (um sexto). Observe:

PENAL. HABEAS CORPUS
SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO.
USO DE DOCUMENTO FALSO.
AUTODEFESA. ATIPICIDADE. NÃO
OCORRÊNCIA. RÉU MULTIREINCIDENTE.
DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO
MÍNIMO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES E
RECIDIVA. BIS IN IDEM NÃO EVIDENCIADO.
COMPENSAÇÃO ENTRE AGRAVANTE DA
REINCIDÊNCIA E A ATENUANTE DA
CONFISSÃO ESPONTÂNEA.
PREPONDERÂNCIA DA AGRAVANTE.
CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO
EVIDENCIADO. ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado. No caso, não se observa flagrante ilegalidade a justificar a concessão do habeas corpus de ofício.

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido de que não fica afastada a tipicidade do delito previsto no art. 304 do Código Penal em razão de a atribuição de falsa identidade originar-se da apresentação de documento à autoridade policial, quando por ela exigida, não se confundindo o ato com o

mero exercício do direito de defesa. Precedentes.

3. Não se infere manifesta desproporcionalidade na pena imposta, porquanto a jurisprudência desta Corte admite a utilização de condenações anteriores transitadas em julgado como fundamento para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, diante da valoração negativa dos maus antecedentes, da conduta social e, ainda, da personalidade do agente, ficando apenas vedado o bis in idem.

4. A Terceira Seção, em 10/4/2013, no julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia 1.341.370/MT, de Relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior, firmou o entendimento de que, observadas as especificidades do caso concreto, "é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência".

5. Tratando-se de réu multireincidente, deve ser reconhecida a preponderância da agravante prevista no art. 61, I, do Código Penal, sendo admissível a sua compensação proporcional com a atenuante da confissão espontânea, em estrito atendimento aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade. (Precedentes.) Assim, mostra-se razoável a exasperação da pena em 1/8 na segunda fase da dosimetria.

6. Habeas corpus não conhecido. (STJ, HC 313.868/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 17/03/2016, DJe 29/03/2016). (Destques acrescentados).

Em outra oportunidade, o Superior Tribunal de Justiça destacou a impossibilidade de compensação integral entre a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência quando o réu ostentar a condição de reincidente específico, isto é, for reincidente na prática de crime da mesma espécie. Segundo essa Corte a reincidência específica revela a maior reprovabilidade da conduta do agente.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO. RECEPÇÃO. ABSOLVIÇÃO. VEDAÇÃO. REEXAME DE PROVAS. ART. 155 DO CPP. DOSIMETRIA. MULTIRREINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO COM A CONFISSÃO. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. No processo penal, vigora o princípio do livre convencimento motivado, em razão do qual pode o julgador livremente absolver ou condenar, desde que sua decisão seja suficientemente motivada e apoiada sobre as provas produzidas sob o contraditório judicial, conforme verificado nos autos.

2. Constatada a regularidade das decisões proferidas pela Corte de origem, não é cabível a apreciação do pedido de absolvição, pois a alteração da convicção motivada da instância ordinária demandaria reexame aprofundado do quadro fático-probatório, inviável no rito de cognição sumária da ação constitucional.

3. Não há que se falar em inobservância ao disposto no art. 155 do Código de Processo Penal, visto que o Juiz sentenciante confrontou elementos informativos obtidos na fase

extrajudicial (como o depoimento de testemunhas) com as provas colhidas judicialmente, submetidas, portanto, ao crivo do contraditório.

4. Não se permite a compensação integral entre a confissão e a reincidência, quando a recidiva do réu for específica e numerosa, por evidenciar maior reprovabilidade da conduta.

5. Habeas corpus não conhecido. (STJ, HC 337.809/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 19/11/2015, DJe 03/12/2015). (Destaques acrescentados).

Noutro viés, utilizando-se do mesmo raciocínio aplicado à agravante da reincidência, o Superior Tribunal de Justiça já entendeu pela possibilidade de compensação entre a circunstância agravante concernente ao crime cometido com emprego de violência contra a mulher (art. 61, II, “f”, do Código Penal) e a circunstância atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, “d”, do Código Penal).

Argumentou-se que se tratavam de circunstâncias igualmente preponderantes, uma vez que a circunstância agravante do emprego de violência contra a mulher diz respeito aos motivos determinantes do crime e a circunstância atenuante da confissão, como exposto em linhas anteriores, refere-se à personalidade do agente:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONTRARIEDADE AOS ARTS. 59 E 68, AMBOS DO CP. DOSIMETRIA DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DA CULPABILIDADE, PERSONALIDADE E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME VALORADAS

NEGATIVAMENTE. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PENA-BASE REDUZIDA. OFENSA AOS ARTS. 65, III, "D", E 67, AMBOS DO CP. **COMPENSAÇÃO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA COM A AGRAVANTE DO CRIME TER SIDO PRATICADO COM VIOLÊNCIA CONTRA MULHER. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS IGUALMENTE PREPONDERANTES.** AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Ausentes fundamentos idôneos, aptos a permitir a valoração negativa das circunstâncias judiciais da culpabilidade, da personalidade e das circunstâncias do crime, elas não podem ser utilizadas para fundamentar a majoração da pena-base quando da realização da dosimetria.

2. Esta Corte Superior tem firme entendimento de que a atenuante da confissão espontânea, por envolver a personalidade do agente, deve ser utilizada como circunstância preponderante quando do concurso entre agravantes e atenuantes, nos termos consignados pelo artigo 67 do Código Penal, razão pela qual **foi pacificado neste Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do Recurso Especial Repetitivo 1.341.370/MT, da relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior, o entendimento de que a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, por serem igualmente preponderantes, devem ser compensadas entre si, cognição que deve ser estendida, por interpretação analógica, à**

hipótese em análise, dada sua similitude, por também versar sobre a possibilidade de compensação entre circunstâncias preponderantes.

3. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ, AgRg no AREsp 689.064/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 06/08/2015, DJe 26/08/2015). (Destques acrescidos).

Seguindo a mesma linha, ao apreciar o concurso entre a circunstância agravante do crime cometido mediante paga ou promessa de recompensa(art. 62, IV, do Código Penal) e a atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, “d”, do Código Penal), o Superior Tribunal de Justiça admitiu a compensação entre as mencionadas circunstâncias. Assentou-se que a citada agravante refere-se aos motivos determinantes do crime, enquanto a atenuante alude à personalidade do agente, sendo, portanto, ambas circunstâncias consideradas preponderantes:

PENAL. HABEAS CORPUS
SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO.
NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE
ENTORPECENTES. DOSIMETRIA DA
PENA.**COMPENSAÇÃO DA AGRAVANTE DE
EXECUTAR O CRIME MEDIANTE PAGA COM
A ATENUANTE DA CONFISSÃO
ESPONTÂNEA. POSSIBILIDADE.
CIRCUNSTÂNCIAS IGUALMENTE
PREPONDERANTES.** CAUSA DE
DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ARTIGO 33
DA LEI N. 11.343/06. RÉU NA CONDIÇÃO DE
"MULA". POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS

NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

III - A col. Terceira Seção deste eg. Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do Recurso Especial Repetitivo nº 1.341.370/MT

(Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe de 17/4/2013), firmou entendimento segundo o qual **"é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência"**, entendimento este que deve ser estendido à presente hipótese, pois cuida-se de compensação entre circunstâncias igualmente preponderantes, nos termos do art. 67, do Código Penal, quais sejam, motivos determinantes do crime (mediante paga) e personalidade do agente (confissão espontânea).

IV - In casu, "descabe afastar a incidência da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 com base em mera conjectura ou ilação de que os réus integrariam organização criminosa. O exercício da função de mula, embora indispensável para o tráfico internacional, não traduz, por si só, adesão, em caráter estável e permanente, à estrutura de organização criminosa" (STF - HC n. 124.107, Primeira Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 24/11/2014).

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício. (STJ, HC 318.594/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 16/02/2016, DJe 24/02/2016). (Destaques acrescidos).

Ocorre que, conforme mencionado anteriormente, impera acentuada divergência entre os Tribunais Superiores. Enquanto o Superior Tribunal de Justiça possui consolidado entendimento pela possibilidade de compensação entre a circunstância atenuante da

confissão espontânea (art. 65, III, “d”, do Código Penal) e a agravante da reincidência (art. 61, I, do Código Penal), o Supremo Tribunal Federal considera preponderante a mencionada circunstância agravante.

Abaixo, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

Ementa: Habeas Corpus substitutivo de recurso ordinário. Roubo circunstanciado. Compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea. Impossibilidade 1. **O acórdão impugnado está em conformidade com a jurisprudência de ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que, a teor do art. 67 do Código Penal, “a agravante da reincidência prepondera sobre a atenuante da confissão espontânea, razão pela qual é inviável a compensação pleiteada”** (RHC 110.727, Rel. Min. Dias Toffoli). 2. Habeas Corpus extinto sem resolução de mérito por inadequação da via processual. (STF, HC 105543, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 29/04/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 26-05-2014 PUBLIC 27-05-2014). (Destaques acrescentados).

Como visto no início deste artigo, a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XLVI, delegou ao legislador a tarefa de regulamentar a individualização da pena. Ademais, como se sabe, a Carta Magna atribuiu ao Superior Tribunal de Justiça a função de interprete da legislação infraconstitucional (art. 105, III, da Constituição Federal).

De fato, o Supremo Tribunal Federal é o guardião da Constituição Federal, competindo-lhe dar a última palavra no que tange à interpretação e aplicação das normas constitucionais, bem como quanto à compatibilidade do ordenamento jurídico com a Carta-Mãe. Na espécie, contudo, contempla-se hipótese de interpretação da legislação federal, notadamente o artigo 67 do Código Penal, função imputada pela própria Constituição Federal ao Superior Tribunal de Justiça.

3. CONCLUSÃO.

Conforme elucidado, na segunda fase de aplicação da pena deverá o juiz sentenciante analisar as circunstâncias agravantes e atenuantes e, observando a concomitância de tais circunstâncias, cumprirá avaliar quais as circunstâncias consideradas preponderantes pela lei.

Deveras, há divergência nos Tribunais Superiores no que tange à possibilidade de compensação entre a atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, “d”, do Código Penal) e a agravante da reincidência (art. 61, I, do Código Penal). O Superior Tribunal de Justiça entende, em regra, pela possibilidade da compensação, por considerar ambas as circunstâncias preponderantes – aplicando o mesmo raciocínio às agravantes do crime praticado com emprego de violência contra a mulher (art. 61, II, “f”, do Código Penal) e do crime cometido mediante paga ou promessa de recompensa (art. 62, IV, Código Penal) – o Supremo Tribunal Federal, todavia, interpreta que a agravante da reincidência é circunstância preponderante à confissão espontânea.

Pelo exposto, considerando que a confissão, decerto, refere-se à personalidade do agente, na medida em que demonstra a capacidade do réu em admitir o seu erro e se responsabilizar pelas consequências de suas ações e, bem assim, tendo em vista que cumpre ao Superior Tribunal de Justiça a função de interpretar a

legislação infraconstitucional, conclui-se acertado o entendimento dessa Corte pela possibilidade da compensação das aludidas circunstâncias atenuantes e agravantes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Marcelo André de; SALIM, Alexandre. *Coleção Sinopses Para Concursos: Direito Penal. Parte Geral*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2015.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Principais Julgados STF e STJ comentados 2015*. Manaus: Dizer o Direito, 2016.

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal: parte geral*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2015.

ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito Penal Esquematizado: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FERREIRA FILHO, Roberval Rocha; VIEIRA, Albino Carlos Martins. *Súmulas do STJ Organizadas por assunto, anotadas e comentadas*. 7. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2015.

MASSON, Cleber. *Direito penal esquematizado: Parte geral*. vol. 1. 8. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 14. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NOTAS:

[1] NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 14. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 459.

[2] NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 14. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 528.

DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA: A SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO EM DETRIMENTO DO DIREITO À PROPRIEDADE

ANA PAULA MAXIMO GARCIA: Pós-graduada em direito constitucional pela Universidade Anhanguera - Uniderp/MS.

RESUMO: Considerando que a desapropriação indireta é uma construção doutrinária e jurisprudencial que se diferencia das demais modalidades de desapropriações que estão previstas na Constituição Brasileira, pois consiste na completa ausência de todos os requisitos essenciais que devem ser observados na desapropriação, modalidade mais gravosa de intervenção do Estado na propriedade. A desapropriação indireta se caracteriza como um verdadeiro ilícito cometido pela Administração Pública contra o direito a propriedade do indivíduo, que, por sua vez, é garantido constitucionalmente. Um dos principais fundamentos desse instituto é o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado. Em vista disso, faz-se necessário desconstruir esse princípio, uma vez que a sua aplicação fere frontalmente o direito à propriedade, direito fundamental ao indivíduo que deve ser protegido pelo Estado e não suprimido por ele.

Palavras chaves: intervenção do Estado na propriedade. Desapropriação indireta. Direito à propriedade. Direito fundamental do indivíduo. Crítica. Supremacia do interesse público sobre o privado. Aplicação desarrazoada.

ABSTRACT:

Considering that the indirect expropriation is a doctrinal and jurisprudential construction that differs from other forms of dispossession that are provided in the Brazilian Constitution, as is the complete absence of the essential requirements to be observed in dispossession, more severe form of state intervention on the property. Indirect expropriation is characterized as an illegal real committed by public authorities against the right to individual property, which, in turn, is constitutionally guaranteed. One of the main foundations of this institute is the principle of the supremacy of public interest over private interest. In view of this, it is necessary to deconstruct this principle, since its implementation frontally injures the right to property, a fundamental right of the individual to be protected by the state and not suppressed by him.

Keywords: State intervention in the property. indirect expropriation. Right to property. fundamental right of the individual. Criticism. Supremacy of public interest over private.

1 – INTRODU O

O direito   propriedade, ao longo da história, passou por várias mudanças, tendo em vista que acompanhou o desenvolvimento da sociedade e do Estado, procurando amoldar-se aos interesses e às necessidades sociais.

A Constitui o Federal de 1988 assegura o direito   propriedade como direito fundamental do homem, tendo em vista que a propriedade faz parte da história do indivíduo desde os tempos das antigas civiliza es.

Os relatos existentes sobre a propriedade iniciam-se na Antiguidade e se estendem até os dias atuais. A análise da origem da propriedade contribui para compreensão de elementos que estão

intrinsecamente ligados a esse instituto, facilitando o entendimento do seu conceito e do seu tratamento no ordenamento jurídico.

Ao longo do tempo, a propriedade ganhou contornos jurídicos e constitucionais, deixando de ser um instituto exclusivamente privado. O direito à propriedade foi se aprimorando juntamente com as mudanças ocorridas no contexto jurídico-social, deixando para trás o seu caráter absoluto.

Em que pese a garantia constitucional dada à propriedade, o seu dono não pode submeter o bem exclusivamente a sua vontade, devendo ceder aos interesses da coletividade dentro dos limites traçados pela norma constitucional, consagrando, também, como direito fundamental o atendimento a sua função social.

Quando o proprietário não cumpre a função social destinada à propriedade, o texto constitucional autoriza o Poder Público intervir na coisa privada, visando amoldá-la a sua finalidade.

Com isso, a Constituição prevê a possibilidade de restringir ou suprimir um bem particular, desde que sejam satisfeitos os requisitos constitucionais por ela previstos, como ocorre na desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, disposta no art. 5º, XXIV.

Infelizmente, nem sempre os requisitos previstos no texto constitucional são observados, ocasionando uma atuação administrativa arbitrária, conhecida como desapropriação indireta.

Estando concretizada a desapropriação indireta, resta, apenas, ao proprietário, vítima do ato esbulhatório, o direito de pleitear a indenização decorrente da perda do bem por meio da ação indenizatória de desapropriação indireta.

A Intervenção do Estado na propriedade privada é uma das prerrogativas do Poder Público que age em prol de um interesse

maior, ou seja, o público. A principal justificativa da desapropriação indireta é o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

Ocorre que, por vezes, o Poder Público atrela privilégios e prerrogativas desmedidas a essa suposta supremacia do interesse público, conforme se observa na desapropriação indireta, em que o direito à propriedade, direito fundamental constitucionalmente protegido, se curva para um suposto interesse público, que nem sempre está em consonância com o interesse comum a todos.

É importante lembrar que o Estado existe para servir o indivíduo, no entanto, em vários casos, não é isso que acontece.

2 – DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA: O DIREITO À PROPRIEDADE E A (IM)POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DO ESTADO NA PROPRIEDADE PRIVADA

O termo propriedade tem sua definição na origem etimológica, conforme afirma Bobbio (1998, p.1021):

O substantivo Propriedade deriva do adjetivo latino *proprius* e significa: “que é de um indivíduo específico ou de um objeto específico (nesse caso, equivale a: típico daquele objeto, a ele pertencente), sendo apenas seu”. O conceito que daí emerge é o de “objeto que pertence a alguém de modo exclusivo”, logo seguido da implicação jurídica: “direito de possuir alguma coisa”, ou seja, “de dispor de alguma coisa de modo pleno, sem limites”.

Observa-se que o conceito de propriedade foi aprimorado com o passar do tempo, porém, a definição que se tem atualmente,

ainda, guarda alguns pontos convergentes em relação àquele que lhe deu origem.

O direito a propriedade encontra-se expresso no texto constitucional, tendo sido inserido no rol de direitos e garantias fundamentais do indivíduo, sendo, portanto, reconhecido como cláusula pétrea, ou seja, núcleo intangível cujas disposições não podem ser abolidas por emendas constitucionais, como assevera Carvalho Filho (2008, p. 734), no extrato a seguir transcrito:

A vigente Constituição é peremptória no que se refere ao reconhecimento do direito: 'É garantido o direito a propriedade'(art. 5º, XXII). O mandamento indica que o legislador não pode erradicar esse direito do ordenamento jurídico positivo. Pode, sim, definir-lhe os contornos e fixar-lhes limitações, mas nunca deixará o direito de figurar como objeto da tutela jurídica.

No entanto, o titular do direito à propriedade deve exercê-lo em consonância com as suas finalidades sociais e econômicas, para que receba a tutela do Poder Público. Essas finalidades compõe a função social da propriedade cuja atenção também é considerada direito e garantia individual.

Desse modo, a Constituição, ao salvaguardar a propriedade como um direito subjetivo, impõe a observância da função social como pressuposto para que a tutela do direito de propriedade se torne suscetível (art. 182 §4º e 186 CF/88).

Ambos, o direito à propriedade e a sua função social, compõe a dignidade da pessoa humana, uma vez que da propriedade nasce o direito à moradia, condição mínima sem a qual o indivíduo se torna indigno.

O postulado da dignidade da pessoa humana impõe uma releitura de toda a ordem jurídica, pois protege contra tratamento degradante e discriminante, assegurando, assim, condições mínimas de sobrevivência, independentemente de qualquer condição como nacionalidade, orientação sexual, entre outras que não seja a de ser humano.

Cumpra-se asseverar que, quando a função social não é atendida na propriedade quer seja urbano ou rural, autoriza-se que o Poder Público intervenha para amoldá-la a essa qualificação. Nesse sentido, corrobora Carvalho Filho (2008, p.735):

A vigente Constituição dá suporte à intervenção do Estado na propriedade. De um lado, garante o direito de propriedade (art. 5º, XXII), mas ao mesmo tempo condiciona o instituto ao atendimento da função social (art. 5º, XXIII). Aqui se encontra o primeiro embasamento constitucional. Se a propriedade precisa estar condicionada à função social, segue-se que, se não estiver atendida essa condição, poderá o Estado intervir para vê-la atendida.

A intervenção do Estado na propriedade privada é uma prerrogativa que deriva do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

A intervenção do Estado se apresenta em duas formas, restritiva e supressiva. Na primeira, o Poder Público apenas impõe restrições ao uso exclusivo ou absoluto da propriedade, conservando o bem na esfera do seu titular, tais modalidades são: a servidão administrativa, a requisição, a ocupação temporária, as limitações administrativas e o tombamento.

Por sua vez, a intervenção supressiva, que tem como modalidade a desapropriação, consiste na transferência coercitiva da propriedade de terceiro para o patrimônio público, de forma definitiva, desde que haja a observância de alguns requisitos constitucionalmente previstos.

Ao Ente Público é autorizado limitar o direito de propriedade, sendo, o próprio texto constitucional, em seu art. 5º, XXIV, que prevê a possibilidade de intervenção supressiva, qualificada de desapropriação. Entretanto, alguns requisitos devem ser obrigatoriamente observados pelo poder expropriante, sob pena de ferir a pretensão constitucional.

São os requisitos constitucionais exigidos para que a desapropriação seja considerada legítima: a necessidade ou utilidade pública ou o interesse social, a observância de um procedimento administrativo ou judicial e a prévia e justa indenização em dinheiro.

Essa modalidade é dita como a mais gravosa, pois tem como objetivo a transferência do bem do particular desapropriado para o acervo do desapropriante, no caso, o Poder Público. A transferência se diz compulsória, pois, estando presentes todos os requisitos autorizadores para a realização da desapropriação, tal como a declaração do interesse social ou utilidade pública, só resta ao expropriado ajuizar ação para discutir, no mérito, o valor do imóvel e nada mais. Neste sentido, é o entendimento de Gasparini (2008, p. 854-855):

A contestação – defesa do expropriado –, nos termos do art. 20 da Lei Geral das Desapropriações, só pode versar sobre os vícios do processo judicial ou impugnação do preço, ou, ainda, incidir sobre ambos. É, como se vê, restrita, portanto, só pode girar em torno desses dois aspectos [...]

A desapropriação consiste em um procedimento administrativo e, na maioria das vezes, também judicial, no qual o Poder Público transfere para si a propriedade de terceiro, por razões de utilidade pública ou de interesse social, mediante o pagamento de prévia e justa indenização.

Ocorre que, por vezes, o Poder Público provoca a supressão sumária da propriedade sem que sejam observadas as formalidades exigidas pela Constituição Federal, em manifesto desrespeito ao direito de propriedade do indivíduo. A esse fenômeno dar-se o nome de desapropriação indireta.

Apesar de ser conhecida como desapropriação indireta, Carvalho Filho (2011, p.797-798) observa que “essa forma expropriatória é mais direta do que a que decorre da desapropriação regular. Nela, na verdade, o Estado age realmente *manu militari* e, portanto, muito mais diretamente”. Essa desapropriação, portanto, consubstancia em um ato de força emanado pelo Poder Público, portanto, ilegítimo.

3 – DA (NÃO) APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO

Conforme restou claro, ao Estado é permitido intervir na propriedade privada para reajustá-la a sua função social, visando o cumprimento do interesse público.

No entanto, na desapropriação indireta, o Poder Público ignora todos os requisitos constitucionais que legitima a sua interferência na propriedade do indivíduo, realizando, na verdade, um verdadeiro esbulho.

Sob a égide do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, a Administração pública justifica a desapropriação indireta como um ato administrativo legítimo,

ocorre que, na verdade, se trata de uma violação ao direito de propriedade, atingindo a própria dignidade da pessoa humana.

O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado é de criação doutrinária e jurisprudencial, já que não tem previsão legal. Mello (2008, p.53) defende a existência desse princípio ao apresentar a noção de interesse público como “uma projeção de interesses individuais e privados em um plano coletivo, ou seja, um interesse comum a todos os indivíduos, e que representa o ideal de bem-estar e segurança almejado pelo grupo”. No entanto, cabe ressaltar que nem sempre os interesses da coletividade caracteriza-se como um interesse comum a todos que a ela compõe.

Para Binenbojm, a própria existência de um princípio cuja nomenclatura se emprega o termo “supremacia” é apta a afetar a ponderação dos princípios em conflito, pois em todos os casos o interesse público se sobreporia ao interesse privado. Isto é, o referido princípio, determina a preferência ao interesse público quando existente um caso de colisão com qualquer que seja o interesse privado, independentemente das variações presentes no caso concreto.

Na desapropriação indireta, o interesse privado que está em jogo é o direito à propriedade, direito fundamental que compõe a própria dignidade da pessoa humana. Em razão disso, entender que o interesse privado sempre fique em detrimento do interesse coletivo é aceitar que, um direito fundamental do indivíduo garantido constitucionalmente, seja sempre suprimido, inexistindo espaço para ponderações.

Desse modo, não é possível enxergar a supremacia do interesse público sobre o privado como um “princípio”, já que a sua compreensão se dissocia da própria construção doutrinária acerca de princípios jurídicos, uma vez que não traz a ideia de uma norma abstrata, que guarda mandamentos de otimização,

mas se aproximando de uma regra que se aplica no esquema “tudo ou nada”.

A premissa de que o interesse público é supremo ao interesse privado é desarrazoada e desproporcional, ferindo o próprio Estado democrático de direito, uma vez que a Constituição Federal volta-se precipuamente para a proteção dos interesses do indivíduo, devendo o Estado ser um instrumento para a garantia e promoção de seus direitos fundamentais.

Sobre a questão da dicotomia entre público e particular, assevera Binbenbojm (2006, p. 90):

Só se coloca quando a Administração Pública se vê diante de interesses legítimos de parte a parte, quando então deverá socorrer-se de algum parâmetro normativo para balancear os interesses em jogo na busca da solução constitucional e legalmente autorizada.

Entende-se, portanto, que só é possível a intervenção do Estado na propriedade privada quando a própria Constituição de forma expressa ou implícita prevê essa possibilidade, como é o caso da desapropriação ordinária.

Para que a desapropriação seja legítima, faz-se necessário que estejam presentes os requisitos previstos no art. 5º, XXIV da Constituição, que são: a declaração de um motivo de necessidade ou utilidade pública ou interesse social, o devido processo legal e a prévia e justa indenização em dinheiro.

Ressalta-se que somente o texto constitucional pode estabelecer outras modalidades desapropriatórias que excelem os requisitos por ela previstos. Exemplo disso são as desapropriações para fins de reforma agrária e urbanística, que tem como formas de pagamento títulos agrários e públicos, respectivamente.

A desapropriação indireta é um comportamento ilegal e abusivo, pois o Poder Estatal se apropria do bem particular, sem observar os requisitos exigidos constitucional e legalmente, não guardando nenhuma relação com a desapropriação regular.

Desse modo, é possível desconstruir a ideia de supremacia do interesse público sobre o interesse privado, principalmente com o intuito de não ser mais usado como fundamento para um ato administrativo tão gravoso ao direito fundamental à propriedade, que é a desapropriação indireta.

4 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição ao mesmo tempo em que garante o direito de propriedade (art. 5º, XXII), a condiciona ao atendimento da função social (art. 5º, XXIII).

Com isso, se a condição imposta ao proprietário de atender a função social for desobedecida, a própria Lei Maior autoriza a intervenção do Estado para que essa condição seja realizada.

A intervenção do Estado na propriedade privada constitui uma prerrogativa dada ao Poder Público que se fundamenta no princípio da supremacia do interesse público e no atendimento a função social, uma vez que o coletivo deve prevalecer sobre a vontade do particular, proporcionando um bem estar social a todos.

A desapropriação indireta consiste na total carência de qualquer dos requisitos previstos para a realização da desapropriação comum, sendo considerado um ilícito administrativo.

Primeiramente, ocorre o apossamento do Poder Público que entra na posse do bem e passa a agir como se fosse o seu proprietário, ocasionando um esbulho possessório, cabendo ao

possuidor utilizar-se de medidas de defesas, tais como as ações possessórias.

Uma vez integrado ao patrimônio público, devido a afetação do bem a uma finalidade pública, o particular não pode mais reaver seu bem, tendo em vista que a propriedade passa a seguir o regime jurídico dos bens públicos, que tem como característica principal a inalienabilidade da obra pública.

Como se vê, a desapropriação indireta trata-se de uma forma desapropriatória criada pela doutrina e jurisprudência brasileira, apesar de muitos doutrinadores afirmaram a sua ilegalidade, pois dispensa a presença dos requisitos mínimos e essenciais exigidos pela lei e pela Constituição para a realização da desapropriação.

Em que pese o princípio da supremacia do interesse público ser um dos principais fundamentos da desapropriação indireta, trata-se de um princípio que deve ser expurgado da vivência do Direito Administrativo nesse contexto.

A necessidade da não aplicação do referido “princípio” tem como razão as seguintes: primeiramente, a impropriedade do termo “supremacia” do interesse público que afasta, de forma automática, qualquer possibilidade de ponderação que deve haver em caso de conflitos de bens e interesses, em segundo, a sua não correspondência com o sistema dos princípios jurídicos, não podendo ser tratado como um princípio em sua essência, e, por último, a grave violação ao direito à propriedade, direito fundamental do indivíduo que deve ser garantido e não suprimido pelo Estado, sob pena de ferir frontalmente a Constituição brasileira.

4 – BIBLIOGRAFIA

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado, 1988.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FIGUEREIDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.



UMA ABORDAGEM GERAL SOBRE O EXAME CRIMINOLÓGICO NO PROCESSO DE EXECUÇÃO PENAL BRASILEIRO

FAUZER CARNEIRO GARRIDO PALITOT:
Analista Judiciário do TJPE.

RESUMO: O presente trabalho tem por escopo discutir a questão do exame criminológico no processo de execução penal brasileiro e suas garantias, em especial após a ótica dada pela Lei 10.792/03, que deixou de listar o referido laudo como um dos elementos indispensáveis à formação do critério subjetivo que, por sua vez, compõe, juntamente com o critério objetivo, os requisitos para o benefício da progressão de regime prisional. Para maior elucidação acerca do assunto, iniciou-se o trabalho com breve apanhado sobre as principais doutrinas de justificação do poder punitivo, bem como as principais implicações no plano teórico da relação entre o delito e seu autor. Após, efetuou-se singela explanação sobre o atual panorama da execução penal no Brasil, da forma que vem prevista na Lei 7.210/84. Por fim, chegou-se à discussão acerca da natureza do exame criminológico propriamente dito, em especial no que concerne às suas funções alegadas e a polêmica acerca de sua legalidade, bem como as implicações que sua exigência pode gerar no âmbito do processo de execução penal.

Palavras-chave: Direito penal. Execução penal. Progressão de regime. Exame criminológico. Garantias.

SUMÁRIO: 1- INTRODUÇÃO; 2- A EXECUÇÃO PENAL NO BRASIL: ASPECTOS MACROSSITÊMICOS ; 2.1 – natureza jurídica da execução penal; 2.2- garantias e princípios aplicáveis na

execução penal; 2.3 – a individualização da execução da pena; 3- EXAMECRIMINOLÓGICO: CONFRONTO COM AS GARANTIAS DA EXECUÇÃO PENAL BRASILEIRA; 3.1- Definição E Natureza Do Exame Criminológico; 3.2- Funções Alegadas; 3.3- Exame criminológico como exigência para a progressão de Regime; 3.4 - Controle de identidade e amputação social através dos laudos psiquiátricos da execução penal; 4- CONCLUSÃO.

1- INTRODUÇÃO

O exame criminológico, em sede de execução penal, ainda subsiste como importante critério utilizado na concretização da individualização da pena, cujo objetivo seria a promoção, para o apenado, dos postulados da doutrina da prevenção especial da pena. A reprimenda penal funcionaria, assim, como tratamento, e o exame criminológico atuaria como principal forma de verificação dos progressos do apenado.

Ocorre que, após as modificações trazidas pela Lei 10.792/03, a utilização do procedimento psiquiátrico deveria se restringir à avaliação inicial do condenado, uma vez que sua possibilidade foi suprimida em sede de progressão de regime. Mas tal não é o que ocorre no atual panorama da execução penal brasileira, como demonstram recentes decisões da maior parte dos tribunais brasileiros.

Neste sentido, buscando-se compreender as matrizes teóricas que inspiraram o atual sistema penal, bem como as finalidades da pena, inicia-se o primeiro capítulo, o qual aborda os conceitos de direito e sistema penal. Alerta-se, ainda, as perigosas investidas teóricas realizadas no plano da relação do delito com o autor, que resultaram em doutrinas de direito penal do autor e o recente direito penal do inimigo.

No segundo capítulo, após detalhados os fundamentos teóricos e doutrinários das mais diversas maneiras de se explicar as finalidades da pena, passa-se a analisar a execução penal brasileira, nos termos em que está disposta na legislação que trata sobre a matéria (notadamente a Lei de Execução Penal e a Parte Geral do Código Penal, ambas promulgadas no mesmo ano, sob os mesmos enfoques, discussões e fundamentações). Neste ínterim, busca-se esmiuçar as principais garantias, princípios e fundamentos da execução penal, bem como sua conformidade com o texto constitucional.

Finalmente, no terceiro capítulo, chega-se à questão do exame criminológico em suas principais aparições: no início da execução penal, como forma de individualizar o cumprimento da pena privativa de liberdade, e para fins de progressão de regime. São analisados os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais acerca do tema, sua previsão legal (ou falta de) e, especialmente, as implicações da utilização de laudos psicológicos no atual sistema penal, uma vez que se sabe serem formados a partir da análise da subjetividade do apenado.

Por derradeiro, apresenta-se crítica à reiterada prática de utilização de elementos morais para a análise de benefícios da execução penal, notadamente a progressão de regime, e sugere-se como solução a superação da visão da pena como tratamento.

2. A EXECUÇÃO PENAL NO BRASIL: ASPECTOS MACROSSITÊMICOS

Sabe-se que toda a norma instituída em determinada sociedade ou aglomeração social (escola, igreja, família, etc), seja esta norma jurídica ou meramente comportamental, necessita de uma característica básica, que lhe confere efetividade prática: a

possibilidade de se fazer cumprir mediante sanção. Conforme afirma Salo de Carvalho (2003, p.117), a principal diferença das sanções advindas de normas jurídicas para as outras categorias de coerção é que, enquanto estas muitas vezes se apresentam de forma mitigada ou distorcida (reprovação por parte do grupo, por exemplo), aquelas restringem os bens da vida, de maneira geral e previamente normatizada.

Inúmeros são os exemplos de sanções por descumprimento de normas jurídicas na maior parte do direito brasileiro (pode-se citar, a título ilustrativo, a reparação civil dos danos e a multa administrativa). Mas nenhuma outra forma de coação jurídica é tão grave quanto a aplicada no ramo do direito penal. E esta elevação na gravidade da sanção se deve à função que a pena exerce em garantir a segurança jurídica do ordenamento e, como aspiração, prevenir ou reparar o ilícito penal (ZAFFARONI, 2007, p. 92,93).

Assim, se determinada conduta é tipificada, como o delito de furto (art. 155 do Código Penal), por exemplo, todo aquele condenado por este ilícito penal receberá, por parte do Estado, pena privativa de liberdade que pode variar de 1 (um) a 4 (quatro) anos de reclusão, e multa. Tal é a sanção da norma jurídica penal, previamente determinável e igualmente aplicável a todos. Seu alto grau de exigibilidade a diferencia das demais sanções paralelas ao poder público, visto que a prerrogativa de punição a um particular em virtude de crime, bem como o monopólio do uso da violência, pertencem à tutela exclusiva do Estado.

Desta forma, tendo o agente cometido ato tipificado como crime, dolosa ou culposamente (neste último, somente quando expressamente previsto), sendo tal ato antijurídico e sendo o agente culpável, a ele caberá a pena cominada pela lei penal e, em caso de condenação ou absolvição imprópria (nos casos de agente inimputável), restará ao Estado executar *ex officio* tal sentença.

A partir deste ponto, tem início a execução da pena, tendo como pressuposto a sentença penal condenatória, momento em que surtirá efeito, de maneira factível, a aplicação das penas privativas de liberdade, restritivas de direitos ou pecuniárias, além das medidas de segurança.

2.1 Natureza jurídica da execução penal

Antes de analisar a que se objetiva a execução das penas, convém destacar a ampla discussão acerca da natureza jurídica da execução penal.

Nos períodos anteriores à Lei de Execução Penal de 1984, o direito penitenciário era visto como ramo sem ligações com o direito penal e processual penal. Estava completamente inserido na atividade administrativa exercida pelo Estado, sendo dever deste regular a relação entre o apenado e a instituição carcerária. A doutrina da época apontava como traço característico da execução penal sua "ajurisdicionalidade", posto que a atividade jurisdicional do Estado terminaria na sentença penal condenatória, sendo que a partir deste ponto teria início a atividade administrativa das relações de cumprimento de pena (CARVALHO, 2003, p. 165-166).

Após a promulgação, em 1984, da Lei de Execução Penal atual, a maior parte da doutrina passou a classificar a execução penal como atividade mista, complexa e eclética. Com efeito, defende esta corrente que a execução penal passou a ser atividade estatal complexa, espécie híbrida de atividade administrativa e jurisdicional. Assim, se por um lado o efetivo cumprimento da pena em estabelecimento prisional guarda natureza administrativa, pertence ao judiciário a análise dos incidentes da execução, como os pedidos de progressão de regime e de remissão da pena, por exemplo. Neste viés, afirma Julio F. Mirabete, que (2002, p. 18):

[...] a natureza jurídica da execução penal não se confina no terreno do direito administrativo e a matéria é regulada à luz de outros ramos do ordenamento jurídico, especialmente o direito penal e o direito processual. Há uma parte da atividade da execução que se refere especificamente a providências administrativas e que fica a cargo das autoridades penitenciárias e, ao lado disso, desenvolve-se a atividade do juízo da execução ou atividade judicial da execução.

No entanto, já não é mais cabível aceitar a submissão das normas executórias ao sistema jurisdicional somente em casos de incidentes da execução. É necessário compreender esta atividade como predominantemente jurisdicional, não meramente incidental, desenvolvida em âmbito prisional regulado pela atividade administrativa.

Neste diapasão, leciona Renato Marcão (2010, p. 33):

ao passar em julgado a sentença condenatória, surge entre o condenado e o Estado uma complexa relação jurídica, com direitos, expectativas de direitos e legítimos interesses, de parte a parte, inclusive no que se refere aos incidentes da execução e, como em qualquer relação jurídica, os conflitos, para serem dirimidos, demandam a intervenção jurisdicional. Nesse sentido se tem proclamado que a execução criminal tem incontestável caráter de processo judicial contraditório. É de natureza jurisdicional.

Ainda sobre o assunto, pode-se citar a posi o de Salo de Carvalho (2003, p.171):

se o processo penal   o instrumento através do qual o Estado se apropria do conflito do sujeito lesado para resguardar a racionalidade da resposta ao delito, deve operar de maneira otimizada na execu o, controlando os atos administrativos de forma a resguardar a dignidade e a humanidade dos apenados. Logo, o juízo de execu o tem poderes para interferir diretamente nas rela oes entre a administra o dos estabelecimentos penais e os detentos.

Como processo jurisdicional que efetivamente  , importante ressaltar que também na execu o penal devem ser respeitados todos os princípios e comandos constitucionais concernentes ao tema, bem como os derivados da própria lei penal e processual penal, que devem nortear a atividade executória e que, faticamente, pouco ou nenhum efeito produzem na situa o de total abandono da popula o carcerária brasileira.

2.2 Garantias e princípios aplicáveis ao processo de execu o penal

Há na doutrina pátria intenso debate sobre a existência ou não de um processo de execu o penal, uma vez que, sendo a execu o da pena atividade exercida *ex officio* pelo magistrado, não haveria como se falar em uma a o executiva penal aut noma, subsequente   sentença condenatória.

Não obstante, apesar de não compor uma a o executiva propriamente dita, consolidou-se entendimento no sentido de que a execu o   fase processual, integrando o processo penal condenatório como sua fase final. Utiliza-se a expressão "processo

de execução penal", segundo esta corrente doutrinária, "para designar o conjunto de atos jurisdicionais necessários à execução das penas e medidas de segurança como derradeira etapa do processo penal" (MIRABETE, p. 32,33).

Ainda que sob esta perspectiva, tem-se que todos os princípios e garantias reservadas a outras searas do direito (em especial o direito penal e processual penal) poderão ser aplicadas em sede de execução penal, seja este entendido como ramo autônomo ou não, sem prejuízo dos princípios próprios da atividade executória. Apesar disso, tal corrente recebe duras críticas, pois ainda que se possa falar em processo de execução no Brasil, este se afigura com características perigosamente inquisitivas, em especial nas questões concernentes à modificação do título executivo (alterações na espécie de pena, no regime de cumprimento, etc), à gestão da prova (cabendo esta, em grande parte das oportunidades, ao juiz da execução) e capacidade defensiva do condenado^[1]. Para compensar estas enormes falhas, sustenta Salo de Carvalho (2003, p. 177), que se faz necessário reconhecer o caráter contraditório do processo de execução penal, admitindo ao condenado, principal interessado em todas as eventuais modificações da forma e quantidade da sanção punitiva, a possibilidade de produção da prova, criticando-a e oferecendo contraprova, sempre que do procedimento possa resultar alteração do título executório penal, seja para a concessão ou para revogação de qualquer direito.

Sabe-se que, com a condenação penal, todos os demais direitos, à exceção da liberdade, não poderão ser restringidos em sede de execução (Código Penal, art. 38). Está superada, ainda que formalmente, a visão contratualista preconizada por Beccaria (2004, p.59), para o qual todo aquele que "perturba a tranquilidade pública, quem não obedece às leis, quem viola as condições sob as quais os homens se mantêm e se defendem mutuamente, deve ser posto

fora da sociedade, isto é, banido”. E isto toma maior repercussão após a Constituição Federal de 1988, que instituiu direitos tanto às pessoas que são objetos de investigações e ações penais, quanto os já condenados, de maneira expressa e inequívoca, como a mais pura expressão do devido processo legal^[2]. Mas a promulgação da Carta Magna em 1988 não exclui, necessariamente, os preceitos contidos na LEP, somente implicam uma nova ótica destes mesmos preceitos, com vistas à constitucionalização da execução penal. Deste modo,

entende-se, pois, que o sistema jurisdicional criado pela LEP não é ótimo, mas falho, não merecendo leituras apologéticas apressadas e inconseqüentes. No entanto, apesar das falhas, cabe ressaltar que existem instrumentos a serem utilizados pelo operador jurídico capazes de garantir um mínimo de dignidade ao preso. Contudo, este tipo de posicionamento somente poderá ser tomado no momento em que a Constituição foi entendida como rígido instrumento de (des)legitimação das normas ordinárias. (CARVALHO, 2003, p. 157)

O mesmo autor sugere que a influência da Constituição no campo da execução da pena deveria se dar em dois quadros: um valorativo e outro principiológico, onde ambos funcionariam como fontes informadoras da aplicação das normas relativas à execução penal. A partir dos valores de cidadania e dignidade da pessoa humana (consagrados no 1º artigo da Carta da República), bem como de prevalência dos direitos humanos (Art. 4º da CF/88), que orientam todo o ordenamento jurídico brasileiro, vislumbra-se a especial incidência destes nos modelos jurídicos de garantia e, via de consequência, também regramentos da execução penal. A própria condição humana do apenado pressupõe a incidência do

princípio da dignidade e da humanidade, por exemplo. Sobre o assunto, cita-se valorosa lição do mencionado autor:

a dignidade nasce com a pessoa e é seu patrimônio indisponível e inviolável. Trata-se de valor fundamental expresso nas cartas políticas, sendo diluído nas normas concretas, porque, ao desconhecer a dignidade do homem, o Estado desconheceria a existência e universalidade dos demais direitos humanos(*idem*,2003, p. 158/159).

Aplica-se concretamente tais valores constitucionais através dos princípios emanados da Carta Magna. O primeiro princípio constitucional que pode ser citado como basilar, mas parcamente respeitado, é o princípio da secularização do direito.

Em linhas gerais, pode-se conceituar o princípio da secularização como decorrente do positivismo jurídico, de viés iluminista, onde

O direito, segundo esta tese, não reproduz nem mesmo possui a função de reproduzir os ditames da moral ou de qualquer outro sistema metajurídico – divino, natural ou racional –, ou ainda de valores ético-políticos, sendo, somente, o produto de convenções legais não predeterminadas ontologicamente nem mesmo axiologicamente. (FERRAJOLI, 2010, p. 204)

Em complemento a esta visão, Zaffaroni (*apud* CARVALHO, 2003, p. 159) define tal princípio como metajurídico, de legitimidade externa do direito penal, cuja caracterização é dada fundamentalmente pela adoção de formas republicanas de governo.

Na seara penal, a secularização se consubstancia como o comando principiológico que se destina a evitar que o direito penal se transforme em instrumento para impor ou reforçar aspectos morais do ser humano objeto de sua atuação, qual seja, o acusado, o condenado ou o internado.

Neste prisma, os institutos moralizantes (ou pretensamente reeducadores) da execução penal estariam em flagrante desacordo com o princípio da secularização do direito. Com efeito, afirma Ferrajoli em seu célebre “Direito e Razão” (2010, p. 252),

As doutrinas de emenda confundem explicitamente direito e moral, concebendo o réu como um pecador a ser reeducado coercitivamente e conferindo à pena funções benéficas de reexame interior. [...] Conseqüentemente, tais doutrinas, em supondo uma concepção do poder punitivo como “bem” metajurídico – o Estado pedagogo, tutor ou terapeuta – e, simetricamente, do delito como “mau” moral ou “doença” natural ou social, são as menos liberais e antigarantistas que historicamente tenham sido concebidas e, deste modo, justificam modelos de direito penal máximo e tendencialmente sem limites.

A Constituição Federal trás, ainda, verdadeiro “Código Penal Constitucional” em seu art. 5º. Dentre estes preceitos, cumpre destacar alguns importantíssimos ao processo de execução penal e seus incidentes: o princípio da humanidade das penas, direito este assegurado em respeito à integridade física e psíquica dos presos, parcamente observado no contexto carcerário do país (art. 5º, incisos XLVII, XLVIII, XLIX e XIX); o direito ao contraditório e ampla defesa, garantido para todos os litigantes em processo judicial ou administrativo, bem como aos acusados em geral, e que simboliza,

em linhas gerais, o devido processo legal (art. 5º, LV, CF/88); e o princípio da intranscendência, segundo o qual a pena não pode ultrapassar a pessoa que cometeu o fato-crime (art. 5º, XLV).

Infelizmente, o que por um lado significou profundo avanço em termos de direitos individuais assegurados constitucionalmente, também elevou ao grau máximo do ordenamento jurídico princípios escancaradamente criminalizadores, verdadeiras cláusulas de maximização do poder punitivo do Estado, podendo-se citar como, por exemplo, as penas e procedimentos mais gravosos para o acusado em caso de crimes hediondos, de racismo, de tortura, de tráfico ilícito de entorpecentes e de terrorismo. O que se vê na prática é um estatuto de máxima importância no cenário jurídico brasileiro que, ao invés de garantir direitos, os diminui, os restringe, e aumenta a repressão do Estado com especial crueldade no campo penal. Sobre o assunto, assevera Salo de Carvalho (2003, p. 162):

A “ilusão penal”, ideia predominante no senso comum do “homem de rua” que alcança atualmente os juristas, elevou como máxima constitucional normas de restrição de direitos fundamentais. Assim, o texto constitucional não apenas adquire função restritiva (negativa), mas potencializa a incidência do penal/carcerário. Este paradoxo – coexistência de normas garantidoras e normas autoritárias em estatutos com clara vocação humanista (Constituições e Tratados Internacionais) – reflete o cenário jurídico-político nacional desde 1988.

Para melhor aplicação dos direitos constitucionais que afetam a execução das penas, o mencionado autor defende uma práxis jurídica pautada no humanismo, filtrando-se os dispositivos jurídico-penais com base nos valores e garantias inscritos na Constituição

Federal, consolidando verdadeiro “uso alternativo do direito” (*Idem*, p. 161-162).

2.3 Individualiza o do cumprimento da pena

O princípio da individualiza o das penas encontra-se expresso na Lei Constitucional, em seu art. 5^o, inciso XLVI, que preconiza: “a lei regular  a individualiza o da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) priva o ou restri o de liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) presta o social alternativa; e) suspensão ou interdi o de direitos”.

A doutrina, ao comentando tal inciso, costuma caracteriza-lo como uma “necessidade de adapta o da pena ao condenado, consideradas suas características pessoais e as peculiaridades do caso” (BOSCHI, 2007, p. 119).

Tradicionalmente, convencionou-se dividir o preceito de individualizar as penas em três fases: a primeira, elaborada pelo legislador, ao eleger os tipos penais que deverão ser objeto da atua o do sistema penal, bem como as penas mínimas e máximas a ser cominadas às condutas típicas,   chamada individualiza o legislativa; Em seguida, há a segunda fase, da individualiza o judicial, onde o julgador, no caso concreto, aplicar  as penas cominadas às condutas tipificadas na lei penal tendo por critério limitador as circunstâncias do caso concreto, e levando em considera o o disposto no art. 59 do Código Penal; Finalmente, chega-se   terceira fase, da individualiza o executória. Esta fase, nos dizeres de Nucci (2008, p. 10-13),

[...]   feita pelo juiz da execu o criminal, promovendo a devida adequa o da pena aplicada   progressão de regime, permitindo que o sentenciado seja transferido, conforme seu

merecimento, de um regime mais severo ao mais brando, além de lhe proporcionar outros benefícios, como o livramento condicional, bem como o reconhecimento da remição, fórmula que permite o abatimento da pena pelo trabalho.

Admite-se que, enquanto a individualização judicial teria por fim aferir e quantificar a culpabilidade do agente tendo por vista o fato por ele praticado, a individualização executória visaria “propiciar oportunidade para o livre desenvolvimento presente e efetivar a mínima dessocialização possível” (BARROS, 2001, p. 17).

É justamente este objetivo “ressocializador” que a execução penal tenciona promover que autoriza, no caso concreto, a alteração dos termos da sentença condenatória. Assim, visualiza-se o que a doutrina chama de cláusula *rebus sic stantibus* implícita, uma vez que, conforme parâmetros que visam implementar a individualização da execução da pena, fica o juiz autorizado a modificar o regime de cumprimento desta (GRINOVER, 1987, p. 21). No entanto, como já assinalado, esta insegurança dos termos da sentença condenatória serve também para agravar a situação do apenado, muitas vezes sem qualquer possibilidade de defesa plena, gerando verdadeiro estado de inquisitorialidade nas questões relativas, por exemplo, ao regime de cumprimento de pena. (CARVALHO, 2003, p. 177)

O marco inicial do processo de individualização executória é o exame de classificação, previsto nos arts. 6º e 7º da LEP, que será feito pela Comissão Técnica de Classificação, presidida pelo diretor do estabelecimento prisional e composta por dois chefes de serviço, um psiquiatra, um psicólogo e um assistente social. Tal exame, conforme redação atual da LEP, visa classificar o condenado a partir de sua personalidade, seus antecedentes e sua conduta social, fatores estes que são tidos como aptos a indicar o regime prisional mais adequado no caso concreto.

Importante salientar que o exame de classifica o feito pela CTC se difere do exame criminológico, na medida em que este

[...]   mais específico, abrangendo a parte psicológica e psiquiátrica do exame de classifica o, pois concede maior aten o   maturidade do condenado, sua disciplina, capacidade de suportar frustra es e estabelecer laços afetivos com a família ou terceiros, grau de agressividade, **visando   composi o de um conjunto de fatores, destinados a construir um prognóstico de periculosidade, isto  , sua tendência a voltar   vida criminosa.** (NUCCI, 2008, p. 1013, 1014) – Grifo nosso.

Se faz evidente, neste ponto, assinalar uma certa semelhança com o cumprimento da medida de segurança, em especial nos chamados “prognósticos de não delinquência”, requisito subjetivo obrigatório para concessão do direito a livramento condicional e progressão de regime, na reda o original da LEP (a Lei 10.792/03 trouxe mudanças quanto   exigibilidade do exame criminológico, que serão abordadas a seguir). Neste sentido, anota Salo de Carvalho (2003, p. 160):

o exame (pericial) entendido como id neo para a prognose delitiva seria o de cessan o de periculosidade, ou seja, avalia o análoga àquela voltada   aplica o da medida de segurança, realizada em situa es de incidente de insanidade mental (inimputabilidade). (2003, p. 160)

Além disso, ainda há a crítica que vem sendo construída desde meados do século XIX (período em que a prisão passou a

ser a principal forma de resposta penal) acerca dos efeitos negativos do cárcere. Em geral, o objetivo ressocializador é, teórica e praticamente, inalcançável, sendo que a prisão se constitui em um local de reprodução de um ambiente de crueldade e desumanidade, analisando-se as condições reais em que se desenvolve a execução das penas. Antonio Garcia-Pablos y Molina (*apud* BITENCOURT, 2004, p. 155) sintetiza esta questão, ao afirmar que a pena não ressocializa, mas estigmatiza, não limpa, mas macula, como tantas vezes se tem lembrado; que é mais difícil ressocializar a uma pessoa que sofreu uma pena do que outra que não teve esta amarga experiência; que a sociedade não pergunta por que uma pessoa esteve em um estabelecimento penitenciário, mas tão-somente se lá esteve ou não.

Em termos objetivos de progressão de regime, que faz parte da individualização executiva da pena, houve significativa alteração após a promulgação da Lei 10.792/03, que se passa a abordar a seguir.

3. EXAME CRIMINOLÓGICO: CONFRONTO COM AS GARANTIAS DA EXECUÇÃO PENAL BRASILEIRA

3.1 Definição e natureza do exame criminológico

O início da execução da penal do Brasil, segundo a Lei de Execução Penal de 1984, é marcado pela classificação dos sentenciados efetuada pelos agentes do sistema carcerário, com vistas à implementação fática dos princípios “ressocializadores” do castigo penal. Desta forma, caberá à Comissão Técnica de Classificação a adoção dos mais variados instrumentos visando determinar os melhores parâmetros de “tratamento penal” a cada recluso.

Para tanto, a CTC poderá lançar mão de inúmeras diligências que incluem as entrevistas e laudos periciais psicológicos, dando início   individualiza o executória da pena, sob o pretexto de auxiliar a atividade do magistrado da execu o, que poderá traçar, com mais segurança, o perfil de cada execu o penal em curso[3].

Eis que, além dos pareceres preliminares realizados no início da execu o, a prática do auxílio do magistrado através de laudos periciais avança a todos os benefícios que interfiram no regime de cumprimento de pena. O exame criminológico, nesta fase da execu o, serviria como prognóstico de violência futura, realizado nos mesmos moldes da averigua o de cessaa o de periculosidade destinada às medidas de segurança.

Tecnicamente, o exame criminológico costuma ser realizado por profissional formado na área das ciências psicológicas, sendo que a habilidade empregada nos laudos costuma ser a da reconstru o da vida pregressa do apenado. Esta técnica acaba, de maneira  bvvia, reforçando o estigma de criminoso e dificultando o processo de “ressocializa o” do preso (CARVALHO, 2007, p.162).

A exigência do exame criminológico aparece, também, como integrante do requisito subjetivo (análise de comportamento, prospectos e personalidade do apenado) de alguns benefícios do preso, entre eles a progressão de regime e o livramento condicional (considerado por parte da doutrina como fase derradeira do cumprimento progressivo da pena). Tal exigência, defende Alberto Silva Franco (1993, p. 535), se inspira na reclamada defesa social e tem por objetivo a preven o geral. Se após o exame criminológico (ou resultar da convic o do juiz) ainda revelar o condenado sinais de desajustamento aos valores jurídico-criminais, deverá continuar a sofrer imposi o daquela pena até o seu limite final se a tanto for necessária em nome da preven o especial.

Neste sentido, os laudos psicológicos da execução cumprem função dúplice na implementação prática da individualização da pena: classificam os presos conforme seu perfil moral, no início da execução, e auxiliam na obtenção do requisito subjetivo das progressões de regime (criando espécie de sistema de “meritocracia” prisional), em casos específicos, a critério do juiz.

3.2 Funções alegadas

A mera existência da averiguação psicológica na execução, que se utiliza de critérios pessoais do agente para qualificá-lo no início do cumprimento da pena, bem como na avaliação do mérito no caso dos benefícios, já denota traços de direito penal do autor em fase de execução. De fato, esta prática está inserida no plano legal de retribuição do ilícito e prevenção dos delitos futuros por meio da ressocialização do agente transgressor, adotada por inúmeros diplomas legais brasileiros e pela maior parte da legislação internacional.

Alega-se, para tanto, que o mero contato com especialistas na área psicológica já traria benefícios para a correção do caráter “desalinhado” do preso, salientando a função especial positiva da pena (e, na maior parte dos casos, combinada com sua mais nefasta versão de prevenção negativa).

Álvaro Mayrink da Costa (1993, p. 30) explicita tais fatores supostamente trazidos pelo exame criminológico, defendendo que pelas conversações que acompanham o exames clínicos e, sobretudo, as verificações experimentais o expert já conduz o delinquente a tomar consciência da maneira pela qual existe e pela qual reage aos seus problemas e conflitos. A observação já é progressiva em si, é o início de um processo que deve ser seguido, sem a menor descontinuidade, até a colheita da última medida (livramento condicional).

Além dos benefícios alegados em prol do “reeducando”, os defensores do exame criminológico costumam enfileirar argumentos baseados na defesa social para defender sua utilização. Assim, por questões de segurança pública e resguardo da população, a exigência do exame criminológico para a obtenção de benefícios previstos na legislação penal cumpriria o papel de assegurar que criminosos tidos como perigosos voltem às ruas, ainda que possuam todos os outros requisitos necessários para tanto (quantum de pena cumprida e bom comportamento carcerário).

Desta forma, salienta-se que os maiores problemas que concernem à questão do exame criminológico ocorrem quando este é requerido para fins de progressão de regime prisional. Isso costuma ocorrer por conta das várias questões pouco jurídicas que estão ligadas ao tema (opções de política criminal) que acabam por mitigar direitos individuais do preso.

Quanto a isso, passa-se a discutir em específico o referido laudo pericial.

3.3 Exame criminológico como exigência para a progressão de regime

Além dos pareceres emitidos no início da execução da pena privativa de liberdade, chama atenção a segunda aparição dos laudos técnicos em execução penal, os quais figuram como objeto de estudo do presente trabalho: trata-se do exame criminológico para fins de comprovação do requisito subjetivo indispensável à progressão de regime.

Esta modalidade de perícia técnica vinha prevista no art.112 da LEP^[4], com o principal propósito de averiguar se os preceitos da ressocialização foram absorvidos pelo preso de forma satisfatória,

a fim de assegurar que este não venha a delinquir quando obtiver maior liberdade.

O juiz não está vinculado ao resultado do exame criminológico, uma vez que no processo penal brasileiro vigora a máxima do livre convencimento motivado do juiz na apreciação das provas^[5], e assim poderá levar em consideração determinado conjunto probatório em detrimento de laudos técnicos, diga-se de passagem. Isso indica que a frieza de uma prova pericial, por mais definitiva que aparente ser, não é suficiente se esta se encontrar deslocada no processo ou não encontrar guarida em outros meios probatórios (TOURINHO FILHO, 2010, p. 568).

O que dizer, então, de um laudo pericial realizado de maneira substancialmente subjetiva, a partir da análise do interior do apenado para a obtenção de seu resultado? Ainda que a objetividade do exame criminológico seja bastante discutível, o referido laudo continua sendo considerado como prova tarifada no processo de execução penal: ainda que não vincule a decisão do magistrado, sua observância se torna quase que um imperativo em sede de progressão de regime. Os motivos não costumam passar longe dos conhecidos postulados da defesa social: o delinquente é ser moralmente moral, que apresenta risco constante para a sociedade. Uma vez que este estado de periculosidade é atestado por meio de exame pericial do subjetivo do agente, torna-se dever do Estado evitar que esta “ameaça” ganhe as ruas, restringindo, portanto, a liberdade do apenado. (CARVALHO, 2007, P. 165-166).

Conforme discutido no tópico anterior, a principal função do exame criminológico como exigência para progressão de regime prisional está relacionada ao objetivo de averiguar a absorção, pelo apenado, dos objetivos da execução penal (em outras palavras: atestar sua evolução no processo de ressocialização e reinserção social), trazendo como plano de fundo a questão do afastamento de criminosos perigosos da sociedade.

Em sua redação original, a Lei de Execução Penal previa, em seu art. 112, dois requisitos básicos para a obtenção da progressão de regime (conforme amplamente discutido no Capítulo 2 desta obra acadêmica): o critério objetivo, referente ao quantum de pena efetivamente cumprida (incluindo eventuais dias remidos pelo trabalho ou pelo estudo), e o critério subjetivo, que resultava de análise de comportamento carcerário (geralmente via parecer emitido pelo administrador do ergástulo penal, entre outros especialistas) e do exame criminológico, realizado por profissional da área psicológica, servindo o laudo como auxílio na formulação do prospecto de futura delinquência por parte do apenado.

Não obstante, a Lei 10.792/03 alterou a redação do dispositivo, o qual deixou de exigir, de maneira explícita, a realização do exame criminológico para a apreciação do pedido de progressão de regime. Ainda subsiste a avaliação dos requisitos objetivo e subjetivo, mas o último deixa de ser acompanhado pelo laudo pericial, sendo apto ao julgamento, em tese, com simples parecer de boa conduta carcerária.

Ainda assim, a intensa pressão exercida pela maior parte da doutrina no país, bem como da sociedade de maneira geral (incluindo-se aí a maior parte dos magistrados), levou ao judiciário a incumbência de, segundo a artilha da defesa social, “ressuscitar” o exame criminológico, matéria já sumulada nos tribunais superiores.

A Lei 10.792/03 trouxe duas das mais relevantes modificações no ordenamento penal brasileiro dos últimos anos, ambas largamente discutidas em todas as esferas acadêmicas e judiciárias. Trata-se da criação do regime disciplinar diferenciado (RDD) e da alteração das regras de progressão de regime prisional, retirando a obrigatoriedade da realização do exame criminológico para a obtenção do benefício.

Cita-se, por oportuno, a atual redação do mencionado artigo, *in verbis*:

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

Além da exclusão do exame criminológico, a nova redação do art. 112 da LEP reforçou aspectos de ampla defesa e contraditório no procedimento de progressão de regime. A obrigatória manifestação do Ministério Público e do defensor do apenado e a aplicação deste procedimento, na medida do possível, aos procedimentos de livramento condicional, indulto e comutação das penas, são exemplos da idéia de jurisdicionalização da execução penal, aplicando noções de devido processo legal que vêm em boníssima hora a um sistema historicamente à margem da tutela jurisdicional.

Inexiste, portanto, na nova configuração da LEP, espaço para que laudos e pareceres vinculem a decisão judicial, sobretudo porque deixam de ser peça processual a informar o incidente executivo.

Outrossim, é possível sustentar, inclusive, a existência de verdadeira vedação às CTC's e aos COC's de produção de material opinativo destinado à instrução do incidente executivo, seja progressão de regime, livramento condicional, indulto ou comutação, nos termos da redação do §2º do art. 112. (CARVALHO, 2007, p. 168)

Neste sentido, não pode o direito penal (e aqui compreende-se também a execução penal) intervir na imagem que o indivíduo tem de si mesmo e do mundo à sua volta. Tal ingerência, manifestada na execução, sobretudo através dos laudos psicológicos, ao invés de humanizar o sistema carcerário, acabam por instituir o retorno da escola positivista de criminologia e seus ultrapassados olhares “lombrosianos” sobre a realidade.

Mais do que isso: o retorno do exame criminológico como exigência para a progressão de regime atenta contra o princípio da legalidade, tanto em sua manifestação formal (o fato de não estar mais previsto em lei como requisito para a obtenção do direito) quanto material (o conteúdo da norma deve estar em harmonia com a Constituição Federal), o que, por todo o exposto, não se verifica em sede de exame criminológico.

Andrei Zenkner Schmidt (2007, p. 32) destaca, sobre o princípio da reserva legal na execução penal, que

[...] a função dessa garantia vem se apresentando, salvo algumas exceções, como um simples fator de (des)legitimação externa do ordenamento jurídico, ou seja, como uma mera recomendação legiferante e judicial que, acaso inobservada, não será capaz de gerar a invalidação do ato que a contraria (deslegitimação interna). Assim, p. ex., ao mesmo tempo que a exigência de lei estrita determina ao juiz que interprete restritivamente toda norma penal incriminadora, temos tribunais brasileiros aplicando verdadeira analogia *in malam partem* [...]

Não obstante a opinião do referido jurista, a maior parte da doutrina critica a mudança legislativa. Os argumentos contra a

proibição do exame criminológico quase sempre se confundem com os propósitos da nova defesa social e do direito penal do autor, utilizados para sustentar a existência do exame em si. Neste sentido pensa MARCÃO (2010, p. 49), que admite a não exigibilidade dos exames, mas critica a alteração legal:

bom comportamento carcerário é o comportamento daquele que se põe de forma ajustada aos regramentos de disciplina do estabelecimento prisional, e bem por isso não há cogitar, quando da elaboração do “atestado”, de eventual propensão à reincidência, consciência e arrependimento quanto ao delito pelo qual foi recolhido preso etc. [...] De todo condenável a alteração introduzida, e já em outra ocasião alertávamos para o risco então iminente.

Tais posicionamentos estão refletidos também na jurisprudência brasileira, que continuou resistente à modificação da legislação executória penal. Cita-se, como exemplo, arresto proferido do Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS. PEDIDO DE PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. INDEFERIMENTO PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO. DETERMINAÇÃO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM DE REALIZAÇÃO DE EXAME CRIMINOLÓGICO. CRIMES GRAVES. PARECERES PSICOLÓGICOS CONFLITANTES. DECISÃO FUNDAMENTADA.

1 O art. 112 da Lei de Execução Penal, com sua nova redação, dada pela Lei n.º 10.792/93, dispõe ser necessário, para a concessão da progressão de regime, apenas o preenchimento

cumulativo dos requisito objetivo -tiver cumprido ao menos 1/6 (um sexto) da pena no regime anterior -e subjetivo -ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento -, sem tratar da necessidade do exame criminológico.

2 Contudo, a realiza o do referido exame pode perfeitamente ser solicitado quando as peculiaridades da causa assim o recomendarem, atendendo-se ao princípio da individualiza o da pena, previsto no art. 5.º, inciso XLVI, da Constitui o Federal, tal como ocorre na espécie, em que o Paciente praticou crimes graves e obteve pareceres psicológicos conflitantes, recomendando uma melhor avalia o do requisito subjetivo. Precedentes.

3 O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 88.052/DF (Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ de 28/4/06), afirmou que "Não constitui demasia assinalar, neste ponto, não obstante o advento da Lei nº 10.792/2003, que alterou o art. 112 da LEP -para dele excluir a referência ao exame criminológico -, que nada impede que os magistrados determinem a realiza o de mencionado exame, quando o entenderem necessário, consideradas as eventuais peculiaridades do caso, desde que o façam, contudo, em decisão adequadamente motivada"(sem grifos no original).

4. Ordem denegada.(HC206636/SP 2011/0108272-9, Julgado pela Quinta turma do

STJem 13 de setembro de 2011, publicado em 28 de setembro de 2011. Min. Rel. Laurita Vaz.).

No entanto, vozes isoladas da prática forense denunciaram o caráter nocivo dos exames criminológicos exigidos para instruir o incidente de progressão de regime. É o que se verifica de acórdão proferido pelo TJRJ, da lavra do Des. Geraldo Prado (2008, p. 361)

[..] A ausência de previsão expressa sobre a própria existência do exame criminológico quando da apreciação do requerimento de progressão de regime impede, por conta do princípio da legalidade, que o magistrado assim o exija. Em verdade, não é dado ao magistrado a faculdade de determinar a sua realização ou não conforme as circunstâncias do caso. A alteração veio a expurgar esta exigência que, inegavelmente, viola o princípio da laicização do Direito, defesa contra a tendência expansionista do Estado de se imiscuir nas liberdades de escolha e de autodeterminação dos indivíduos.

Foi este embate travado na jurisprudência e doutrina pátria que motivou a já comentada edição da parte final da súmula vinculante nº 26, do STF, datada de 16/12/2009. Sua redação é a que segue:

para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, **sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo**

fundamentado, a realização de exame criminológico. – grifo nosso.

A motivação da Súmula Vinculante segue os mesmos argumentos até aqui tratados para admitir a exigência do exame criminológico para progressão de regime em alguns casos específicos, quando se tratar de crime hediondo.

Na esteira do entendimento do STF, é editada pelo Superior Tribunal de Justiça a Súmula 439, com a seguinte redação: "admita-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada.". Esta súmula amplia os efeitos da Súmula Vinculante 26, uma vez que não faz distinção entre crime hediondo ou comum, valendo para qualquer situação devidamente fundamentada pelo juiz, ainda que o crime que resultou na condenação do apenado não tenha sido hediondo.

3.4 Controle de identidade e amputação social através dos laudos psiquiátricos da execução penal

O sistema de cumprimento progressivo de pena, adotado pelo legislador ordinário ao criar, em 1984, a Lei que rege as execuções penais no Brasil (LEI 7.210/84), foi tido como o principal meio para atingir a finalidade de ressocialização da pena e, conseqüentemente, assegurar a prevalência do princípio da individualização das penas. Para tanto, deveria o apenado demonstrar nos autos do processo de execução penal indícios mínimos que levariam o magistrado a perceber sua aptidão ao regime de cumprimento mais suave. Em outras palavras, está previsto na LEP um sistema progressivo baseado no mérito do apenado, que é comprovado por meio dos requisitos objetivo (quantum de pena efetivamente cumprida) e subjetivo (exame criminológico e bom comportamento carcerário) -(CARVALHO, 2007, p. 165).

A atuação do psicólogo ou psiquiatra se daria, portanto, na averiguação pericial que complementa o requisito subjetivo indispensável para a progressão de regime postulada. Ressalta-se, por oportuno, que os requisitos são dependentes um do outro: se o preso faz jus à progressão pelo quantum de pena cumprida, mas não ostenta bom comportamento carcerário ou possui mau prognóstico revelado em exame criminológico, o magistrado está autorizado a indeferir o pleito.

Vera Malaguti Batista (1997, p. 78) afirmou, ao avaliar a atuação dos psicólogos e psiquiatras na execução penal, que

estes quadros técnicos, que entram no sistema para humanizá-lo, revelam em seus pareceres (que instruem e têm enorme poder sobre as sentenças a serem proferidas) conteúdos moralistas, segregadores e racistas, carregados daquele olhar lombrosiano e darwinista social erigido na virada do século XIX e tão presente até hoje nos sistemas de controle social.

Esta é, de fato, a grande realidade do sistema carcerário brasileiro. Os laudos da execução não cumprem seu discurso declarado. Um olhar sobre o conteúdo dos exames criminológicos já seria suficiente para demonstrar seu conteúdo determinista, carregado de máculas ligadas ao racismo, à pobreza, ao desprezo à autodeterminação do preso, entre outros discursos encontrados no corpo dos referidos laudos. A fim de ilustrar este posicionamento, recorre-se ao resultado da pesquisa do psiquiatra Júlio César Diniz Hoenisch (2007, p. 192), feita junto ao Centro de Observação Criminológica do Rio Grande do Sul. Segundo o especialista

[...] há uma marcada tendência de os técnicos psicólogos tomarem a verdade posta

nas peças processuais como indicadora incontestada da realidade e a palavra do detento, desde sua gênese, um discurso inverídico [...] Seria a perícia criminal, então, uma espécie de inquérito reeditado no processo de execução da pena? Estaria o apenado sendo submetido a um novo julgamento pelo mesmo crime, a cada vez que se deparasse no processo de execução com a perícia psicológica? Os indícios dos resultados desta pesquisa apontam que a resposta mais provável é sim.

O que demonstra, afinal, a insistência na utilização dos exames criminológicos para a obtenção da progressão de regime? Importante destacar, primeiramente, que está se falando em suavização do regime privativo de liberdade. Em outras palavras, é iniciado um processo de diminuição do encarceramento e aumento gradual do tempo de convivência do preso na sociedade comum. Este foi o plano traçado pela Constituição Federal, ao consagrar o princípio da individualização das penas. Qualquer entrave a esta determinação constitucional deve ser pormenorizadamente avaliado, como é o caso do exame criminológico. No entanto, o poder gerado por teorias de defesa social já arraigadas tanto na opinião pública quanto no inconsciente dos operadores do direito, acaba por negar inúmeras garantias aos indivíduos moralmente inferiores, incapazes de pertencer ao seio social, teorias que, apoiadas em matrizes de direito penal do autor, terminam por colocar em prática a transformação da pena em uma velada medida de segurança.

A busca da prisão como cura do condenado ganhou força no discurso criminológico em nosso século, como forma de substituição da prisão como vingança a quem comete um ilícito, no sentido de humanizar os castigos. A pena começa a ser vista como

um bem ao apenado. Nesta perspectiva, os psicólogos passam a ser figuras primordiais no sistema prisional, já que autorizados a elaborar pareceres sobre a propensão do apenado a futuros delitos (podendo atestar, assim, o grau de influência que a pena teve sobre o preso, e se seria aconselhável a concessão de benefícios que alterem seu regime de cumprimento).

Muito embora a exigência do referido exame tenha se tornado mais restrita (o plano ideal, volta-se a dizer, seria o total abandono da prática, mas tal não é o que ocorre nos dias atuais), ele continua presente como instrumento de prova indispensável nos casos de crimes violentos, tal como autorizado pelas súmulas do STJ e STF. Os crimes violentos ou os que sofrem considerável repúdio social (como é o caso do tráfico ilegal de drogas, por exemplo) recebem tratamento similar ao relegado às medidas de segurança, confundindo a delinquência com patologia e inferioridade moral, a ser tratada com isolamento social cada vez mais prolongado.

Além disso, é de se notar a dificuldade criada para contraditar o exame criminológico. Sabe-se que este laudo tem a função básica de formular um prospecto de violência futura, ou seja, calcular a periculosidade do apenado, sua propensão a voltar a cometer delitos, por meio da análise de seus pensamentos e vida pregressa. Como contraditar uma prova que trata de algo que não se verifica na atualidade? É missão praticamente impossível, ainda mais se for levada em conta a situação concreta dos jurisdicionados da execução penal, vivendo de forma absolutamente desumana em penitenciárias insalubres e violentas, na maioria das vezes sem condições de se fazer acompanhar de advogado nos incidentes da execução de sua pena. (CARVALHO, 2007, p. 166-167).

Enquanto o objeto de discussão do direito é (deveria ser) o fato concreto, impossibilitando avaliações sobre a história de vida do sujeito, no discurso criminológico sempre foi nítida a valorização

da identidade da pessoa – “os diagnósticos são repletos de conteúdo moral e com duvidosas doses de cientificidade”.

Por fim, o citado autor propõe a inserção de uma nova função aos técnicos da execução penal (assim compreendidos os psiquiatras, psicólogos e assistentes sociais). Faz-se necessário, nesta nova ordem trazida pela Lei 10.792/03, abandonar a imposição de programas de ressocialização, uma vez que a inviolabilidade de consciência é direito protegido constitucionalmente, e reforçar a busca por programas que reduzam os danos causados pela passagem pelo cárcere, com a anuência do jurisdicionado, solucionando seus problemas ao invés de estigmatizá-lo e puni-lo por conta destes. Conclui o estudioso citando Anabela Miranda Rodrigues, para a qual o tratamento forçado de qualquer pessoa, esteja ela privada de sua liberdade ou não, é completamente insustentável num Estado verdadeiramente democrático, a fim de que seja evitada toda a forma de manipulação e estigmatização humana (*idem*, p. 171).

CONCLUSÃO

Ao analisar a história dos crimes e das penas aplicadas aos desviantes, não será injusto afirmar que as últimas trouxeram mais horror e crueldade que os primeiros. Ainda que tal afirmação possa, num primeiro momento, trazer espanto, ao analisar a pena sob a ótica da defesa social constata-se que a cominação de penas e suplícios supera o terror provocado pela soma de todos os crimes. E isso porque os delitos são cometidos ocasionalmente, enquanto as penas traduzem a aplicação de violência de forma institucional, sistemática e programada.

Se na era pré-moderna reinavam práticas desproporcionais de punição aos delitos (os chamados suplícios, conforme denunciado inúmeras vezes na obra de Foucault), atualmente se vê

a tentativa de adequação do injusto à pena aplicada. Ainda que as espécies de penas sejam consideravelmente limitadas (no caso brasileiro, pode-se citar as privativas de liberdade, as restritivas de direito e as pecuniárias), sua quantificação costuma seguir um roteiro legalmente previsto na norma penal, dosando o quantum da pena de acordo com a lesividade da conduta praticada no caso concreto.

A partir daí, com o início da execução da pena, tem início uma seqüência de transgressões às garantias constitucionais, que geralmente superam, em crueldade, a própria violência do delito praticado.

A execução penal no Brasil, conforme discutido no segundo capítulo, tem por objetivo reparar o dano cometido, prevenir novos delitos e ressocializar o preso. Para tanto, dispõe de mecanismos supostamente aptos a desenvolver tal mister, como o cumprimento progressivo da pena e os laudos psiquiátricos realizados no início da execução penal e ao longo dela, a cada benefício pleiteado pelo apenado, em especial os que visam alterar sua condição de liberdade. Em outras palavras, o Estado parte do pressuposto de que o delinqüente é um ser moralmente inferior aos demais habitantes da comunidade, sendo dever do poder público a manutenção e o condicionamento dos “seres inferiores”, para que estes possam ter condições de retornar ao convívio social.

Ocorre que esta atividade, além de reconhecidamente inapta a corrigir os indivíduos espúrios, por assim dizer, acaba institucionalizando um sistema seletivo e não raras vezes metódico e racista, que se utiliza de pretextos de veracidade duvidosa para ocultar um sem número de práticas tirânicas e desmensuradas. Aliado a isto, visualiza-se a utilização dos laudos psicológicos da execução para assegurar-se que, em nome e por causa das doutrinas de defesa social, ocorra a limitação da concessão de direitos legalmente assegurados aos apenados (uma vez que

“moralmente inferiores” e “despreparados” para a vida em sociedade), subvertendo o princípio ressocializador de prevenção especial positiva da pena e convertendo o mesmo em prevenção especial negativa, ou seja, neutralização do indivíduo delinquente. Tal foi o tema abordado, com especial ênfase, no terceiro capítulo.

Importante ressaltar que a prática acima descrita transgredir inúmeras garantias previstas tanto no corpo das leis penais ordinárias, como na constituição federal (para citar algumas, temos o princípio da lesividade, da proporcionalidade, do contraditório e da ampla defesa, da humanidade das penas, entre outros), além de ser flagrantemente ilegal. A Lei de Execução Penal deixou de exigir o exame criminológico para fins de progressão de regime prisional, e a tentativa desesperada de revivê-lo afigura-se como afronta aos desígnios dispostos na Lei Maior e na LEP. Mais, todo o âmbito do direito penal é ameaçado com esta prática, que logicamente é prejudicial ao réu/apenado e transgressora do princípio da estrita legalidade, e por isso é inadmissível no atual Estado Democrático de Direito, seguindo-se os termos da CF/88.

A exigência do exame criminológico para benefícios da execução penal se torna ainda mais equivocada quando se tem por objetivo a conciliação de princípios constitucionais a um procedimento considerado tipicamente como administrativo, como é o caso da execução penal. É importante que se tenha claro que a execução é processo jurisdicionalizado, e como tal deve ser encarada, principalmente na aplicação dos princípios atinentes à matéria, neutralizando-se a utilização de princípios genéricos do direito administrativo, sob pena de afigurarem-se desconexos com a realidade carcerária brasileira e com a perspectiva de mudança da imagem de total abandono do direito dos reclusos no país.

Pequenas e grandes verdades devem estar devidamente assinaladas, neste diapasão, para perfectibilizar a lógica dos pensamentos ora defendidos: a Constituição da República garante

todas as garantias do preso não atingidas pela condenação criminal; O mesmo diploma assegura a não aplicação das penas cruéis e desumanas. O Pacto de São José da Costa Rica, que possui força de emenda constitucional, garante a observância do princípio da dignidade da pessoa humana inclusive aos condenados por sentença penal. Todo ser humano, num Estado que se diz laico, deve ter sua liberdade de expressão, pensamento e autodeterminação imaculados em relação ao Estado, sendo a ingerência nestas esferas transgressão gravíssima a nível teórico e prático. Por fim, os critérios inspirados nas doutrinas de defesa social tanto admirados e seguidos por sociedade e judiciário hoje, levarão, inexoravelmente, a um futuro de autoritarismo e falta de limites do Estado, transformando-se uma figura que deveria aportar como garantidora dos direitos do cidadão em verdadeira máquina de aniquilamento de sua própria população.

Beccaria já afirmava, às portas do Iluminismo, que encontramos o fim da liberdade quando a lei permite o tratamento de pessoas como coisas. Neste passo, é possível afirmar que, com as atuais práticas em execução penal e com suas perspectivas de ampliação e aperfeiçoamento, não está longe o dia em que se poderá decretar o fim absoluto da liberdade do indivíduo frente ao Estado que o governa.

REFERÊNCIAS

BARROS, Carmen Silvia de Moraes. **A individualização da pena na execução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. 256 p.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica ao direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. **Direito penal brasileiro**: teoria geral do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003. 658 p.

BATISTA, Vera Malaguti. **O proclamado e o escondido**: a violência da neutralidade técnica, *in Discursos sediciosos*. Rio de Janeiro: ICC/Revan, 1997.

BRASIL, **Decreto-lei nº 2.848**, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em 22 de abril de 2012.

_____, **Decreto-lei nº 3.689**, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del3689.htm>. Acesso em 22 de abril de 2012.

_____, Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em 22 de abril de 2012.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Hemus, 1983. 117 p.

BISSOLI FILHO, Francisco. **Estigmas da criminalização**: dos antecedentes à reincidência criminal. Florianópolis: Obra jurídica, 1998.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**: causas e alternativas. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CARVALHO, Salo de (org.) **Crítica à execução penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. 629 p.

_____. (org.) **Leituras constitucionais do sistema penal contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

_____. **Pena e garantias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____; FREIRE, Christiane Russomano. O regime disciplinar diferenciado: notas críticas à reforma do sistema punitivo brasileiro. In CARVALHO, Salo de. **Crítica à execução penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007..

COSTA, Álvaro Mayrink da. **Exame criminológico**. 4^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica et al; Colaboração de Alexis Augusto Couto de Brito et al. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 925 p.

FERRI, Enrico. **Sociologia criminal**. Sorocaba: Minelli, 2006.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Nascimento da prisão. 26^a ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 605 p.

GOFFMAN, Erving. **Estigma**: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. 4. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1988. 158 p

GRINOVER, Ada Pellegrini; BUSANA, Dante (Coord.). **Execução penal**: (Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984). São Paulo: Max Limonad, 1987. 133 p.

HOENISCH, Julio César Diniz. A psicologia entre nuvens e granito: problematizando as perícias criminais. In: CARVALHO,

Salo de. **Crítica à execução penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007

LARRUSCAHIM, Paula Gil. **O processo de execução penal e a violência estatal**. In CARVALHO, Salo de. **Leituras constitucionais do sistema penal contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

LOCKE, John. **Carta acerca da tolerância**. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978. XXIV, 350 p.

LOMBROSO, Cesare. **O homem delinqüente**. Tradução de Maristela Bleggi Tomasini, Oscar Antonio Corbo Garcia. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001. 555

p.

MARCÃO, Renato Flávio. **Curso de execução penal**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Execução penal**: comentários à Lei n. 7.210, de 11-7-1984. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2002. 816

MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Legislação penal especial**. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**.

5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Individualização da pena**. 2ª ed. rev., amp, e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v.

1. 767 p.

PRADO, Geraldo. Exame criminológico: a psiquiatrização da execução penal e o direito penal do autor versus a laicização do direito e a efetividade dos direitos fundamentais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, 16, n. 70, p.361, Jan/Fev. 2008.

RAUTER, Cristina. Criminologia e subjetividade no Brasil. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003. In: CARVALHO, Salo de. **Crítica à execução penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007

ROLIM, Marcos. Prisão e ideologia: limites e possibilidades para a reforma prisional no Brasil. In Crítica à execução penal. In: CARVALHO, Salo de. **Crítica à execução penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SANTOS, Juarez Cirino dos.. **Direito penal: parte geral**. 2. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2007.

SICA, Leonardo. **Direito penal de emergência e alternativas a prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 216 p.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. A crise de legalidade na execução penal. In Crítica à execução penal. In: CARVALHO, Salo de. **Crítica à execução penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro:

Revan, 2007.

_____. **En torno de la cuestión penal.** Montevideu: editora B de F, 2005.

NOTAS:

[1] Atualmente não há a exigência de defesa técnica em fase de execução penal, posição que continua gerando controvérsia entre os tribunais brasileiros

[3] LEP, arts. 5º e 6º.

[4] Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada de forma progressiva, com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo Juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos 1/6 (um sexto) da pena no regime anterior e seu mérito indicar a progressão. Parágrafo único. A decisão será motivada e precedida de parecer da Comissão Técnica de Classificação e do exame criminológico, quando necessário.

[5] Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

A Prisão Civil No Pacto De San José Da Costa Rica E Sua Influência Na Jurisprudência Do Supremo Tribunal Federal

GABRIELA FERNANDES CORREIA LIMA:
advogada, Pós-graduanda em Direito Penal e Processual Penal, professora no Curso Almanaque Direito.

RESUMO: Esse trabalho se volta ao estudo feito acerca da influência exercida pelo Pacto de San José da Costa Rica na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no tange à questão da prisão civil do depositário infiel. Isso porque, dispendo de forma diversa da Constituição Federal ao proibir a prisão civil do depositário infiel, o Pacto acabou por influenciar à Corte a se posicionar de acordo com as suas disposições, proibindo também essa modalidade de prisão. Assim, o objetivo deste trabalho se resume a promover uma investigação acerca de como se deu a guinada interpretativa do Supremo Tribunal Federal, quando este passou a entender a questão da prisão civil de acordo com as disposições contidas no Pacto de San José da Costa Rica. Para tanto, necessário se fez estudo acerca de importantes institutos do direito, tais como a prisão civil, o contrato de depósito, bem como análise acerca dos tratados internacionais e do status que os mesmos gozam no ordenamento jurídico brasileiro. A partir da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, da utilização do procedimento histórico e do método indutivo, pode-se compreender que a partir do momento em que houve o reconhecimento majoritário da hierarquia supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos, concluiu-se por não existir mais base legal para a prisão civil do depositário infiel, posicionamento confirmado pelo cancelamento da Súmula 619 e edição da Súmula Vinculante nº25

do Supremo Tribunal Federal. Outrossim, atentou-se para a importância de constante adaptação e dinamização da Constituição Federal, a fim de adequá-la às novas realidades sociais. Este trabalho, em especial, trata da mudança feita através de procedimento informal, que é a mutação constitucional, expondo que quanto à questão da prisão civil, embora não tenha existido qualquer alteração no texto constitucional, não mais se admite a prisão do depositário infiel.

Palavras-chave: Prisão civil. Depositário infiel. Pacto de San José da Costa Rica.

1 INTRODUÇÃO

O presente texto trata da influência exercida pela Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, especificamente no que tange à prisão civil do depositário infiel. Isso porque, ao excepcionar apenas a hipótese de dívida alimentar à proibição da prisão civil, o Pacto findou por ir de encontro à previsão constitucional, que também admite em seu artigo 5º, inciso LXVII, a possibilidade de prisão civil do depositário infiel.

Grande relevância apresenta o tema neste estudo esmiuçado, uma vez que focado em valores supremos assegurados pela Nação, em especial a liberdade. De fato, se vive hoje em um Estado que não está mais voltado para si mesmo, mas para toda a comunidade internacional, assumindo os direitos humanos um papel de profunda relevância. Neste contexto, os tratados internacionais se erigem como importantes documentos que visam assegurar no plano internacional a efetividade desses direitos essenciais do homem.

Aqui é possível abordar a repercussão da Convenção Americana de Direitos Humanos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Para tanto, vários outros temas de notória

importância são analisados, a exemplo da prevalência dos direitos humanos na Constituição Federal, a hierarquia dos tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro, a mutação constitucional.

Outrossim, o estudo realizado representa uma brilhante oportunidade de demonstrar como o Brasil tem avançado na caminhada rumo à implementação dos direitos humanos, assegurando justiça e dignidade ao seu povo.

Nesse diapasão pretende-se, de um modo geral, mostrar como o tratamento dado pelo Pacto de San José da Costa Rica ao instituto da prisão civil influenciou o Supremo Tribunal Federal, levando-o a uma mudança de posicionamento no que diz respeito à prisão do depositário infiel.

1 A PRISÃO CIVIL NA INFIDELIDADE DEPOSITÁRIA

Antes de mergulhar no núcleo de qualquer problemática, necessário se faz entender todas as partes que a compõem. Por este motivo, imprescindível se apresenta a feitura de breve estudo acerca dos institutos que serão importantes para a compreensão do tema a ser abordado neste texto.

Interessa aqui compreender como a prisão civil, que de diferentes formas tem se mostrado presente na história da humanidade, evoluiu e veio a ser introduzida no ordenamento jurídico brasileiro, aplicando-se à hipótese de infidelidade depositária.

1.1 Evolução histórica da prisão civil por dívida

A prisão civil por dívida é instituto arcaico, presente desde as antigas civilizações orientais, passando por todos os períodos históricos até chegar à atualidade. Reflexo muitas vezes do contexto em que se inseria a sociedade de determinada época, apresenta em cada tempo diferentes características e particularidades.

Ensina-nos  lvvaro Villaça Azevedo (2012, p. 3), em sua renomada obra “Prisão Civil por d vida”, que o Código de Hamurabi, vigente na Babil nia aproximadamente dois mil nios antes de Cristo, determinava que o credor poderia tomar uma pessoa como garantia de um crédito de trigo ou de prata. O autor, referindo-se ao artigo 116 do Código acima citado, afirma que:

[...] se o aludido executado morresse na casa do credor, espancado ou maltratado por este, o proprietário desse executado obtinha condena o do credor; e, se o executado fosse filho de um homem livre, deveria ser morto o filho do credor; e se fosse escravo de homem livre, deveria o credor pagar um terço de mina de prata; e, fosse qual fosse seu crédito, perd -lo-ia integralmente.

No Egito, admitiu-se a escravidão por d vida, situa o em que o devedor servia ao credor até que realizasse o devido pagamento. Os hebreus, bem como os indianos, igualmente acolheram a prisão por d vidas. Na  ndia, inclusive, o Código de Manu^[1] determinava que se o inadimplente pertencesse a uma casta inferior, poderia ele ser sequestrado e acorrentado, bem como sua mulher, filhos e animais, para que trabalhassem até o total pagamento de sua d vida. (AZEVEDO, 2012, p. 5).

Ao analisar o Direito Grego, interessante mencionar a exposi o contida no artigo “A história da prisão civil por d vida”:

Desde as leis de Dracon [...] até a posterior reestrutura o destas por Sólon, a prisão era comumente transformada em escravidão [...], mediante prévio ajuste com o credor, caso não honrasse a obriga o assumida. Em caso de condena o judicial, se não fosse paga a d vida, tornava-se o devedor propriedade do credor, que

poderia, inclusive, tirar-lhe a vida (GARCIA, 2001, p. 52).

No Direito Romano também é possível constatar a presença do instituto. Odete Novais Carneiro Queiroz (2004, p. 116), em seu livro “Prisão Civil e Direitos Humanos”, bem dispõe sobre o tema, mencionando que:

A Lei das XII Tábuas, pela sua Tábua III, permitia que a execução contra o inadimplente se desse sobre o seu próprio corpo, posto que poderia tornar-se escravo de seu credor. Se os credores fossem vários, o cidadão poderia ser esquartejado ou vendido a um terceiro.

Prosseguindo sua lição, a autora mostra que essa determinação foi derrubada pela *Lex Poetelia Papiria*, de 326 a.C, que não mais admitiu a execução pessoal do devedor, mas tão somente do seu patrimônio.

Época de regressão dos costumes sociais, a Idade Média voltou a admitir a cobrança sobre a pessoa do devedor, tornando-se este novamente servo do seu credor. Para Azevedo (2012, p. 19), “a invasão dos bárbaros criou [...] clima propício para que ressurgisse, no período medieval, a prisão por dívidas”.

A Modernidade, contudo, trouxe consigo uma nova mentalidade e a sede por mudanças, levando a sociedade a repensar a questão da prisão civil por dívidas.

Direcionando-se ao direito comparado, Azevedo (2012, p. 30), citando Luigi Mattiolo (1832), mostra que no Direito Italiano a prisão por dívida, denominada *arresto personale per debiti*, “era geralmente conhecida como a privação, imposta ao devedor, da liberdade pessoal, em razão do descumprimento das obrigações civis ou comerciais pelo mesmo assumidas”.

No Direito Francês, o Código Napoleônico, de 1804, previa a prisão civil do depositário, referindo-se ao depósito necessário. Tal previsão foi excluída em 1867, quando aboliu-se por completo a prisão por dívidas.

Já no Direito Inglês, é interessante citar a influência que a prisão civil exerceu sobre a literatura e as artes. Exemplo disto é o romance *Bleakhouse*, de Charles Dickens, bem como a peça *O mercador de Veneza*, de William Shakespeare, ambos frutos da insatisfação da sociedade com a existência do instituto. Foi o *Debtor's Act*, de 1869, editado pela Rainha Vitória, que levou à abolição da prisão civil no país; “mesmo assim, esse estatuto manteve essa prisão em alguns casos, como no de insolvência fraudulenta” (AZEVEDO, 2012, p. 34).

Transportando-se ao Direito Português, é possível observar que “a prisão civil por dívida só incidiria após a execução dos bens do inadimplente” (QUEIROZ, 2004, p. 117). Era o que vinha determinado nas Ordenações Afonsinas (1446/1447), bem como nas posteriores Ordenações Manuelinas (1512/1514) e Ordenações Filipinas (1603), embora fossem restringindo-se com o decorrer do tempo as hipóteses de decretação dessa modalidade de prisão, a exemplo do Alvará de 11.1.1517, que a proibia em caso de pequenas dívidas referentes a alimentos, quando o alimentante estivesse impossibilitado de quitá-las.

No Brasil, foram herdados os institutos do direito português. Azevedo (2012, p. 45) nos ensina que:

[...] com a nossa independência, a Assembleia Geral Constituinte e Legislativa do Império, pela Lei 20.10.1823, determinou que continuassem a vigor, em nosso país, as ordenações, leis, regimentos, alvarás, decretos e resoluções portuguesas.

Dessa forma, com o advento da Independência do Brasil, eram as Ordenações Filipinas que vigoravam, admitindo a prisão civil por dívidas na situação há pouco analisada, qual seja, após executados os bens do devedor. Apenas por ocasião da elaboração do Código Civil de 1916, tais Ordenações saíram de cartaz em nosso país, sendo todas as suas determinações revogadas.

Quanto à previsão constitucional da prisão por dívidas, documenta-se que as Constituições brasileiras de 1824 e 1891 foram omissas quanto ao tema. A Constituição de 1934 veio a tratar do assunto, estabelecendo que não haveria prisão por dívidas, multas ou custas. O Constituinte de 1937 mais uma vez se omitiu, não oferecendo garantias contra a decretação dessa modalidade de prisão e deixando ao legislador ordinário a liberdade de dispor sobre a mesma. As Constituições de 1946 e 1967, bem como a Emenda Constitucional 01/69, proibiram a prisão civil, admitindo as exceções do devedor de alimentos e do depositário infiel, em redação similar à que se encontra prevista na atual Constituição de 1988 (AZEVEDO, 2012, p. 52-53).

1.2 Conceito e elementos da prisão civil

A prisão, em análise etimológica, significa o ato de prender alguém, capturar, segurar, derivando a palavra do latim clássico *prehensione*, e também da vulgar expressão latina *pressione*. Trata-se de uma privação à liberdade de ir e vir, ou seja, ao direito de locomoção do indivíduo.

Prisão civil é a que se manifesta no Direito Privado, sendo majestosamente definida por Azevedo (2012, p. 34) como “o ato de constrangimento pessoal, autorizado por lei, mediante segregação celular do devedor, para forçar o cumprimento de um determinado dever ou uma determinada obrigação”.

Não confunde-se a prisão civil com a prisão penal ou administrativa. Isto porque enquanto a prisão penal é decretada em virtude da violação à legislação criminal, portando caráter

repressivo, de punição, e a administrativa é aquela decretada em prol da atividade administrativa, dos interesses do serviço público, a prisão civil é medida excepcional que visa forçar o devedor ao cumprimento de uma obrigação (AZEVEDO, 2012, p. 37).

A partir dos conceitos apresentados é possível extrair uma série de elementos caracterizadores da modalidade de prisão em estudo.

O primeiro deles é o caráter excepcional da sua decretação, notoriamente detectado a partir de leitura do art. 5º, LXVII, da Constituição Federal, que assim dispõe: “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

Podemos aferir do citado dispositivo constitucional que a prisão civil por dívidas é medida proibida em nosso país, existindo apenas duas exceções à proibição, quais sejam o inadimplemento de obrigação alimentícia e a infidelidade depositária.

Também constitui importante elemento da prisão civil o seu caráter coercitivo, não importando a sua decretação em pena, castigo, mas tão somente em um meio compulsório que visa forçar o cumprimento da obrigação por parte do devedor.

Nesse sentido, se manifesta Celso Ribeiro Bastos (1989, p. 306): “[...] ela não visa à aplicação de uma pena, mas tão-somente a sujeição do devedor a um meio extremamente violento de coerção, diante do qual, é de presumir, cedam as resistências do inadimplente”.

Marmitt (1989, p. 7), discorrendo sobre o tema, também faz sábias considerações:

A prisão existente na jurisdição civil é simples fator coercitivo, ou de técnica executiva, com fins de compelir o depositário infiel ou o

devedor de alimentos, a cumprirem sua obrigação. Insere-se na Constituição Federal como exceção ao princípio da inexistência corporal por dívida. Sua finalidade é exclusivamente econômica, pois não busca punir, mas convencer o devedor relapso de sua obrigação de pagar.

Constatado o caráter compulsório da prisão civil, refletido na sua finalidade de cumprimento da obrigação pelo devedor, é possível concluir que uma vez paga a pensão alimentícia ou restituído o bem depositado, cessa imediatamente a prisão.

1.3 Do contrato de depósito

O contrato de depósito é modalidade antiga, que já se mostrava presente entre o povo grego, onde era considerado sagrado, bem como no direito romano clássico^[2], apresentando neste muitas semelhanças com o contrato que hoje conhecemos.

Em nosso direito pátrio, encontra-se regulamentado nos artigos 627 a 652 do Código Civil de 2002. O artigo 627 nos oferece uma primeira noção do que vem a ser essa modalidade contratual: “Pelo contrato de depósito recebe o depositário um objeto móvel, para guardar, até que o depositante o reclame”.

Com maestria e simplicidade, Gonçalves (2009, p. 361) se dispõe a conceituar o instituto, afirmando que: “Depósito é o contrato em que uma das partes, nomeada de depositário, recebe da outra, denominada depositante, uma coisa móvel, para guardá-la, com a obrigação de restituí-la na ocasião em que foi ajustada ou quando lhe for reclamada”.

A finalidade do contrato de depósito é a guarda da coisa, sendo este um dos seus principais pontos característicos, que o distingue de outros institutos. Azevedo (2012, p. 58) nos mostra que:

Tanto a ideia de guardar o objeto depositado é essencial, que ao depositário é vedado servir-se

da coisa por ele guardada, nem a dar em depósito a outrem, sem expressa autoriza o do depositante, sob pena de responder por perdas e danos, art. 640, *caput*, do CC/02.

Eventualmente, poderá haver permissão para utiliza o da coisa, sem que isso desvirtue o contrato do depósito. Essa utiliza o, contudo, não pode ser a finalidade principal da avença, sob pena do contrato transformar-se em comodato, se gratuito o uso, ou em loca o, se remunerado (AZEVEDO, 2012, p. 58).

Trata-se em regra de um contrato gratuito, portanto, unilateral, uma vez que implica em obriga es tão somente ao depositário.   de salientar-se, contudo, que essa gratuidade não   da essência do instituto, uma vez que pode ser estipulado o pagamento de uma gratifica o ao depositário, podendo esse pagamento resultar também de atividade negocial ou do exercício profissional da atividade de depósito, conforme se a fere do art. 628 do Código Civil. O contrato tornar-se-  bilateral nesses casos e “será do tipo comutativo, pressupondo uma equivalência entre as presta es, conhecida das partes já no início do contrato”. (QUEIROZ, 2004, p. 44)

Uma outra característica do contrato de depósito   a natureza móvel da coisa depositada, podendo se depreender tal informa o ao analisar o já mencionado art. 627 (“recebe o depositário um *objeto móvel*”). Há, contudo, muitos doutrinadores e julgadores que têm admitido a possibilidade de depósito de imóvel, a exemplo do sequestro.

  um contrato real, ou seja, “somente se torna perfeito e acabado com a entrega do bem – objeto do negócio – de uma parte   outra” (GAGLIANO, 2010, p. 337).   também não solene ou não formal, uma vez que “a prova escrita, no depósito voluntário,   exigida tão só para a prova do ato. Trata-se de forma *ad*

probationem, portanto não é requisito de validade do contrato” (QUEIROZ, 2004, p. 45).

É apontado também o caráter *intuitu personae* do instituto, pois baseado na confiança existente por parte do depositante na pessoa do depositário. Muitos autores entendem, todavia, que essa característica vem perdendo o sentido de existir com o passar do tempo, a exemplo de Silvio Rodrigues (1999, p. 261) que nos expõe que:

[...] a vida moderna trouxe uma porção considerável de situações em que o contrato de depósito se impõe de maneira distorcida, tais como a guarda de automóveis em garagens ou a de móveis em armazéns especializados etc. e onde é inadmissível a ideia de gratuidade, como também não mais se trata de negócio *intuitu personae*.

O depósito poderá ser regular ou irregular. O depósito regular é aquele constituído de coisa infungível e inconsumível, devendo ao final, portanto, ser restituída a mesma coisa que foi depositada. Já o depósito irregular é aquele constituído de coisa fungível e consumível, devendo ao final, e a contrário do depósito regular, ser restituída coisa da mesma espécie, quantidade e qualidade. Entende-se que neste caso desvirtua-se o contrato de depósito, aplicando-se as regras do mútuo (art. 645 do Código Civil), embora existam julgados no sentido de que não é perdido o caráter de depósito quando este versa sobre coisa fungível. (AZEVEDO, 2012, p. 56-57)

Imprescindível ainda fazer menção a uma outra classificação do depósito: voluntário ou necessário. É voluntário quando “nasce da vontade dos interessados, espontaneamente, por meio de convenção entre eles” (AZEVEDO, 2012, p. 56). Já o depósito

necessário é aquele “em que o depositante, não podendo escolher livremente a pessoa do depositário, é forçado pelas circunstâncias a efetuar o depósito com pessoas, cujas virtudes desconhece” (RODRIGUES, 2000, p. 266).

Esta última espécie de depósito pode ser classificada ainda em legal, quando determinado por lei, ou miserável, quando feito em situações de calamidade, como incêndio, inundação, naufrágio ou saque. Enquadra-se, ainda, como depósito necessário, aquele realizado por hospedeiros ou hoteleiros, equiparados pelo art. 649 do Código Civil ao depósito legal: “Aos depósitos previstos no artigo antecedente é equiparado o das bagagens dos viajantes ou hóspedes nas hospedarias onde estiverem”.

Quanto aos deveres do depositário para com a coisa depositada, dispõe o art. 629 do mesmo diploma que:

O depositário é obrigado a ter na guarda e conservação da coisa depositada o cuidado e diligência que costuma com o que lhe pertence, bem como a restituí-la, com todos os frutos e acrescidos, quando o exija o depositante.

São obrigações do depositário, portanto, a guarda da coisa, a sua conservação e a posterior restituição na data avençada ou quando reclamada pelo depositante. “A não-devolução da coisa, com quebra da confiança e da boa-fé, é reprimida severamente pela lei, com a cominação de pena de prisão ao depositário infiel” (GONÇALVES, 2009, p. 373), tema que será a seguir minuciado.

1.4 Prisão do Depositário Infiel

Conforme exposto, dentre as obrigações do depositário, encontra-se a de restituir a coisa depositada, no prazo avençado ou quando reclamada pelo depositante.

O Código Civil de 2002, em seus artigos 633 a 635, prevê hipóteses que autorizam a negativa de restituição da coisa, bem detalhadas por Gagliano (2010, p. 350), quais sejam: exercício do direito de retenção, até que seja paga ao depositário a retribuição devida, o valor de eventual despesa realizada ou a indenização por algum prejuízo resultante do depósito; o embargo judicial da coisa depositada, quando sobre o objeto impõe-se alguma medida judicial constritiva ou assecuratória; a existência de execução pendente sobre o objeto depositado; e a ocorrência de motivo razoável acerca da procedência ilícita da coisa depositada.

Fora das hipóteses previstas legalmente, a negativa de restituição do bem depositado caracteriza a infidelidade depositária.

O depositário infiel, nos sábios dizeres de Queiroz (2004, p. 55) é:

[...] aquele que tendo a obrigação de restituir coisa alheia que recebeu para custódia não o fez, não cumpriu sua obrigação. E, ao colocar-se na posição de inadimplência, acaba por trair a confiança que nele depositou quem lhe entregou a coisa para guardar, tornando-se com isso um devedor em mora.

Para a infidelidade depositária, prevê o artigo 652 do Código Civil (1.287 do CC/16): “Seja voluntário ou necessário o depósito, o depositário que não o restituir, quando exigido, será compelido a fazê-lo mediante prisão não excedente a 1 (um) ano, e a ressarcir os prejuízos”.

Percebe-se claramente a existência de permissão legal para a decretação da prisão civil do depositário infiel, encontrando tal dispositivo guarida constitucional no art. 5º, LXVII da CF/88, que estabelece:

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

[...]

LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.

Acerca desta modalidade de prisão, necessário se faz tecer algumas considerações.

Um primeiro e interessante apontamento, é que a expressão ‘depositário infiel’ foi por muito tempo interpretada em sentido amplo, o que deu margem para que o legislador criasse novas figuras de depósito que se enquadrassem no dispositivo constitucional, conforme nos ensina Gilmar Mendes (2010, p. 728). Segundo o autor, o Supremo Tribunal Federal entendia que, não apenas os casos comuns de depósito, mas também outros como a prisão civil do devedor depositante infiel em contrato de alienação fiduciária, e os casos de penhor agrícola e penhor mercantil, encontravam-se abarcados pelo art. 5º, LXVII da Constituição.

Esse posicionamento sempre causou muita polêmica e foi palco de muitos debates em nosso país, especialmente no que tange à alienação fiduciária em garantia.

Quanto a este instituto, pertinente o conceito de Gomes (1993, p. 520), que o define como o “negócio jurídico pelo qual o devedor, para garantir o pagamento da dívida, transmite ao credor a propriedade de um bem, retendo-lhe a posse direta, sob a

condição resolutive de saldá-la”. Caso não venha a adimplir a obrigação assumida, encontra-se o devedor, ou fiduciante, obrigado a restituir o bem ao credor, denominado fiduciário.

O Decreto-lei nº 611/69, ao alterar e estabelecer normas de processo sobre alienação fiduciária dispõe em seu artigo 4º:

Se o bem alienado fiduciariamente não for encontrado ou não se achar na posse do devedor, o credor poderá requerer a conversão do pedido de busca e apreensão, nos mesmos autos, em ação de depósito, na forma prevista no [Capítulo II, do Título I, do Livro IV, do Código de Processo Civil](#).

Ao admitir-se a ação de depósito no instituto da alienação fiduciária em garantia, conseqüentemente tornou-se possível a decretação da prisão civil no seio dessa ação. Queiroz (2004, p. 58) nos mostra que:

[...] sua equiparação, pela lei ordinária, ao depósito fez com que, por muito tempo, não houvesse vacilação em condenar-se à prisão, o fiduciante inadimplente que não restituísse a coisa alienada, na forma da permitida em face do depositário infiel.

Regressando às considerações acerca da prisão do depositário infiel, um outro importante apontamento é que, por tratar-se de medida extrema, não basta a simples recusa em restituir o bem para que seja autorizada a decretação da prisão. Esta deve dar-se no bojo de uma ação de depósito, com todas as garantias cabíveis ao depositário. Ensina-nos Gagliano (2010, p. 355) que:

É imprescindível o ajuizamento da chamada ação de depósito para que o depositário possa

ter a garantia do contraditório, com oportunidade de restituir o bem ou justificar a negativa ou a impossibilidade, fática ou jurídica, de devolução dos bens.

Muito se discutia na doutrina e jurisprudência o momento em que deveria constar o pedido de decretação da prisão. Ao prever o §1º do artigo 902 do Código de Processo Civil que na petição inicial poderia constar o pedido de cominação da pena de prisão, muitos entenderam que somente poderia haver a decretação da prisão civil na ação de depósito se esta fosse requerida na inicial.

Não foi este o posicionamento que prevaleceu no Supremo Tribunal Federal, que defendia que, caso não fosse feito o pedido na inicial, poderia sê-lo após o não cumprimento de mandado de execução de sentença condenatória.

Na hipótese de depósito judicial, entendeu-se não ser necessária a propositura de ação de depósito, uma vez que o juiz, nos próprios autos em que se constitui o encargo, pode determinar a restituição da coisa. Era o que vinha consolidado na Súmula 619 do STF: “A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independente da propositura da ação de depósito”. Por motivos que mais adiante serão compreendidos, esta Súmula veio a ser revogada de nosso ordenamento.

Por fim, cabe-nos lembrar do já mencionado caráter compulsório da prisão civil, a partir do qual é possível concluir-se que:

[...] a qualquer momento pode liberar-se o depositário da cominação da prisão e do seu cumprimento, bastando para isso que cumpra a obrigação de exhibir a coisa depositada ou

ofereça o equivalente ao valor da *res deposita*, tratando-se pois de prisão civil por dívidas (QUEIROZ, 2004, p. 56-57).

Malgrado tudo o que neste tópico foi apresentado, a adesão pelo Brasil ao Pacto de San José da Costa Rica trouxe profundas influências aos nossos doutrinadores e julgadores, levando-os aos poucos a repensar todo o entendimento até então prevalecente acerca da prisão civil do depositário infiel. Nas próximas laudas será esmiuçado todo o debate que levou ao atual posicionamento acerca da questão.

2 OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E O PACTO DE SAN JOSÉ DA RICA

Vive-se hoje a realidade de um mundo globalizado, em que os Estados não encontram-se mais voltados apenas para si mesmos, assumindo também obrigações no plano internacional.

Neste contexto, se erigem os tratados internacionais como a principal fonte de obrigação, disciplinando a relação entre Estados e organizações internacionais. Interessa a este estudo, especialmente, os tratados que dizem respeito aos direitos humanos, e que, pela importância que apresentam, gozam de especial posição no ordenamento jurídico brasileiro.

2.1 A prevalência dos Direitos Humanos na Constituição Federal de 1988

A Segunda Guerra Mundial trouxe consigo uma série de catástrofes e atrocidades que levaram ao massacre da dignidade humana, e fizeram com que, ao seu término, fossem pensadas formas de garantir aos cidadãos a proteção contra arbitrariedades das autoridades e a existência de uma vida digna e harmônica.

Iniciou-se, a partir de então, o advento da reconstrução dos Direitos Humanos. A dignidade da pessoa humana passou a ser “princípio que unifica e centraliza todo o sistema normativo,

assumindo essencial prioridade” (PIOVESAN, 2008, p. 31), e orientando tanto o Direito Internacional como o Direito interno.

Isso se refletiu tanto na feitura de tratados internacionais que estabelecessem regras de prote o aos direitos fundamentais do cidadão, quanto na cria o de textos constitucionais que incorporassem princípios, valores e normas protetivas destes direitos.

Assim aconteceu com a Constitui o Federal de 1988, que instituiu um regime político democrático no Brasil, dando uma aten o nunca antes dispensada às garantias e direitos fundamentais, bem como a setores mais vulneráveis da sociedade brasileira. Pode-se afirmar que “a partir dela, os direitos humanos ganham relevo extraordinário, situando-se a Carta de 1988 como o documento mais abrangente e pormenorizado sobre os direitos humanos jamais adotado no Brasil” (PIOVESAN, 2008, p. 24).

  notória a op o da atual Constitui o pela prevalência dos Direitos Humanos. Ainda em seu artigo 1 , inciso III, a dignidade da pessoa humana   elencada como um dos fundamentos do nosso Estado. O artigo 4 , inciso II, estampa a prevalência dos direitos humanos como um dos princípios que regem a República Federativa do Brasil em suas rela oes internacionais. O  1  do artigo 5  revela a aplica o imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, e o  2  do mesmo artigo dispoe que os direitos e garantias que se encontram expressos na Constitui o “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Cabe mencionar ainda o artigo 60,   4 , inciso IV, que eleva os direitos e garantias individuais a condi o de cláusulas pétreas, impedindo qualquer proposta de emenda tendente a aboli-los.

Esses são apenas alguns dispositivos que mostram a decisão do Constituinte pela atribui o de fulcro humanista   atual Carta

Magna, o que não ocorreu em constituições anteriores. Apenas a título exemplificativo, podemos citar a Constituição de 1967, que somente tratou dos direitos e garantias fundamentais em seu artigo 153, e consagrou como cláusulas pétreas apenas a Federação e a República.

Imprescindível mencionar que o reconhecimento da prevalência dos direitos humanos em nosso país implica no também reconhecimento da:

[...] existência de limites e condicionamentos à noção de soberania estatal. Isto é, a soberania do Estado brasileiro fica submetida a regras jurídicas, tendo como parâmetro obrigatório a prevalência dos direitos humanos (PIOVESAN, 2008, p. 40) .

E foi essa prevalência dos direitos humanos na Constituição de 1988 que acabou por contribuir para a ratificação por parte do Brasil de instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos^[3] (PIOVESAN, 2008, p.41). Nesse sentido, Queiroz (2004, p. 19) afirma que:

Compromissando-se com a comunidade internacional, o Brasil insere-se como mais um Estado-nação a optar pela vinculação de suas ações internas a documentos internacionais, no que tange à matéria afeita aos direitos humanos [...]. E ao fazê-lo, o país responsabiliza-se perante essa comunidade mundial a respeitar tais documentos internacionais, uma vez que voluntariamente aderiu aos mesmos.

É sobre esses instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos que trataremos a seguir.

2.2 Breves noções a respeito dos Tratados Internacionais

O tratado é atualmente a principal fonte de obrigação no plano internacional, regulamentando as mais diversas relações jurídicas entre países e organizações internacionais. Trata-se, na definição de Rezek (2008, p. 14), de “todo acordo formal concluído entre pessoas jurídicas de direito internacional público, e destinado a produzir efeitos jurídicos”.

Outra interessante definição é a apresentada na Convenção Internacional do Direito dos Tratados:

Tratado significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica.

A mencionada Convenção constitui um importante documento, firmado no ano de 1969, em Viena, e ratificado pelo Brasil em 2009. O intuito desse instrumento, nas palavras de Chiapinni (2011, p. 1), é “solucionar as controvérsias sobre a aplicação dos tratados internacionais, e estabelecer parâmetros para a assinatura, adesão, formulação, denúncia, entre outras obrigações internacionais”. Trata-se de documento essencial para aqueles que almejam realizar o estudo dos Tratados Internacionais.

Quanto a estes, necessário salientar que nem sempre eles se propõem a inovar na ordem internacional, servindo muitas vezes tão somente para regulamentar situações já existentes. É o que nos mostra Piovesan (2008, p. 44):

Não necessariamente os tratados internacionais consagram novas regras de Direito Internacional. Por vezes, acabam por codificar regras preexistentes, consolidadas pelo costume internacional, ou, ainda, optam por modifica-las.

Seguindo adiante, a autora nos apresenta brilhante explanação acerca do processo de formação dos tratados internacionais. Quanto ao tema, podemos enumerar três fases, todas de competência do Poder Executivo: negociação, conclusão e assinatura. Esta última etapa constitui apenas um aceite precário e provisório, não implicando na produção de efeitos jurídicos.

Para a fase seguinte, é possível perceber a soma de vontades do Poder Executivo com a do Poder Legislativo, prevista em nossa Constituição. Quanto ao último Poder, o artigo 49, inciso I, dispõe ser competência exclusiva do Congresso Nacional “resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais”, o que se dá mediante decreto legislativo. Já o artigo 84, inciso VIII, diz ser competência privativa do Presidente da República “celebrar tratados, convenções e atos internacionais”.

Portanto, assinado pelo Executivo e aprovado pelo Legislativo, parte-se para a ratificação do tratado, feita também pelo Poder Executivo. A ratificação, de acordo com a Convenção de Viena, consiste no “ato internacional [...] pelo qual um Estado estabelece no plano internacional o seu consentimento em obrigarse por um tratado”. Uma vez “celebrado por representante do Poder Executivo, aprovado pelo Congresso Nacional e, por fim, ratificado pelo Presidente da República, passa o tratado a produzir efeitos jurídicos” (PIOVESAN, 2008, p. 49).

Uma importante observação a ser feita é quanto à possibilidade de formulação de reservas, possível na maior parte dos tratados. Ela consiste, nos dizeres da Convenção de Viena, na:

[...] declaração unilateral, qualquer que seja a sua redação ou denominação, feita por um Estado ao assinar, ratificar, aceitar ou aprovar um tratado, ou a ele aderir, com o objetivo de excluir ou modificar o efeito jurídico de certas

disposições do tratado em sua aplicação a esse Estado.

Ao utilizar-se da reserva, por conseguinte, o Estado pode adequar as disposições do tratado à sua melhor conveniência. No entanto, são previstas hipóteses nas quais não é permitida a sua formulação: quando a reserva é proibida pelo tratado; quando o tratado dispõe que só podem ser formuladas determinadas reservas, entre as quais não figure a reserva em pretendida; e nos casos não previstos anteriormente, mas nos quais a reserva seja incompatível com o objeto e a finalidade do tratado.

Significativos no contexto dos tratados são aqueles que tratam dos Direitos Humanos, uma vez que, pela relevância que possuem, gozam de tratamento especial em nosso ordenamento jurídico, sendo a eles, inclusive, conferida hierarquia diferenciada pela nossa Constituição, tema que será aprofundado no tópico seguinte.

Por fim, cabe mencionar que os Tratados possuem força obrigatória e vinculante, aplicando-se aos Estados que manifestaram consentimento em sua adoção. Uma vez que pautados no princípio da boa-fé, “cabe ao Estado conferir plena observância ao tratado de que é parte, na medida em que, no livre exercício de sua soberania, o Estado contraiu obrigações jurídicas no plano internacional” (PIOVESAN, 2008, p. 45). Mais adiante, afirma a autora que:

Considerando o processo de formação dos tratados e reiterando a concepção de que apresentam força jurídica obrigatória e vinculante, resta frisar que a violação de um tratado implica a violação de obrigações assumidas no âmbito internacional. O descumprimento de tais deveres implica,

portanto, responsabilização internacional do Estado violador.

2.3 A posição hierárquica dos tratados e convenções internacionais sobre Direitos Humanos no ordenamento jurídico brasileiro

A análise da posição hierárquica ocupada pelos tratados no ordenamento jurídico brasileiro é de extrema importância, na medida em que leva à determinação de qual norma deve prevalecer em havendo conflito entre tratado e norma constitucional ou tratado e lei ordinária.

Confidencia Portela (2010, p.127) que:

O poder constituinte não estabeleceu regras claras referentes à matéria até a Constituição Federal de 1988, quando começou a se vislumbrar um esboço de tratamento do tema, ainda que limitado às normas internacionais de Direitos Humanos e de um tal modo que criou novos pontos controversos, sem necessariamente dirimir dúvidas anteriores. Com tudo isso, a definição do tratamento da matéria no Brasil é feita, principalmente, pela doutrina e pela jurisprudência.

Da citação acima, é possível auferir que a Constituição Federal deu tratamento diverso aos tratados internacionais relativos a direitos humanos. Piovesan (2008, p.67) ensina que o direito brasileiro adota um sistema misto disciplinador dos tratados, “sistema que se caracteriza por combinar regimes jurídicos diferenciados: um regime aplicável aos tratados de direitos humanos e outro aplicável aos tratados tradicionais”. A autora mostra que:

[...] relativamente aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, a

Constituição brasileira de 1988, em seu art. 5º, §1º, acolhe a sistemática da incorporação automática dos tratados, o que reflete a adoção da concepção monista. [...] O regime jurídico diferenciado conferido aos tratados de direitos humanos não é, todavia, aplicável aos demais tratados, isto é, aos tradicionais. No que tange a estes, adota-se a sistemática da incorporação legislativa, exigindo que, após a ratificação, um ato com força de lei (no caso brasileiro esse ato é um decreto expedido pelo Executivo) confira execução e cumprimento aos tratados no plano interno. Desse modo, no que se refere aos tratados em geral, acolhe-se a sistemática da incorporação não automática, o que reflete a adoção da concepção dualista (2008, p. 90).

Antes de adentrar na seara dos Tratados Internacionais que dizem respeito aos direitos humanos, mister compreender o posicionamento adotado em relação aos tratados tradicionais.

Não há dúvidas quanto ao caráter infraconstitucional desses tratados, uma vez que o artigo 102, III, *b*, da nossa Constituição atribui ao Supremo Tribunal Federal a competência para julgar mediante recurso extraordinário “as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal.” Uma vez possível a declaração de inconstitucionalidade do tratado, elencado junto à lei federal, conclui-se pelo seu status infraconstitucional.

Tema discutido na doutrina e jurisprudência é se esses tratados prevalecem sobre as leis federais ou se possuem a mesma hierarquia que elas.

Documenta-se que o posicionamento dominante em nossa jurisprudência até o ano de 1977 era no sentido da superioridade hierárquica dos tratados quando em conflito com norma ordinária, não revogando a lei posterior um tratado que com ela fosse incompatível[4].

O Recurso Extraordinário 80.004, julgado em 1977, veio para modificar o entendimento até então prevalecente, consolidando um novo posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca da questão. Koehler, em artigo intitulado “Hierarquia dos tratados internacionais em face do ordenamento jurídico interno”, nos fornece breve noção do caso julgado no recurso extraordinário em questão:

Tratava-se de conflito envolvendo a Lei Uniforme de Genebra sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias, que entrou em vigor com o Decreto nº 57.663 de 1966, e uma lei interna posterior, o Decreto-lei nº 427/69. O conflito relacionava-se à obrigatoriedade ou não de existência do aval apostado na nota promissória – uma exigência formal para a validade do título que não constava no texto internacional. Prevaleceu, ao final do julgamento, o Decreto-lei nº 427/69, valendo-se o STF da regra *lex posterior derogat priori*.

Admitindo a paridade entre tratados internacionais e lei federal, o Supremo Tribunal Federal concluiu, em caso de conflito, pela aplicação do princípio segundo o qual a norma posterior revoga a norma anterior com ela incompatível. Nesse sentido, dispõe Rezek (2008, p.99):

De setembro de 1975 a junho de 1977 estendeu-se no plenário do Supremo Tribunal

Federal, o julgamento do Recurso Extraordinário 80.004, em que assentada, por maioria, a tese de que, ante a realidade do conflito entre o tratado e lei posterior, esta, porque expressão última da vontade do legislador republicano deve ter sua prevalência garantida pela Justiça – sem embargo das conseqüências do descumprimento do tratado, no plano internacional. Admitiram as vozes majoritárias que, faltante na Constituição do Brasil garantia de privilégio hierárquico do tratado internacional sobre as leis do Congresso, era inevitável que a Justiça devesse garantir a autoridade da mais recente das normas, porque paritária sua estatura no ordenamento jurídico.

A posição do STF, que veio a ser reiterada em julgamentos posteriores, foi, e ainda é, alvo de muitas críticas. Interessante a observação feita por Celso D. Albuquerque Mello (1979, p.70) a respeito do tema:

A tendência mais recente no Brasil é a de um verdadeiro retrocesso na matéria. No recurso extraordinário n. 80.004, decidido em 1977, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu que uma lei revoga o tratado anterior. Esta decisão viola também a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (1969) [...].

Isso porque o artigo 27 da citada convenção dispõe que “uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”.

A posição aceita pelos críticos do posicionamento do Supremo é a da supralegalidade dos tratados, situando-se estes em

um nível hierárquico intermediário, pois abaixo da Constituição, mas acima das leis ordinárias. É o que defende Mazzuoli (2001, p. 118), afirmando que não podem os tratados serem revogados por lei posterior, uma vez que não se encontram em paridade com as demais leis nacionais.

Discussão ainda maior, contudo, é a travada em relação à hierarquia dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos. A esse respeito, é possível noticiar a existência de quatro correntes: a que atribui caráter constitucional a esses tratados, a que atribui caráter infraconstitucional, a que afirma que eles possuem caráter supraconstitucional, e por fim a que defende o caráter infraconstitucional, mas supralegal, dos tratados.

Para a corrente que defende a hierarquia constitucional dos Tratados Internacionais sobre Direito Humanos, essa condição se apresenta desde o advento da promulgação da Constituição Federal de 1988, em que mostrou-se claro o propósito do constituinte de dar prevalência aos direitos humanos.

Com efeito, o artigo 5º, §2º da Carta dispõe que “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Ao fazer essa previsão, Piovesan (2008, p. 58) entende que a Constituição está incluindo os tratados sobre direitos humanos no catálogo de direitos constitucionalmente protegidos, estendendo a esses tratados o mesmo regime conferido aos outros direitos e garantias fundamentais. Na mesma linha de pensamento, explana Portela (2010, p. 129):

O referido preceito consagra a cláusula de abertura dos direitos fundamentais, que permite a permanente e rápida atualização da ordem constitucional e, nesse sentido, abre espaço

para que os tratados de direitos humanos contribuam para a ampliação do rol de direitos e garantias constitucionalmente protegidos.

De fato, o artigo 5º, §2º mostra que não se pode reduzir as disposições dotadas de valor constitucional tão somente àquelas que se encontram expressas em seu texto. Nesse sentido afirma Canotilho (1993, p. 982): “O programa normativo-constitucional não pode se reduzir, de forma positivística, ao ‘texto’ da Constituição. Há que densificar, em profundidade, as normas e princípios da constituição, alargando o ‘bloco da constitucionalidade’ [...]”.

Seguindo esse mesmo entendimento, de que a Constituição admite outros direitos que não aqueles enumerados expressamente em seu texto, José Afonso da Silva (2000, p. 197) classifica os direitos individuais em três grupos: o dos direitos individuais explícitos, que são aqueles explicitamente enunciados no art. 5º, os direitos individuais implícitos, que estão subentendidos nas regras de garantias, certos desdobramentos do direito à vida; e, por fim, os direitos individuais decorrentes do regime e de tratados internacionais subscritos pelo Brasil.

Os que defendem o status constitucional dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos acreditam que, em havendo conflito entre norma constitucional e a disposição de um tratado, deverá prevalecer aquela que for mais favorável à vítima.

Em suma, é possível concluir que para os defensores dessa corrente:

A hierarquia constitucional dos tratados de proteção dos direitos humanos decorre da previsão constitucional do art. 5º, §2º, à luz de uma interpretação sistemática e teleológica da Carta, particularmente da prioridade que atribui aos direitos fundamentais e ao princípio da dignidade da pessoa humana. Essa opção do Constituinte de 1988 se justifica em face do

caráter especial dos tratados de direitos humanos e, no entender de parte da doutrina, da superioridade desses tratados no plano internacional (PIOVESAN, 2008, p. 68).

Há uma segunda corrente que defende que os Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos gozam de status de lei ordinária. Foi esse o entendimento majoritário adotado no Supremo Tribunal Federal por muitos anos, tendo se consolidado desde o já mencionado Recurso Extraordinário 80.004. Isso é possível perceber em trecho do voto proferido pelo Ministro Celso de Mello no HC 72.131:

[...] Não cabe atribuir, por efeito do que prescreve o art. 5º, parágrafo 2º, da Carta Política, um inexistente grau hierárquico das convenções internacionais sobre o direito positivo interno vigente no Brasil, especialmente sobre as prescrições fundadas em texto constitucional, sob pena de essa manifestação inviabilizar, com manifesta ofensa à Supremacia da Constituição, [...] o próprio exercício pelo Congresso Nacional, de sua típica atividade político-jurídica consistente no desempenho da função de legislar. (HC 72.131/RJ, julg. 22.01.1995)

Conforme já dito neste trabalho, em havendo conflito entre tratado e lei posterior, deve esta prevalecer, sem prejuízo das consequências decorrentes do descumprimento do tratado no âmbito internacional.

Uma outra corrente prende-se ao posicionamento de que os tratados internacionais de direitos humanos gozam de status infraconstitucional, porém supralegal, tendo em vista o seu caráter especial quando comparados a outros atos normativos internacionais. Significativo para os que são adeptos a essa

corrente foi o voto do Min. Sepulveda Pertence, relator no RHC 79.785, que defendeu a tendência a:

[...] aceitar a outorga de força supra-legal às convenções de direitos humanos, de modo a dar aplicação direta às suas normas – até se necessário, contra a lei ordinária – sempre que, sem ferir a Constituição, a complementem, especificando ou ampliando os direitos e garantias dela constantes” (RHC 79.785-7/RJ, julg.29.03.2000, in *DJU* de 19.09.2003).

Ao reconhecer o status supralegal dos tratados internacionais de Direitos Humanos, atenta-se para a impossibilidade de revogação desses instrumentos por lei ordinária. Contudo, percebe-se ao mesmo tempo o fato de que esses tratados não podem ir de encontro ao que dispõe a Constituição, uma vez que esta prevalece sobre eles.

Por fim, cabe mencionar uma quarta corrente, defendida por grande parte dos internacionalistas contemporâneos e que reconhece o status supraconstitucional dos instrumentos de proteção dos direitos humanos. A esse respeito, cabe mencionar os dizeres de Augustín Gordillo, citado por Piovesan (2008, p.68):

[...] a supremacia da ordem supranacional sobre a ordem nacional preexistente não pode ser senão uma supremacia jurídica, normativa, detentora de força coativa e de imperatividade. Estamos, em suma, ante um normativismo supranacional. Concluimos, pois, que as características da Constituição, como ordem jurídica suprema do direito interno, são aplicáveis em um todo às normas da Convenção, enquanto ordem jurídica suprema supranacional. Não duvidamos de que muitos intérpretes resistirão a considerá-la direito

supranacional e supraconstitucional, sem prejuízo dos que se negarão a considerá-la sequer direito interno, ou, mesmo, direito.

Uma vez explanadas as correntes que se propõem a desvendar a problemática da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos, é possível concluir pela grande divergência existente na doutrina e jurisprudência a respeito do tema.

Com o intuito de amenizar a polêmica e as discussões causadas, a Emenda Constitucional n. 45, de 2004, que introduziu o §3º ao art. 5º da Constituição Federal, veio consolidar o entendimento de que:

Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às Emendas Constitucionais.

O dispositivo não deixa dúvidas de que, tratando-se de tratado e convenção internacional cujo conteúdo seja direitos humanos, aprovado pelo rito previsto no §3º do art. 5º, qual seja três quintos dos votos, em cada casa do Congresso, em dois turnos de votação, estar-se-á diante de normas de caráter constitucional.

Mas longe de acabar com toda a divergência existente a respeito do assunto, a aprovação da Emenda Constitucional n. 45/2004 trouxe novos questionamentos. Realmente não restam dúvidas quanto aos Tratados aprovados após seu ingresso no ordenamento jurídico. Contudo, como fica a situação dos tratados que, a despeito de protegerem os direitos humanos, foram aprovados antes do advento da Emenda 45, e, portanto, sem obedecer ao trâmite previsto no art. 5, §3º?

Muitos autores defendem que os tratados ratificados anteriormente ao mencionado parágrafo, mesmo sem a observância do quórum qualificado, gozam de hierarquia

constitucional. É o que entende Piovesan (2008, p. 72), dispondo que:

Por força do art. 5º, §2º, todos os tratados de direitos humanos, independentemente do quórum de sua aprovação, são materialmente constitucionais, compondo o bloco de constitucionalidade. O quórum qualificado está tão-somente a reforçar tal natureza [...]. Não seria razoável sustentar que os tratados de direitos humanos já ratificados fossem recepcionados como lei federal, enquanto os demais adquirissem hierarquia constitucional exclusivamente em virtude de seu quórum de aprovação.

Entende-se não ser coerente não atribuir caráter constitucional a um tratado de direitos humanos apenas pela inobservância a uma formalidade que à época de sua ratificação não estava prevista, e, portanto, não tinha como ser obedecida.

Nesse mesmo diapasão, expõe Rezek (2008, p. 103):

[...] é sensato crer que ao promulgar esse parágrafo na Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, sem nenhuma ressalva abjuratória dos tratados sobre direitos humanos outrora concluídos mediante processo simples, o Congresso constituinte os elevou à categoria dos tratados de nível constitucional.

A *contrariu sensu*, há quem não atribua caráter constitucional aos tratados aprovados antes da Emenda Constitucional n. 45, acreditando, inclusive, que a aprovação da emenda veio para confirmar o caráter infraconstitucional desses instrumentos. É o que entende Gilmar Mendes (2010, p. 743):

Em termos práticos, trata-se de uma declaração eloquente de que os tratados já ratificados pelo Brasil, anteriormente à mudança constitucional, e não submetidos ao processo legislativo especial de aprovação no Congresso Nacional, não podem ser comparados às normas constitucionais.

Embora não admitindo o status constitucional dos tratados anteriores à Emenda n. 45, é possível documentar que a disposição do §3º do art. 5º trouxe profundas mudanças no posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, que percebeu a necessidade de evolução e atualização jurisprudencial, tendo em vista o reconhecimento do caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados.

A jurisprudência que defendia o status de lei ordinária desses instrumentos acabou tornando-se defasada, sendo imperiosa a conclusão pela suprallegalidade dos mesmos. O próprio Gilmar Mendes, no julgamento do lendário Recurso Extraordinário 466.343, mostra que:

[...] A premente necessidade de ser dar efetividade à proteção dos direitos humanos nos planos interno e internacional torna imperiosa uma mudança de posição quanto ao papel dos tratados internacionais sobre direitos na ordem jurídica nacional. É necessário assumir uma postura jurisdicional mais adequada às realidades emergentes em âmbitos supranacionais, voltadas primordialmente à proteção do ser humano.

Essa evolução no posicionamento do Supremo Tribunal Federal é de sublime relevância para este texto, na medida em que levou à completa mudança no tratamento dado à questão

da prisão civil do depositário infiel. Isso será o objeto de estudo do capítulo seguinte.

2.4 O Pacto de San José da Costa Rica e a Prisão Civil

Instrumento de maior importância no sistema interamericano, a Convenção Americana de Direitos Humanos foi assinada em San José, Costa Rica, em 1969. De acordo com dados da Organização dos Estados Americanos, dos 35 Estados membros da OEA, 24 são partes da Convenção[5]. No ordenamento jurídico brasileiro, ela foi incorporada em 1992, através do Decreto-legislativo nº 27:

Art. 1º: É aprovado o texto da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto São José) celebrado em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, por ocasião da Conferência especializada Interamericana sobre Direitos Humanos.

Também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, a Convenção reconhece e assegura uma gama de direitos, dentre os quais podemos citar direito à personalidade jurídica, à vida, à integridade pessoal, à liberdade pessoal, à indenização, à liberdade de consciência e religião, à liberdade de pensamento e de expressão, à proteção da honra e da dignidade, à proteção da família, ao nome, à dignidade, à igualdade perante a lei etc.

Diante de todos esses direitos previstos no Pacto, entende Piovesan (2008, p. 245) que:

[...] cabe ao Estado-parte a obrigação de respeitar e assegurar o livre e pleno exercício desses direitos e liberdades, sem qualquer discriminação. Cabe ainda ao Estado-parte adotar todas as medidas legislativas e de outra

natureza que sejam necessárias para conferir efetividade aos direitos e liberdades enunciados.

E, de fato, os artigos 1º e 2º da Convenção tratam, respectivamente, da obrigação de respeitar os direitos e do dever de adotar disposições de direito interno, a fim de tornar efetivos os direitos e liberdades previstos.

Uma importante explanação acerca do Pacto é que o mesmo prevê a existência de uma Comissão Interamericana de Direitos Humanos, bem como uma Corte Americana de Direitos Humanos, que, segundo Piovesan (2008, p. 246), constituem “um aparato de monitoramento e implementação dos direitos que enuncia”.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, de acordo com o disposto no capítulo VII da Convenção, representa todos os membros da Organização dos Estados Americanos e é composta por sete membros, sendo estes pessoas de alta autoridade moral e notório saber em matéria de direitos humanos.

Sua função principal é promover a observância e a defesa dos direitos humanos, através de diversas atribuições, tais como: estimular a consciência dos direitos humanos nos povos da América; formular recomendações aos governos dos Estados-membros, quando considerar conveniente, no sentido de que adotem medidas progressivas em prol dos direitos humanos no âmbito de suas leis internas e seus preceitos constitucionais, bem como disposições apropriadas para promover o devido respeito a esses direitos; preparar estudos ou relatórios que considerar convenientes para o desempenho de suas funções; solicitar aos governos dos Estados-membros que lhe proporcionem informações sobre as medidas que adotarem em matéria de direitos humanos; atender às consultas que, por meio da Secretaria Geral da Organização dos Estados Americanos, lhe formularem os Estados-

membros sobre questões relacionadas com os direitos humanos e, dentro de suas possibilidades, prestar-lhes o assessoramento que lhe solicitarem etc.

Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados-membros da Organização, pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação da Convenção por um Estado-parte.

Já a Corte Interamericana, é composta por sete juízes de Estados membros da OEA, com diferentes nacionalidades e reconhecida competência em matéria de direitos humanos. A Corte tem competência para conhecer de qualquer caso, relativo à interpretação e aplicação das disposições do Pacto, que lhe seja submetido, desde que os Estados-partes no caso tenham reconhecido ou reconheçam a referida competência.

Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos na Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada.

O Brasil reconheceu a competência da Corte em 1998, através do Decreto Legislativo 89, com os seguintes dizeres:

O Governo da República Federativa do Brasil declara que reconhece, por tempo indeterminado, como obrigatória e de pleno direito a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em todos os casos relacionados com a interpretação ou aplicação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em conformidade com o artigo 62, sob reserva de

reciprocidade e para fatos posteriores a esta declaração.

Dentre as várias disposições previstas no Pacto de San José da Costa Rica, a que trouxe mais repercussão ao ordenamento jurídico brasileiro foi a contida em seu artigo 7º, 7, que estabelece: “Ninguém será detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”.

Percebe-se que o Pacto proíbe expressamente a possibilidade de prisão civil por dívidas, excetuando apenas uma hipótese, que é a do inadimplemento de obrigação alimentar.

Essa disposição teve grande repercussão no ordenamento brasileiro na medida em que, a Constituição Federal admite duas exceções à proibição da prisão civil, que é a do devedor de alimentos e a do depositário infiel.

Uma vez ratificada a Convenção Americana pelo Brasil, como deveria ficar a questão da prisão civil do depositário infiel? Teria a Convenção força para ir de encontro à previsão constitucional, proibindo essa modalidade de prisão? Ou deveria prevalecer a disposição constitucional?

Quanto a esses questionamentos, o capítulo seguinte traçará todo o caminho percorrido pela jurisprudência brasileira até chegar à consolidação do seu atual posicionamento.

3 A PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A partir da análise de julgados do Supremo Tribunal Federal é possível compreender todo o processo de mudança que ocorreu na Corte desde a adesão do Brasil ao Pacto de San José da Costa Rica, no que diz respeito à prisão civil do depositário infiel.

Essencial nesse processo de mudança foi a aprovação da Emenda Constitucional nº 45/2004, que ao reconhecer a importância dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, fez o Supremo perceber a necessidade de se repensar o instituto da prisão civil, adequando-o às disposições contidas no Pacto.

3.1 Entendimento anterior à Emenda Constitucional nº45/2004

Conforme já exposto neste estudo, por ocasião do Recurso Extraordinário nº 80.004, decidido em 1977, o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que os tratados internacionais gozavam de status de lei ordinária.

Mesmo após o advento da promulgação da Constituição Federal de 1988, foi reiterado pela Corte a tese da paridade entre tratado e lei ordinária.

Por esse motivo, e aplicando o princípio de que norma posterior revoga norma anterior com ela incompatível, admitia-se que lei posterior, uma vez manifestando a vontade última do legislador, revogasse o disposto em um tratado internacional anterior.

Com a adesão do Brasil ao Pacto de San José da Costa Rica, por meio do Decreto-legislativo nº 27 de 1992, entrou em cena nova disposição acerca da prisão civil, que divergia do que dispunha a Constituição Federal no que diz respeito à questão da prisão do depositário infiel, uma vez que a última a admitia expressamente, enquanto o Pacto a proibia.

Embora ressalvasse apenas a prisão decorrente do inadimplemento de obrigação alimentar, não admitindo, portanto, a prisão do depositário infiel, não teve o Pacto de San José da Costa Rica força suficiente para ir de encontro à previsão constitucional, uma vez que gozava de hierarquia de lei ordinária.

Por esse motivo, o Supremo Tribunal Federal não vacilou em aplicar por muito tempo a prisão civil nos casos de infidelidade

depositária, inclusive nas hipóteses em que havia equiparação ao instituto do depósito, a exemplo da alienação fiduciária em garantia.

Trecho da Ementa do Habeas Corpus 72.131 – RJ (22.11.1995) permite constatar o entendimento àquele tempo adotado: “Nada interfere na questão do depositário infiel em matéria de alienação fiduciária o disposto no §7º do art. 7º da Convenção de San José da costa Rica”. Na ocasião, ficou firmado, conforme trecho do voto do Ministro Celso de Mello, que:

[...] A circunstância do Brasil haver aderido ao Pacto de San José da Costa Rica – cuja posição, no plano da hierarquia das fontes jurídicas, situa-se no mesmo nível de eficácia e autoridade das leis ordinárias internas – não impede o Congresso Nacional, em tema de prisão civil por dívida, aprove legislação comum instituidora desse meio excepcional de coerção processual [...]. Os tratados internacionais não podem transgredir a normatividade emergente da Constituição, pois, além de não disporem de autoridade para restringir a eficácia jurídica das cláusulas constitucionais, não possuem força para conter ou para delimitar a esfera de abrangência normativa dos preceitos inscritos no texto da Lei Fundamental.

Foi esse o posicionamento que prevaleceu em nossa Corte por muitas décadas, e que se pode constatar também em trecho da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.480, que teve como relator o Ministro Celso de Mello, de 4 de setembro de 1997:

Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre

estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa.

De igual modo, a Ementa do HC 79.785 – RJ, julgado em 29 de março de 2000, mostra que havia a: “prevalência da Constituição, no direito brasileiro, sobre quaisquer convenções internacionais, incluídas as de proteção aos direitos humanos, que impede [...] a pretendida aplicação da norma do Pacto de San José”.

O Supremo admitia inclusive que, em se tratando de depósito judicial, não era necessária a propositura de uma ação de depósito para que fosse decretada a prisão, podendo esta se dar no seio do próprio processo no qual se constituía o encargo. Esse entendimento vinha retratado na Súmula 619, que assim dispunha: “A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito”.

Foram aqui mencionados apenas alguns dos vários julgados que demonstram o entendimento que prevalecia na Suprema Corte; de que, mesmo após a adesão ao Pacto de San José da Costa Rica, persistia a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel, bem como:

[...] que o Pacto de São José da Costa Rica, além de não poder contrapor-se ao disposto no artigo 5º, LXVII, da mesma [Constituição](#), não derogou, por ser norma infraconstitucional geral, as normas infraconstitucionais especiais sobre prisão civil do depositário infiel (HC 79.870/SP, julg. 15.05.2000, *in DJU* de 20.10.2000).

Dominou esse posicionamento no Supremo Tribunal Federal até o advento da Emenda Constitucional nº45/2004, que veio trazer mudanças significativas à questão, conforme analisado no tópico seguinte.

3.2 Entendimento posterior à Emenda Constitucional nº45/2004

A aprovação da Emenda Constitucional nº45/2004 trouxe novos horizontes no que diz respeito ao tratamento dado pelo Supremo Tribunal Federal à questão da prisão civil do depositário infiel. Ao conferir status constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos aprovados em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos de votação e por três quintos dos votos, ficou demonstrado o caráter especial que esses diplomas apresentam, não mais se podendo admitir a tese que atribuía aos mesmos status de lei ordinária.

Foi a partir de então que se deu a guinada interpretativa do Supremo Tribunal Federal, quando este passou a julgar o tema da prisão civil de acordo com as disposições contidas no Pacto.

Afim de confirmar esta nova realidade, necessária se faz a análise de importante precedente para o tema, qual seja o Recurso Extraordinário 466. 343-1/SP (22.11.2006), em especial o voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, referência para quem estuda a fundo o conteúdo proposto por este trabalho.

O Recurso Extraordinário em questão, que teve como relator o Ministro Cezar Peluso, envolveu o Banco Bradesco S/A, que interpôs o Recurso em insatisfação à acórdão proferido em sede de apelação pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, em que este deixou de impor a pena de prisão civil ao devedor fiduciante, sob alegação de sua inconstitucionalidade. O recorrente alegou, com fulcro no art. 102, III, a, da CF, que houve violação ao artigo 5º, inciso LVII do mesmo diploma, que possibilita a prisão civil do devedor de alimentos e do depositário infiel.

Como já mencionado, emblemático foi o voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, em sessão do Plenário de 22 de novembro de 2006, merecendo, por esse motivo, exposição mais detalhada.

O Ministro inicia sua brilhante explanação tratando da controvérsia existente no nosso ordenamento jurídico em relação à prisão civil do depositário infiel, uma vez que tanto legislações mais avançadas, como o Pacto de San José da Costa Rica, ratificado

pelo Brasil, proíbem essa modalidade de prisão, admitindo apenas a prisão civil do devedor de alimentos.

Quanto a essa questão, interessante citar trecho do voto:

Com a ratificação pelo Brasil desta convenção, assim como do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, sem qualquer reserva, ambos no ano de 1992, iniciou-se um amplo debate sobre a possibilidade de revogação, por tais diplomas internacionais, da parte final do inciso LXVII do art. 5º da Constituição brasileira de 1988, especificamente, da expressão “depositário infiel”, e, por consequência, de toda a legislação infraconstitucional que nele possui fundamento direto ou indireto.

A fim de solucionar a controvérsia, Mendes entende por necessária a análise, já feita neste estudo, acerca da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos, discorrendo acerca das quatro correntes existentes a respeito do tema.

Quanto à tese da supraconstitucionalidade dos tratados, o Ministro acredita ser a mesma “incompatível com a realidade de Estados que, assim como o Brasil, estão fundados em sistemas regidos pelo princípio da supremacia formal e material da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico”.

Tratando da tese que atribui caráter constitucional aos tratados de direitos humanos, Mendes explica que os seus defensores “entendem que os §§1 e 2º do artigo 5º da Constituição caracterizar-se-iam, respectivamente, como garantes da aplicabilidade direta e do caráter constitucional dos tratados de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário”. Ele conclui, contudo, que essa tese acabou perdendo o sentido diante da promulgação da Emenda nº45/2004, uma vez que previu um

processo especial de aprovação dos Tratados Internacionais, não podendo os tratados anteriores que não obedeceram a esse rito, gozar de status constitucional.

Apesar de esvaziar a tese da constitucionalidade dos tratados, a promulgação da Emenda, por outro lado, destacou o caráter especial que possuem esses instrumentos internacionais, não podendo os mesmos continuar equiparados a leis ordinárias, posicionamento dominante no STF desde o julgamento do RE nº 80.004/SE. Nas palavras do Ministro:

É preciso ponderar [...] se no contexto atual, em que se pode observar a abertura cada vez maior do Estado constitucional a ordens jurídicas supranacionais de proteção de direitos humanos, essa jurisprudência não teria se tornado completamente defasada.

Ele menciona, ainda, a tendência contemporânea do constitucionalismo mundial de prestigiar as normas internacionais atinentes aos direitos humanos, apontando para uma necessária mudança na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Conclui que a tese mais adequada é aquela que atribui status de supralegalidade aos tratados e convenções internacionais de direitos humanos, mostrando que esse posicionamento já havia sido apresentado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, no julgamento do RHC nº79.785-RJ, em 2000.

Esses tratados não poderiam confrontar a Constituição Federal; no entanto, gozariam de caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, pois “equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana”.

Por fim, o Ministro Gilmar Mendes encerra essa etapa do seu voto com brilhante entendimento, a seguir explanado:

[...] Diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. 5º, inciso LXVII) não foi revogada pela ratificação do Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria, incluídos o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e o Decreto Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969. Tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada. É o que ocorre, por exemplo, com o art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº10.406/2002) [...].

Na visão de Mendes, portanto, não existiria mais base legal para a aplicação do dispositivo constitucional que admite a prisão civil do depositário infiel.

O posicionamento do Ministro foi acompanhado pelos demais membros da Suprema Corte, que passaram a manifestar-se também pela inadmissibilidade da prisão civil na infidelidade depositária.

Curiosa a informação fornecida por Piovesan (2008, p. 74), de que até novembro de 2006, oito dos onze Ministros do

Supremo haviam se manifestado pela inconstitucionalidade da prisão do devedor em tratando-se de alienação fiduciária. Em contrapartida, no ano de 1995, por ocasião do julgamento do HC 72.131-RJ, oito dos onze ministros entenderam pela possibilidade da prisão civil por dívida, tendo em vista a paridade hierárquica entre tratado e lei federal.

Pertinente mencionar também o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do Habeas Corpus 87.585-8/TO (03.12.2008), relatado pelo Ministro Marco Aurélio, onde desafiou-se a legitimidade de ordem de prisão, por 60 dias, decretada em virtude do não adimplemento de obrigação contratual por parte do paciente, quando intimado a entregar o bem depositado. Da seguinte forma dispõe segmento da Ementa referente ao Habeas Corpus em questão: “DEPOSITÁRIO INFIEL – PRISÃO. A subscrição pelo Brasil do Pacto de San José da Costa Rica [...] implicou a derrogação das normas estritamente legais referentes à prisão do depositário infiel”.

Na ocasião foi discutida com profundidade a questão da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos. Apesar de prevalecente a tese da supralegalidade desses tratados, interessante observar que não foi caso de unanimidade, uma vez que os Ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Ellen Gracie e Eros Grau, conferiram aos tratados de direitos humanos status constitucional. É o que se poder depreender de trecho do voto proferido pelo Ministro Celso de Mello:

É preciso ressaltar, no entanto, como já precedentemente enfatizado, as convenções internacionais de direitos humanos celebradas antes do advento da E.C nº45/2004, pois, quanto a elas, incide o §2º do art. 5º da Constituição, que lhes confere natureza materialmente constitucional, promovendo a

sua integração e fazendo com que se subsumam mesmo à noção de bloco de constitucionalidade.

É essencial asseverar que, independentemente da tese admitida a respeito da posição hierárquica das convenções de direitos humanos, se a da constitucionalidade ou a da supralegalidade, tendo em vista a disposição do art. 7º, 7, do Pacto de San José da Costa Rica, não existe mais base legal para a aplicação da prisão civil do depositário infiel. É nesse sentido que Mello continua o seu voto:

Independentemente da orientação que se venha a adotar, [...] a conclusão será, sempre, uma só: a de que não mais subsiste, em nosso sistema de direito positivo interno, o instrumento da prisão civil nas hipóteses de infidelidade depositária, cuide-se de depósito convencional (voluntário), ou trate-se de depósito necessário.

Diante da opção do Supremo pela inadmissibilidade da modalidade de prisão em debate, desprovida de sentido restou a aplicação da Súmula 619, do STF, que, conforme já disposto, continha a seguinte redação: “A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito”. Por esse motivo, foi a súmula expressamente revogada quando do julgamento do Habeas Corpus 92.566/SP (02.12.2008), que teve como relator o Ministro Marco Aurélio.

Em contrapartida, em 16 de dezembro de 2009, foi acolhida e aprovada, por unanimidade, a proposta de edição da Súmula Vinculante nº25, que encontra-se em nosso ordenamento jurídico com o seguinte texto: “É ilícita a prisão civil do depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito”.

Interessante mencionar que o Superior Tribunal de Justiça, seguindo os passos da Corte, veio a aprovar em 2010 a Súmula 419, que enuncia: “Descabe a prisão civil do depositário judicial infiel”.

A edição das mencionadas súmulas veio como uma confirmação do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal após anos de discussão, a confirmação de que os direitos humanos devem prevalecer e de que a liberdade constitui valor fundamental em nosso sistema pátrio.

Por fim, cabe citar ensinamento do professor Luiz Flávio Gomes, em artigo que retrata o tema:

Em síntese: a nova postura jurisprudencial do STF finca suas raízes em novos tempos, em novos horizontes: a era da internacionalização dos direitos humanos já não pode ser (jurassicamente) ignorada. No Estado constitucional e humanista de direito não cabe prisão civil contra o depositário infiel, qualquer que seja esse depositário (judicial ou não). A única prisão civil admitida pelo direito internacional é a relacionada com alimentos. Conclusão: é a única que vale hoje no direito interno brasileiro (ou seja: a única que ainda faz parte do direito “vivente”).

3.3 Da Mutação Constitucional

De tudo o que foi dito,   possível constatar que embora o texto constitucional encontre-se intacto, prevendo as exce oes da prisão civil do devedor alimentício e do depositário infiel, não mais se admite em nosso país esta última modalidade.   que se vive numa época em que a prote o aos direitos humanos se mostra essencial,

em que os Estados encontram-se voltados para a comunidade internacional, devendo obediência àquilo que com ela foi acordado.

A Constituição Federal não pode se manifestar como um documento estático, morto, que fica para trás enquanto a realidade, a consciência e os costumes, seguem adiante. Trata-se, em verdade, de um organismo vivo, que torna necessárias mudanças que visem adaptá-la às novas realidades e aspirações da sociedade.

Para que haja as devidas mudanças na Constituição, contudo, não necessariamente deve haver alterações em seu texto escrito. Ao lado dos tipos formais de reforma constitucional, quais sejam a revisão e as emendas constitucionais, existe também a possibilidade de mudança informal.

Neste caso, presencia-se a alteração de sentido da norma constitucional, do modo de interpretá-la, sem que isso implique alteração em seu texto; trata-se do fenômeno da mutação constitucional, vislumbrada, em especial e no caso em estudo, no seio da atividade judicial, atribuindo os juízes e Tribunais novos sentidos ao texto constitucional quando de sua aplicação aos casos concretos.

Bulos (1997, p. 57) entende que a mutação constitucional é:
[...] o processo informal de mudança da Constituição, por meio do qual são atribuídos novos sentidos, conteúdos até então não ressaltados à letra da *Lex Legum*, quer através da interpretação, em suas diversas modalidades e métodos, quer por intermédio da construção (*construction*), bem como dos usos e costumes constitucionais.

O mesmo autor, em sua brilhante obra “Mutações Constitucionais”, cita o mestre Canotilho, que entende ser a mutação constitucional uma "revisão informal do compromisso político formalmente plasmado na Constituição sem alteração do texto

constitucional. Em termos incisivos: muda o sentido sem mudar o texto" (BULOS, 1997, p. 57).

Também tentando oferecer noções acerca do instituto, Lenza (2009, p. 90) acredita que as mutações constitucionais:

[...] exteriorizam o caráter dinâmico e de prospecção das normas jurídicas, através de processos informais. Informais no sentido de não serem previstos dentre aquelas mudanças formalmente estabelecidas no texto constitucional.

Ao exercerem essa alteração informal na Constituição, os juízes e Tribunais dão nova vida ao seu conteúdo, tornando-a documento condizente com os novos contextos em que a sociedade se insere.

Sem que haja qualquer adaptação, a Constituição finda por não exercer qualquer forma de concretização no meio social, não passando de uma mera folha de papel (LASSALE, 1998, p. 21)

Importante asseverar que o fenômeno da mutação constitucional não quer significar que houve erro quando da interpretação da Constituição em julgamentos passados. Não se está diante de uma correção interpretativa, mas de uma adaptação. Valores que eram admitidos em contextos sociais anteriores já não o são mais, tornando-se necessária essa nova atribuição de sentido ao texto constitucional. Sobre isso afirma o Ministro Gilmar Mendes, em voto proferido no Recurso Extraordinário 466.343-1 (22.11.2006):

A afirmação da mutação constitucional não implica o reconhecimento, por parte da Corte, de erro ou equívoco interpretativo do texto constitucional em julgados pretéritos. Ela

reconhece e reafirma, ao contrário, a necessidade da contínua e paulatina adaptação dos sentidos possíveis da letra da Constituição aos câmbios observados numa sociedade que, como a atual, está marcada pela complexidade e pelo pluralismo.

Especificamente na questão do depositário infiel, interessante o apontamento feito pelo Ministro Celso de Mello, em voto proferido no Habeas Corpus 91.361/SP (23.09.2008):

O alcance das exceções constitucionais à cláusula geral que veda, em nosso sistema jurídico, a prisão por dívida pode sofrer mutações, quer resultantes da atividade desenvolvida pelo próprio legislador comum, quer emanadas de formulações em sede de convenções ou tratados internacionais, quer, ainda, ditadas por juízes e Tribunais, no processo de interpretação da Constituição e de todo o complexo normativo nela fundado. Isso significa que a interpretação judicial [...] desempenha um papel de fundamental importância, não só na revelação do sentido das regras normativas, mas sobretudo na adequação da própria Constituição às novas exigências, necessidades e transformações decorrentes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam a sociedade contemporânea.

Fez-se necessária uma mudança de sentido em relação à previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel, uma vez que esse tipo de prisão não correspondia mais aos anseios de uma

sociedade cada vez mais preocupada como ser humano e com a obediência aos tratados internacionais firmados.

Nesse sentido expõe brilhantemente o Ministro Gilmar Mendes:

A prisão civil do depositário infiel não mais se compatibiliza com os valores supremos assegurados pelo Estado Constitucional, que não está mais voltado apenas para si mesmo, mas compartilha com as demais entidades soberanas, em contextos internacionais e supranacionais, o dever de efetiva proteção dos direitos humanos (RE. 466.343-1, julg. 22.11.2006).

Os tempos mudam, a sociedade se transforma e os valores se alteram. É confortante saber que os aplicadores do direito encontram-se abertos a acolher as emergentes mudanças, mantendo a Constituição Federal documento vivo e eficaz.

5 CONCLUSÃO

No decorrer deste texto foi abordada a influência que o Pacto de San José da Costa Rica exerceu no Supremo Tribunal Federal, no que tange à questão da prisão civil. Foi aqui exposto todo o caminho percorrido pela Corte até chegar ao seu atual posicionamento.

Após serem compreendidos elementos essenciais ao estudo do tema, tais como a evolução e a conceituação do instituto da prisão civil, linhas gerais acerca do contrato de depósito, bem como do que vem a ser a infidelidade depositária, foi possível adentrar na seara dos direitos humanos.

Mostrou-se como a Constituição Federal de 1988 optou pela prevalência dos direitos humanos, seja através da previsão da dignidade humana como fundamento do Estado brasileiro, ou

através de norma que revela a aplica o imediata dos direitos e garantias fundamentais, e, ainda, com a edi o da Emenda Constitucional 45/2004, através da atribui o de status de emenda constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos aprovados de acordo com o procedimento previsto. Analisou-se, após estudo da hierarquia dos tratados em nosso ordenamento, o Pacto de San José da Costa Rica e suas principais peculiaridades, bem como o tratamento dado pelo mesmo   prisão civil.

Viu-se que, ao excepcionar apenas a prisão do devedor de alimentos   proibiu o da prisão civil, a Conven o Americana foi de encontro ao que dispunha a Constitui o Federal, que também excepcionava a hipótese de prisão do depositário infiel. Mostrou-se como o Supremo Tribunal Federal lidou com esse dilema, e toda a discussão que foi travada até chegar ao atual posicionamento, qual seja, o da proibiu o da prisão civil do depositário infiel.

Verificou-se, enfim, que foi dada prevalência aos direitos humanos, e firmado entendimento mais condizente com a realidade hoje vivenciada, na qual se busca assegurar ao homem valores supremos, tais como a liberdade.

Foi possível perceber a importância de se ter uma Constitui o dinâmica, que a cada tempo busca adaptar-se às novas realidades e anseios sociais, cabendo muitas vezes aos aplicadores do direito a tarefa de revelar novos sentidos contidos no texto constitucional.

REFERÊNCIAS

ASSOCIA O BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. ABNT NBR 14724: informa o e documenta o – trabalhos acad micos - apresenta o. Rio de Janeiro, 2011.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Prisão civil por dívida. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil (promulgada em 5 de outubro de 1988). São Paulo: Saraiva, 1989, v. 2.

BEZERRA, Paulo Cesar Santos. Mutação constitucional: os processos mutacionais como mecanismo de acesso à justiça. Disponível em: <http://www.sefaz.pe.gov.br/flexpub/versao1/filesdirectory/sessio ns579.pdf>. Acesso em: 2 mar. 2013.

BULOS, Uadi Lammêgo. Mutação constitucional. São Paulo: Saraiva, 1997.
CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 6 ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CHIAPINNI, Carolina Gomes. Reflexos da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados no Ordenamento Jurídico Brasileiro, 2011. Disponível em: http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile /254/234. Acesso em: 20 fev. 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. Novo curso de direito civil – Contratos em Espécie. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v.4, t.2.

GARCIA, Ariovaldo Stropa. A história da prisão civil por dívida, 2001. Disponível em: http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/18406/A_hist %F3ria_da_pris_%E3o_civil_por_d%EDvida.pdf?sequence=2. Acesso em: 13 de fev. 2013

GOMES, Luiz Flávio. Súmula Vinculante 25 do STF: Impossível a prisão civil do depositário infiel. Disponível em:http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20100213164113915&mode=print. Acesso em: 17 fev. 2013.

GOMES, Orlando. Contratos. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

GONÇALVES, CARLOS ROBERTO. Direito civil brasileiro– Contratos e atos unilaterais. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. Hierarquia dos tratados internacionais em face do ordenamento jurídico interno. Um estudo sobre a jurisprudência do STF. Teresina: Jus Navigandi, 2007. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/10491>. Acesso em: 15 fev. 2013.

LASSALLE, Ferdinand. A essência da Constitui o. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARMITT, Arnaldo. Prisão civil por alimentos e depositário infiel: de acordo com a nova Constitui o. Rio de Janeiro: Aide, 1989.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Direito internacional: Tratados e direitos humanos fundamentais na ordem jurídica brasileira. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.

_____. A op o do Judiciário brasileiro em face dos conflitos entre Tratados Internacionais e Leis Internas. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/textos/a_pdf/mazzuoli_judiciario_leis_nac_intern.pdf. Acesso em: 10 fev. 2013.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. Curso de direito internacional público. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1979

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. Direito internacional público e privado, incluindo noções de direitos humanos e de direito comunitário. 2. ed. Salvador: Jus Podium, 2010.

QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. Prisão civil e os direitos humanos. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

REZEK, Francisco. Direito internacional público, curso elementar. 11.ed.São Paulo: Saraiva, 2008.

RODRIGUES, Silvio. Direito civil– Dos contratos e das declarações unilaterais de vontade, volume 3. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.v. 3.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

NOTAS:

[1] “[...] se um credor se queixasse por não ter recebido uma soma emprestada e retida pelo devedor, era este obrigado a pagá-la ao mesmo credor, se este provasse seu crédito. Poderia, então, o credor usar dos meios admitidos, na prática, para forçar seu recebimento, fosse por meios morais, processuais, astuciosos, embaraçosos ou, mesmo, violentos”. (AZEVEDO, 2012, p. 4)

[2] Dentre os seus elementos, pode-se mencionar: a) os sujeitos depositante (*deponens*) e depositário (*depositarius*); b) a entrega de

objeto m ovel, em que bastava a *possessio naturalis*; c) a finalidade de guarda gratuita; d) a concordância pela devolu o da coisa quando solicitada (AZEVEDO, 2012, p. 55)

[3] “Até então, as Constitui es anteriores   de 1988, ao estabelecer tratamento jurídico às rela es internacionais, limitavam-se a assegurar os valores da independência e soberania do País – tema básico da Constitui o imperial de 1824 – ou se restringiam a proibir a guerra de conquista e a estimular a arbitragem internacional – Constitui es republicanas de 1891 e de 1934 -, ou se atinham a prever a possibilidade de aquisi o de território, de acordo com o direito internacional público – Constitui o de 1937 -, ou por fim, reduziam-se a propor a ado o de meios pacíficos para a soluço de conflitos – Constitui es de 1946 e 1967” (PIOVESAN, 2008, p. 38).

[4] Quanto a esse posicionamento, Philadelpho Azevedo, então Ministro da Excelsa Corte, publicou, em 1945, comentário no qual demonstrava a convic o unânime da Corte, àquela época, quanto   prevalência dos tratados internacionais sobre o direito interno infraconstitucional (MAZZUOLI, 2001, p.131).

[5] São eles: Argentina, Barbados, Bolívia, Brasil, Chile, Col mbia, Costa Rica, Dominica, Equador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Jamaica, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Suriname, Uruguai, Trinidad & Tobago e Venezuela, tendo os dois últimos apresentado denúncia (Disponível em: <http://www.oas.org>).

OS PRINCÍPIOS DO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

TÁSSIO LAGO GONÇALVES: Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.

Resumo: O presente artigo tem por objetivo analisar os princípios no Direito Processual do Trabalho. Em razão do neoconstitucionalismo, os princípios adquiriram uma grande importância na ordem jurídica nacional, possuindo força normativa, sendo imprescindível ao intérprete do Direito o conhecimento dos postulados específicos no ramo processual trabalhista, a fim de se garantir uma efetiva e justa prestação jurisdicional.

Palavras-chave: Direito Processual do Trabalho. Princípios específicos. Neoconstitucionalismo. Prestação Jurisdicional.

1. INTRODUÇÃO

O princípio é onde se começa algo, é o início, a origem. José Cretella Jr. Afirma que “princípios de uma ciência são as preposições básicas, fundamentais típicas que condicionam todas as estruturas subsequentes. Princípios, nesse sentido, são alicerces da ciência. Todas as ciências precisam de princípios para fundamentar, embasar as decisões e posicionamentos a serem adotados. Sendo assim, os princípios ocupam lugar de relevância no ordenamento jurídico, sendo que o descumprimento aos mesmos pode acarretar consequências jurídicas tais como a nulidade de um ato jurídico.

Celso Antônio Bandeira de Mello pontua que princípio “é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e racionalidade de sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico”.

Com base na importância dos princípios como fonte do direito e balizador da interpretação das normas, e com o advento do neoconstitucionalismo, que atribui força normativa aos princípios, faz-se necessário tecer algumas considerações em relação a alguns dos principais postulados presentes no Direito Processual do Trabalho.

2. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DO HIPOSSUFICIENTE

É o verdadeiro princípio do processo do trabalho, sendo que este se traduz na interpretação mais favorável das regras ao empregado. Este princípio é de tal importância que não se resume tão somente ao âmbito nacional, possuindo então alcance internacional.

Sérgio Pinto Martins exemplifica a aplicação deste princípio dizendo “temos como exemplos: a gratuidade do processo, com a dispensa do pagamento das custas (§3º do art. 790 da CLT), beneficiando o empregado, nunca o empregador. Da mesma forma, a assistência judiciária gratuita é concedida apenas ao empregado pelo sindicato e não ao empregador. Em muitos casos, é invertido o ônus da prova ou são aceitas presunções que só favorecem o empregado, em nenhuma oportunidade o empregador.

3. PRINCÍPIO DA CONCENTRAÇÃO DOS ATOS PROCESSUAIS

Prega que, em regra, todas as provas devem ser oferecidas na audiência de instrução e julgamento. “Este princípio decorre da aplicação conjunta de vários princípios procedimentais destinados a regular e orientar a apuração de provas e a decisão judicial em uma única audiência”. O princípio está explícito no art. 849 da CLT:

Art. 849 - A audiência de julgamento será contínua; mas, se não for possível, por motivo de força maior, concluí-la no mesmo dia, o juiz ou presidente marcará a sua continuação para a primeira desimpedida, independentemente de nova notificação.

4. PRINCIPIO DA ORALIDADE

É a busca de meios para resolver o mais rápido o litígio, para isso, nos atos processuais há predomínio da palavra oral sobre a escrita. O princípio da oralidade encontra aplicação, de início, pela previsão expressa de reclamação verbal, que é tratada pelo art. 840 §2º, da CLT:

Art. 840 - A reclamação poderá ser escrita ou verbal.

§ 1º - Sendo escrita, a reclamação deverá conter a designação do Presidente da Junta, ou do juiz de direito a quem for dirigida, a qualificação do reclamante e do reclamado, uma breve exposição dos fatos de que resulte o dissídio, o pedido, a data e a assinatura do reclamante ou de seu representante.

§ 2º - Se verbal, a reclama o será reduzida a termo, em 2 (duas) vias datadas e assinadas pelo escrivão ou secretário, observado, no que couber, o disposto no parágrafo anterior

Como bem salienta Carlos Henrique Bezerra Leite: “Outra manifesta o do princípio na seara laboral se revela em audiência, oportunidade em que as partes se dirigem direta e oralmente ao magistrado propiciando diversos debates orais (requerimentos, contraditas, razoes finais, protestos, etc.), sendo que, também oralmente, o magistrado, via de regra, resolve as questões surgidas em audiência, mediante registro em ata”.

5. PRINCIPIO DA CONCILIA O

O princípio da concilia o encontrava fundamento expreso nas Constitui es Brasileiras de 1946, de 1967, de 1969 e na reda o da carta original de 1988. Todas essas normas previam a competência da Justiça do Trabalho para conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos. Com o advento da emenda constitucional de n. 45/04, que deu nova reda o ao art. 114 da CF, houve a supressão do termo “conciliar e julgar”, cabendo agora a Justiça do Trabalho processar e julgar.

Carlos Henrique Bezerra Leite pontua:

“Embora o princípio da concilia o não seja exclusividade do processo laboral , parece-nos que   aqui que ele se mostra mais evidente, tendo inclusive um *inter procedimentalispeculiar*”

Art. 764 - Os dissídios individuais ou coletivos submetidos à apreciação da Justiça do Trabalho serão sempre sujeitos à conciliação.

§ 1º - Para os efeitos deste artigo, os juízes e Tribunais do Trabalho empregarão sempre os seus bons ofícios e persuasão no sentido de uma solução conciliatória dos conflitos.

§ 2º - Não havendo acordo, o juízo conciliatório converter-se-á obrigatoriamente em arbitral, proferindo decisão na forma prescrita neste Título.

§ 3º - É lícito às partes celebrar acordo que ponha termo ao processo, ainda mesmo depois de encerrado o juízo conciliatório.

O art. 831 da CLT estabelece uma condição intrínseca para a validade da sentença trabalhista, ao estabelecer que:

“Art. 831 - A decisão será proferida depois de rejeitada pelas partes a proposta de conciliação.”

Há no procedimento comum ordinário trabalhista dois momentos obrigatórios para a proposta de conciliação, sendo que o primeiro ocorre na abertura da audiência e o segundo ocorre após o término da instrução e das razões finais pelas partes.

6. PRINCIPIO DO *JUS POSTULANDI*

Na justiça do trabalho, as partes detêm *ius postulandi*, ou seja, a capacidade de ingressar em juízo com ação, independentemente da constituição de advogado, principalmente

em função da hipossuficiência do trabalhador, que não tem condições de contratar um advogado. O art. 791 da CLT diz que não só o empregado, como também o empregador ajuizarem a ação pessoalmente e acompanhem os demais trâmites do processo.

7. PRINCIPIO DA SUBSIDIARIEDADE

O direito processual civil é fonte de complemento da jurisdição trabalhista, ou seja, quando a consolidação das leis trabalhistas for omissa em relação à determinada matéria.

8. PRINCIPIO DA JURISDIÇÃO NORMATIVA (NORMATIZAÇÃO COLETIVA)

A Justiça do Trabalho brasileira é a única que pode exercer o poder normativo que se traduz na possibilidade de criação de normas e condições gerais e abstratas, proferindo sentenças normativas com eficácia *ultra partes*, que terão seus efeitos irradiados para contratos individuais dos trabalhadores integrantes da categoria profissional representado pelo sindicato que ajuizou a ação.

Ressalta Bezerra Leite:

O princípio da normalização coletiva não é absoluto, pois encontra limites na própria Constituição, nas leis de ordem pública de proteção ao trabalhador (CF, art. 7º, arts. 8º e 444) e nas cláusulas previstas em convenções e acordos coletivos que disponham sobre condições mínimas de determinada categoria profissional (CF, art. 7º, XXVI)

9. PRINCÍPIO DO ÔNUS DA PROVA

O direito processual do trabalho trata do ônus da prova no art. 818 da CLT, in verbis:

Art. 818 CLT: A prova das alegações incumbe á parte que as fizer

O art. 333 do CPC trata mais especificamente dizendo:

Art. 333 - O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

O CPC é usado, pois há a omissão do texto consolidado, e como não há qualquer incompatibilidade, utiliza-se o CPC de forma supletiva.

Bezerra Leite pontua que: “nas ações trabalhistas submetidas ao procedimento sumaríssimo, há franca abertura para o juiz do trabalho operacionalizar a aplicação da inversão do ônus da prova.”

Art. 852-D. O juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, considerado o ônus probatório de cada litigante, podendo limitar ou excluir as que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias, bem como para apreciá-

las e dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica.

10. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO

O princípio da proteção do trabalhador no âmbito do Processo do trabalho busca satisfazer em alcançar, em última instância, o princípio da isonomia. Isonomia traduz-se em tratar desigualmente os desiguais, para assim se alcançar a igualdade. No que toca ao princípio da proteção, este está consubstanciado em se compensar a desigualdade existente no âmbito econômico com uma desigualdade jurídica em sentido oposto.

Dessa forma, tratando empregado e empregador diferentemente, compensar-se-ia a desigualdade existente. No caso, a própria lei confere a desigualdade no plano processual.

Esse princípio pode ser demonstrado através da isenção do pagamento de custas, inversão do ônus da prova, exigência do depósito recursal apenas em face do empregador, dentre outros fatos.

11. PRINCÍPIO DA FINALIDADE SOCIAL

De acordo com o princípio da finalidade social, ao Juiz é dado ter uma atuação ativa no sentido de auxiliar o trabalhador em busca de uma solução justa, até o momento de proferimento da sentença.

Tal princípio se coaduna e harmoniza com o princípio da proteção, referido anteriormente. Assim é dado ao juiz, na aplicação da lei, corrigir uma injustiça criada por ela própria.

Previsão expressa na Lei de Introdução ao Código Civil, que se aplica a todo o ordenamento jurídico, o art. 5º do mesmo reverbera:

Art. 5º LICC: Na aplicação da lei, o Juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

12. PRINCÍPIO DA BUSCA DA VERDADE REAL

Tal princípio decorre do princípio da Primazia da Realizada, presente do Direito do Trabalho.

Assim, deve-se buscar sempre a realidade dos fatos, em detrimento da verdade formal ou processual. As provas devem ser valoradas pelo juiz, de modo a se configurar como mais adequada aquela que esteja mais próxima da realidade, que possibilite com maior destreza a sua demonstração.

13. OUTROS PRINCÍPIOS NO PROCESSO DO TRABALHO

Muitos são os princípios aplicáveis ao Processo do Trabalho, alguns consagrados na Constituição Federal, outros aplicáveis também ao Processo Civil.

Como exemplo destes, pode-se falar do princípio da simplicidade. Este relaciona-se diretamente com o princípio da instrumentalidade das formas, no qual o importante é o fim a ser alcançado, independentemente da forma utilizada.

O princípio da Celeridade possui grande importância no Processo Trabalhista em razão do caráter alimentícia da contraprestação trabalhista.

14. CONCLUSÃO

Os princípios possuem elevada importância em todos os ramos do Direito, principalmente com o advento do neoconstitucionalismo, e no Processo do Trabalho tal preceito não poderia ser diferente. Apesar de haver uma grande quantidade de princípios existentes no ordenamento jurídico, enquanto que muitos deles se aplicam a mais de um ramo do Direito, outros são específicos de uma determinada área.

No Processo do Trabalho, há alguns princípios próprios, que, em razão da natureza da relação trabalhista,

possuem uma relevância não apenas no âmbito individual, como também no coletivo/social.

Assim, entender a importância dos princípios e a aplicação prática é tarefa dos operadores do direito em sua vida profissional, tudo com vista a garantir a efetiva e justa prestação jurisdicional.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso em 15 de março de 2016.

_____. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso em 15 de março de 2016.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição de 1988**, vol. VI, 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2009.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Manual de Direito do Trabalho**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Tratado de Direito Material do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2007.



www.conteudojuridico.com.br

O DINAMISMO INTERPRETATIVO DO DISCURSO JURÍDICO: UMA ANÁLISE DA DECISÃO DO STF SOBRE O RACISMO ANTISSEMITA A PARTIR DE BAKHTIN, HEIDEGGER E HUSSERL

BRUNA DE CARVALHO CHAVES PEIXOTO: advogada e mestranda da UFPE em filosofia da linguagem.

RESUMO: O Direito como linguagem se constrói, bem como se manifesta, a partir de enunciados, que são os discursos jurídicos, sejam eles as leis, as normas, os princípios ou, até mesmo, as decisões. Sendo assim, depende de interpretação para adquirir significado e, conseqüentemente, cumprir seu papel de instrumento da justiça e de organização da sociedade. Como linguagem, portanto, os enunciados do Direito não são neutros, sendo imperiosa uma análise dialógica e fenomenológica, para se aplicar adequadamente o Direito à realidade de fato vivida. O objetivo deste trabalho é analisar, tomando como base teórica o dialogismo bakhtiniano, a fenomenologia de Husserl e a hermenêutica de Heidegger, a aplicação do Direito na decisão do STF sobre o racismo. Para tanto, a metodologia consiste na leitura da decisão do HC 82424 e da bibliografia pertinente, a fim de observar a legitimidade da decisão perante da sociedade.

Palavras-chave: direito. linguagem. dialogismo. fenomenologia.

ABSTRACT: The Law as a language is built, and manifested, from statements that are the legal speeches, that being laws, rules, principles or even decisions. That being said, it depends on interpretation to have meaning and, consequently, fulfill its role as

justice's tool and in the organization of society. Therefore, as a language, the statements of Law aren't neutral, a dialogic and phenomenological analysis is essential to accordingly enforce the Law to the reality we live in. The purpose of this paper is to analyze the enforcement of the Law in STF's decision on racism taking the Bakhtin's dialogism, Husserl's phenomenology and Heidegger's hermeneutics as theoretical basis. To accomplish this, the methodology consists in reading the HC 82424's decision and the relevant bibliography, in order to observe the legitimacy of this decision to society.

Key words: law. language. dialogism. phenomenology.

INTRODU O

Como já se há muito aceita, sobretudo após o advento da pós-modernidade e de seu marco filosófico – o pós-positivismo, o Direito   visto por alguns estudiosos como linguagem, como algo a ser construído diante da necessidade do caso concreto, como uma resposta única e particular para cada situa o referente   realidade de fato vivida. O Direito, portanto, não se resume aos textos secos, abstratos e gerais das leis, mas está, além disto, abarcando os princípios, os valores essenciais da sociedade, os costumes, o senso comum de justiça e, portanto, o contexto social, histórico e ideológico e ainda as decisões dos juízes e tribunais deste país, que formam os precedentes, isto  , a consciência histórica do Poder Judiciário.

Sendo assim, por não mais se admitir a mera subsun o do fato   norma,   que importa compreender o trabalho dos intérpretes do Direito, com o objetivo de desvendar os móveis de determinada decisão quando diante do caso concreto, ou seja, da realidade de fato vivida, do acontecimento do ser, um evento único e irrep t vel.

Antes mesmo de os operadores do Direito, depois da 2ª Guerra Mundial, terem se preocupado com sua aplicação mais justa, abandonando a legalidade estrita, o positivismo puro e passando a considerar a individualidade da situação, a mutabilidade da sociedade, a complexidade das relações intersubjetivas, alguns filósofos já tratavam da hermenêutica, da fenomenologia, do ser-aí ocasional, da realidade de fato vivida, do evento único[1]. Sob a influência do positivismo puro, isto é, a aplicação da lei pura, sem influência de valores morais, o Direito acabava por legitimar situações absurdas, incoerentes, muitas vezes contrárias ao sentimento comum de justiça, de necessidade da sociedade e contrárias até mesmo ao sentido do que a lei visava a proteger.

No entanto, esta mencionada pureza do discurso jurídico que se pretendia com o Direito teve sua justificativa à época, em virtude da urgência de submeter todos a uma mesma ordem, sem favorecimentos, isto é, urgia a limitação do poder dos governantes. Seguidamente a este contexto, contudo, uma nova realidade demandava não apenas a segurança jurídica das leis gerais e abstratas às quais todos estariam submetidos, mas também demandava justiça, equidade, através de respostas adequadas a cada realidade de fato vivida, exigindo-se dos intérpretes do Direito um trabalho mais complexo de interpretação das leis de acordo com fatores extralinguísticos –ou seja- o contexto social, histórico e ideológico, bem como a consciência histórica.

Destarte, o objetivo do presente trabalho é mostrar o dinamismo da interpretação na linguagem jurídica. Deseja-se mostrar a influência do contexto histórico, cultural, político, social e ideológico no discurso jurídico, isto é, como o discurso é construído ou moldado por estes fatores, que devem ser levados em consideração ao se interpretar o Direito, bem como se almeja demonstrar que, ao mesmo tempo em que o discurso é construído neste cenário, o

Direito pode igualmente mudar a realidade, operando uma verdadeira mudança social, buscando a justiça.

Neste sentido, o Direito, para ser aplicado, precisa ser interpretado e daí a importância da hermenêutica, consoante explica Heidegger^[2], senão veja-se:

A hermenêutica tem como tarefa tornar acessível o ser-aí próprio em cada ocasião em seu caráter ontológico do ser-aí mesmo, de comunica-lo, tem como tarefa aclarar essa alienação de si mesmo de que o ser-aí é atingido. Na hermenêutica configura-se ao ser-aí como uma possibilidade de ver a compreender-se e de ser essa compreensão.

(...)

A hermenêutica não é um modo artificialmente concebido de análise que é imposta ao ser-aí e perseguido por curiosidade. Se considerado a partir da própria facticidade, deve-se determinar quando e em que medida ela solicita a interpretação proposta. Assim, pois, a relação entre hermenêutica e facticidade não é a mesma que se dá entre a apreensão da objetualidade e a objetualidade apreendida, à qual aquela somente teria de ajustar-se, mas o interpretar mesmo é um como possível distintivo do caráter ontológico da facticidade. A interpretação é algo cujo ser é o ser da própria vida fática.

É esta, portanto, a atividade precípua do intérprete do Direito e que, neste trabalho, será analisada a partir da decisão do Supremo Tribunal Federal, sobre o racismo, o HC 82424, na qual,

diante do caso concreto, da facticidade, levado à Suprema Corte, os ministros, por maioria, decidiram ampliar o conceito de racismo para abranger um evento de discriminação e propagação do discurso de ódio contra um grupo minoritário da sociedade, que sempre sofreu com a estigmatização, os judeus.

Pela análise da decisão, que se fundamentou, sobretudo, na interpretação do art. 5º, XLII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que determina que esta prática é considerada crime imprescritível e inafiançável, bem como se baseou no contexto sócio político e ideológico, buscando uma resposta justa à faticidade consubstanciada nas publicações de um livreiro que propagavam o ódio contra os judeus, a repulsa contra um povo, o que o Estado Democrático de Direito deve coibir, a fim de que se mantenha a ordem, a paz e que, nas palavras de Bobbio, as pessoa se sintam à vontade no mundo.

Percebe-se, portanto, que a justiça, a paz social, está não somente na segurança jurídica que se garantia através da mera subsunção do fato à literalidade da lei. O trabalho dos intérpretes é mais complexo, devendo-se atentar tanto para as vozes sociais que atravessam as leis e indicam seu sentimento de proteção, quanto para as vozes sociais que esperam uma decisão do STF.

No Direito, pois, considerando o dialogismo bakhtiniano, os discursos não são neutros, sendo atravessados por diversas vozes sociais inseridas em um cenário composto por fatores extralinguísticos já mencionados, e tudo isso se materializa na decisão ora analisada depois das ponderações do STF. É por isso que se diz que ao mesmo tempo em que o contexto é determinante em relação ao discurso, ele é igualmente modificado por este último, uma vez que uma decisão poderá influenciar na resolução de outros possíveis casos, além de transformar a consciência da coletividade para, neste caso do racismo, ter uma visão ampliada deste crime e,

a partir de então, de certa forma impor um maior cuidado, um maior respeito nas relações sociais.

Consoante pensa Husserl^[3], em A crise das ciências europeias e a fenomenologia transcendental, p. 141, não é possível sustentar a imutabilidade, a generalidade, dos conceitos quando confrontados com o mundo onde se vive. Eis o que explica o filósofo:

O mundo onde se vive, que assume em si sem mais todas as configurações (mesmo as ciências objetivas como fatos culturais na abstenção de tomar parte nos seus interesses), está certamente referido, no curso mutável das relatividades, à subjetividade.

Sendo assim, analisando dialogicamente a decisão em sede de *habeas corpus*, pretende-se verificar a justiça a que se chegou, a partir do que Bakhtin chama de atividade responsiva, ato responsável, realidade de fato vivida, em conjunto com a hermenêutica da faticidade de Heidegger e a fenomenologia de Husserl. O objetivo, pois, é verificar a legitimidade desta decisão do STF, diante das outras possibilidades e do contexto sócio histórico ideológico.

1. DA INTERPRETAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Primeiramente, cumpre elucidar que a atividade exercida pelo Supremo Tribunal Federal - STF, como a mais alta instância do Poder Judiciário, consiste – consoante a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – na interpretação última desta. A mencionada atividade se materializa através de suas decisões, em cujo processo há a interferência de diferentes vozes sociais, compondo o cenário sócio-histórico- ideológico que as fundamenta, bem como, conseqüentemente, as legitima.

Ao final, após a análise da decisão sobre a qual se debruçará este trabalho, bem como a partir do dialogismo bakhtiniano, dos conceitos de ato ético, ato responsável e atividade responsiva, verificaremos se a Suprema Corte realiza sua atividade responsiva pautada nos conceitos mencionados, como consequência da interferência dos fatores extralinguísticos e das diversas possibilidades de sentido da norma jurídica.

Destarte, no exercício de sua função, o STF, ao se deparar com questões deveras polêmicas, deve se posicionar, realizando uma atividade responsiva, diante do caso concreto que se lhe apresenta, considerando fatores extralinguísticos, isto é - o contexto histórico, social, cultural, além dos valores considerados essenciais pela sociedade. Neste sentido, a Suprema Corte, em 2003, decidiu denegar a ordem de *habeas corpus* ao livreiro Siegfried Ellwanger, acusado de racismo em virtude de suas publicações contra os judeus.

Neste caso, o Supremo teve que cotejar alguns direitos, como a liberdade de expressão, que considerou não ser absoluta, com a vedação ao racismo, considerado, em entendimento que se tornou consolidado, vedação constitucional de discriminação por qualquer motivo de raça, cor, religião, etnia, origem nacional. Ao final, posicionou-se frente aos discursos antagônicos e proferiu o Acórdão[4] em tela, quando fez-se necessário, diante da unicidade do caso concreto, realizar uma interpretação extensiva do que seria racismo, crime constitucionalmente previsto, para abarcar a conduta discriminatória do supra mencionado livreiro.

A decisão final dependia do que seria definido como racismo e quais práticas discriminatórias seriam abrangidas pelo conceito. Caso contrário, seria considerado fato não tipificado penalmente e o réu seria absolvido, ou seria mero preconceito, sobre o qual incidiria outra lei, mais benéfica ao editor-réu. A defesa do réu aduzia a liberdade de expressão e a restrição do conceito de racismo, para tornar inexistente o crime, vez que preconceito e

discriminação contra judeu não seriam racismo, e sim mero preconceito. O STF considerou que a realidade de fato vivida era compatível com o conceito de racismo, condenando o réu por crime imprescritível.

No caso ora exposto, o qual será analisado à luz do dialogismo bakhtiniano, na perspectiva da atividade responsiva e do ato responsável, abordaremos o dinamismo interpretativo dos conceitos jurídicos pelos ministros – intérpretes - do STF, em relação a um acontecimento do ser: a questão se a publicação de livros de conteúdo antissemita se adequaria ao conceito de crime de racismo.

Nesse sentido, serão analisadas: as vozes sociais materializadas nos discursos/votos dos ministros da Suprema Corte inseridas no contexto histórico-cultural e ideológico no qual está inserida a decisão, a maneira pela qual o STF age responsivamente frente às demandas que chegam até ele e sua decisão final. Não é suficiente, pois, verificar se o acontecimento do ser, único, enquadra-se nos moldes do texto de uma norma genérica e abstrata. Faz-se necessário um trabalho interpretativo, ético, de cuidado com a repercussão da decisão na sociedade, considerando seus valores essenciais e respondendo a eles através da decisão.

Nesta esteira de pensamento, relativamente à atividade responsiva do STF, esta consiste na elaboração da decisão a partir da interação-reação dos atores discursivos e na interpretação ativa-responsiva, considerando fatores extralinguísticos que condicionam o discurso. Destarte, analisaremos o processo discursivo do STF, cuja base é a lei – produto teórico – que, através do ato responsável dos ministros diante da realidade de fato vivida – o caso concreto – , constroem uma nova realidade, operando uma mudança social, em um processodialógico. Este estudo, portanto, tem por objetivo demonstrar a legitimidade da decisão a partir

do dinamismo interpretativo, decorrente da irrupção do conceito teórico pela singularidade do caso concreto, evitando um preconceito e encontrando a *pravda*^[5]: a verdade como justiça.

Sendo assim, é preciso realizar o que Heidegger chama de compreensão hermenêutica, em que a generalidade e a abstração de um conceito teórico científico, no caso, a lei, não é suficiente para abarcar todas as situações vivenciadas, ou seja, a abstração não dá conta de todos os ser-aí possíveis. Eis o que explica o filósofo, em *Ontologia (Hermenêutica da faticidade)*, (2010, p.24)^[6]:

Na compreensão hermenêutica não há nenhuma “generalidade” que vá mais além do formal. E, em caso de haver algo assim, uma hermenêutica que se compreendesse a si mesma e que compreendesse sua tarefa ver-se-ia obrigada a tomar distância disso e voltaria a atenção ao ser-aí fático. O “formal” não é jamais algo independente, mas somente um recurso, um apoio do mundo. A hermenêutica não tem por objetivo a posse de conhecimentos, mas um conhecer existencial, isto é, um ser.

Para alcançar o objetivo deste estudo, partimos do pressuposto de que como todo enunciado, as decisões no âmbito do Direito não são neutras: ao contrário, trata-se de uma enunciação carregada de vozes transcendentais àquela materialmente produzida, sendo imperiosa uma análise dialógica. A percepção destas vozes sociais indica que o discurso não é uma construção individualista; para Bakhtin, pois, eu sou um eu participativo, em um conjunto de outras vozes veladas naquela proferida.

No entanto, para se chegar a esta conclusão e proceder a estas análises, em um primeiro momento, é importante reconhecer que o Direito é linguagem, é discurso, de modo que o dialogismo, a

filosofia da linguagem, bem com os conceitos de responsividade, ato ético, ato responsável são fundamentais para compreender os posicionamentos do STF e, no caso em análise, a decisão do racismo. As normas jurídicas, pois, dialogam entre si, integrando um sistema que deve ser harmônico.

Por isso, é de suma importância a atividade interpretativa do STF para viabilizar a aplicação do Direito, respeitando todo o ordenamento, prevenindo contradições, e ainda de acordo com a realidade de fato vivida. A atividade interpretativa e o dinamismo do Direito, portanto, é que permite sua vigência, sua justeza, sua segurança e a respeitabilidade da norma pela sociedade.

Neste sentido, Bakhtin (1998) tem como centro de seus estudos o enunciado, que, para ele, está intrinsecamente ligado ao sujeito que o profere, considerando o meio sócio-histórico-cultural e ideológico, bem assim a realidade de fato vivida. Ademais, impende frisar que, quando da enunciação de qualquer discurso, neste caso o jurídico, e da compreensão deste, os intérpretes exercem suas influências ideológicas, daí a possibilidade de várias interpretações e manipulações, pois as normas escritas constituem apenas as orações, conceito teórico, isto é – o ponto de partida da construção do sentido. Desta feita, o processo de construção e segurança destes direitos é dinâmico, mutável e não estanque, mesmo porque, existe uma interação do social e do sujeito intérprete, no caso o STF, quando do processo de significação.

Outrossim, além dos fatores sociológicos, os interlocutores igualmente condicionam o discurso, pois o outro é levado em consideração no ato da enunciação, visto que - nesta interação – ocorre uma atividade responsiva, sendo a sociedade, no caso das decisões do STF, o alfa de o ômega do processo discursivo.

O enunciado, portanto, é elaborado a partir da previsível reação-resposta do outro. Sendo assim, quem profere o enunciado considera o contexto no qual está inserido e no qual interage, sendo impossível separar o enunciado de seu contexto de produção, sob pena de não se compreender seu sentido.

Destarte, ao se proferir um discurso, além de ele já ser uma atividade responsiva, diante de outro discurso e do contexto sócio histórico cultural ideológico - pois ninguém é o primeiro agente discursivo - o enunciador já pressupõe a compreensão ativamente responsiva do outro. Consoante explica Bakhtin[7], pois:

O próprio falante está determinado precisamente a essa compreensão ativamente responsiva: ele não espera uma compreensão passiva, por assim dizer, que apenas duble o seu pensamento em voz alheia, mas uma resposta, uma concordância, uma participação, uma objeção, uma execução, etc.

Sendo assim, é que se considera a sociedade o alfa e o ômega da interpretação do discurso, uma vez que a produção de sentido é determinada pelos anseios, necessidades e valores considerados essenciais pela sociedade. A manifestação discursiva do Supremo Tribunal Federal, pois, deve ser considerada no contexto, não só em consonância com o que a literalidade da norma permite, como também com fatos passados e ainda – sobretudo –, levando em conta o contexto presente, pois, como sujeito ativo, que é no ato interpretativo (responsável), o STF, por seus ministros, através de sua atividade responsiva, consubstanciada no discurso/enunciado, são capazes de modificar a realidade das estruturas sociais preexistentes.

2. DO HC 824242: A DECISÃO SOBRE O RACISMO

No caso concreto sob análise, o julgamento do *habeas corpus* do livreiro, além de o STF ter realizado uma atividade responsiva diante dos discursos que atravessaram o Acórdão, realizou, sobretudo, o que o filósofo russo chama de ato responsável, pois, segundo a defesa do réu, não haveria que se falar em crime de racismo, tendo em vista que a lei não discrimina expressamente o crime contra judeu. Ademais, a defesa fala ainda que, não existindo raça humana, não existiria o crime, pois este seria impossível. No entanto, embora não estivesse compreendido no conceito estrito de racismo, nenhum conteúdo, por mais autossignificativo que seja, pode ser tão categórico e peremptório, a ponto de excluir do âmbito de proteção, da normal, a flagrante discriminação preconceituosa.

Relativamente ao ato responsável, para Bakhtin, em *Hacia una teoria del acto ético* (1998), existe a responsabilidade especializada e responsabilidade moral, como dois aspectos que devem estar presentes no ato, compondo de forma unitária a bilateralidade do ato ético. Aplicando os mencionados conceitos do filósofo russo ao presente trabalho, verifica-se a responsabilidade especializada através das leis, enquanto que a responsabilidade moral coincide com a proteção que se dá aos direitos fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro, por meio, sobretudo, da atividade exercida pelos intérpretes do Direito.

Existe, pois, uma responsabilidade moral, ética, de proteger o Direito, em sua essência, no dever ser. Se assim não fosse, se não existisse esta responsabilidade, o STF poderia ter aceitado a tese da defesa, de cunho formalista, que alegava que, porque não existe raça no sentido genético, o crime seria impossível de se consumar, o que seria apenas uma responsabilidade especializada, destituída de ética, senão, eis o que explica Bakhtin (1998, p. 8)^[8]:

Para poder proyectarse hacia ambos aspectos
– en su sentido y en su ser -, el acto debe

encontrar un plano unitario, adquiriendo la unidad de la responsabilidad bilateral tanto en su contenido (responsabilidad especializada) como en su ser (responsabilidad moral), de modo que la responsabilidad especializada debe aparecer como momento adjunto de la responsabilidad moral única e unitária. Es la única manera como podría ser superada la incompatibilidad y la impermeabilidad recíproca viciosa entre la cultura y la vida.

Neste sentido, o Supremo Tribunal acima do formalismo com que se defendia o réu, busca a justiça. Se a Suprema Corte julgasse apenas com base na cognição teórica, ou seja, no que está escrito na lei restritivamente, estaria excluída realidade de fato vivida, restando endossada pelo Supremo - órgão da justiça - uma gritante injustiça. Consoante Bakhtin (1998), o dever ser tem natureza ética, e não meramente teórica, afirmando ainda que o ato responsável não pode ser encontrado no conteúdo teórico e, conseqüentemente, em relação ao presente trabalho, na lei, porque, neste caso, ela é uma abstração, e não um fato vivido. A lei não consegue dar conta de todas as situações, devendo, o intérprete, verificar se determinado caso particular corresponde ao dever ser objetivado pela lei.

Segundo sugere Bakhtin (1998), em "*Hacia una filosofía del acto ético*", o objeto do conhecimento teórico, que, no presente trabalho é representado pela lei, não pode pretender ser suficiente em todas as situações, uma vez que é geral e abstrata, pretendendo ser unificada e total. Contudo, em diversas situações, como esta do HC 82424 RS, a lei é irrompida pela singularidade. Sendo assim, diante dos fatores extralingüísticos mencionados e das vozes sociais sobre preconceito, foi necessário se distanciar da técnica e do formalismo, para julgar como realmente o fato da publicação dos

livros se deu, em sua particularidade realmente vivida e se este fato, de acordo com o contexto social, histórico e ideológico do momento julgamento, estaria em consonância com o dever ser pretendido pela norma.

Complementando o que se fala sobre a consideração do contexto histórico, social e ideológico do julgamento em questão, Heidegger (2012, p. 42-43)[\[9\]](#) fala sobre a interpretação do hoje na consciência histórica, senão veja-se:

A eleição da consciência histórica enquanto expoente da interpretação do hoje é sustentada pela seguinte consideração: o modo como uma época (o hoje ocasional) vê e aborda o passado (o ser-aí próprio ou de qualquer outro passado), quer resguardando-o quer renunciando-o, é o sinal de como o presente se relaciona consigo mesmo, de como o ser-aí é ou está em seu “aí”. Tal consideração não é mais do que uma formulação determinada de um dos caracteres fundamentais da faticidade, de sua temporalidade.

O ato de julgamento do STF é, pois, também, responsivo, vez que considera as vozes sociais a respeito dos valores essenciais da sociedade, estando o julgado, conseqüentemente, permeado por elas, opondo-se igualmente a outras vozes formalistas, e é também um ato responsável, pois, para afastar o formalismo do mundo teórico abstrato e geral, teve que considerar a singularidade do fato realmente vivido, com o fito de se encontrar o que Bakhtin (1998) chama de *pravda*.

Eis o que afirma Bakhtin (1998, p. 51), em *Hacia una filosofía del acto ético*[\[10\]](#):

El aspecto del sentido abstracto, sin correspondencia con la unicidad inexorablemente real, tiene capacidad de proyectarse; se trata de una especie de borrador de un hacer posible, documento sin firma que no es obligatorio para nada ni nadie.

Feita esta breve análise das teorias que embasarão o estudo, segue um resumo do caso concreto, da realidade de fato vivida, que foi objeto da decisão do Supremo, a explicar melhor o que fora dito acima.

O Supremo Tribunal Federal, em 2003, no *Habeas Corpus* 82424 RS, deparou-se com a polêmica do racismo em uma de suas manifestações, até aquele momento não discutida. O presente caso, consoante verifica-se a partir da ementa do processo disponível também no próprio sítio eletrônico do STF, trata do caso em que um escritor e editor, Siegfried Ellwanger, publicava livros de conteúdo antissemitas.

O editor foi acusado pela prática do crime de racismo, em virtude da edição e venda de livros fazendo apologia a ideias preconceituosas e discriminatórias. No entanto, a defesa, na fundamentação do pedido de habeas corpus questionou o conceito de racismo, afirmando que judeu não seria raça; e, portanto, o crime de racismo – neste caso- seria impossível. Destarte, através de argumentos meramente formais sobre a abrangência do conceito do termo, em sua literalidade, a defesa buscava a concessão da ordem. Para a defesa, a prática do réu não tinha conotação racial, pretendendo afastar a imprescritibilidade do crime, uma vez que, na CF/88, só existem dois crimes imprescritíveis e um deles é o racismo.

Em breve síntese, para explicar o que é imprescritibilidade e o porquê de a defesa querer afastá-la, pode-se dizer que é a

característica excepcional de um crime deveras grave, que jamais poderá ser esquecido pela sociedade, sendo permanente o interesse do Estado em puni-lo, não se apagando pelo decurso do tempo.

Sendo assim, se a defesa conseguisse a desclassifica o do crime de racismo para outro crime, estaria afastada a imprescritibilidade, para que, até o final do julgamento do HC em tela, fosse possível a suspensão da execu o da sentença, reconhecendo-se, finalmente a extin o da punibilidade pela prescri o (decurso do tempo que apagaria a pretensão executória do Estado).

Percebe-se, portanto, que a defesa do réu baseava-se apenas em meros formalismos para, ao final, extinguir a punibilidade, e não o crime. A fundamenta o não se baseou em negar a existência do crime, ou da falta de dolo (inten o) de praticar o racismo. Procurava-se apenas afastar o poder punitivo do Estado, por questões processuais, ou seja, a extin o da punibilidade,   qual se chegaria através da restri o do conceito de racismo, de raça, e, conseqüentemente, afastando este crime e classificando outro, que estaria prescrito ao final do processo.

O paciente do mencionado Habeas Corpus vendeu, publicou e editou obras de sua autoria, como “Holocausto Judeu ou Alemão? – Nos bastidores da mentira do século” e de autoria de outras pessoas tanto nacionais quanto estrangeiros, como “Hitler – Culpado ou Inocente?”. Nestes livros, embora a defesa tentasse restringir o conceito de racismo, o STF entendeu que os livros publicados defendiam ideias discriminatórias e racistas, disseminando o ódio, o desprezo e o preconceito contra o povo de origem judaica, em contraposi o   defesa que, conforme já foi dito, alegou questões apenas formais.

Para a definição do crime de racismo, o ponto oito da ementa do Acórdão proferido pelo STF define bem as bases que influenciaram o alcance da norma, demonstrando a influência de fatores extralinguísticos, bem como a interferência de diversas vozes sociais no discurso de cada ministro, quando de seus votos, e, conseqüentemente, no discurso do próprio STF materializado no Acórdão.

Para o Ministro Marco Aurélio, o livreiro não teria cometido o crime de racismo, defendeu ainda, em contraposição ao crime, a liberdade de expressão, direito fundamental previsto na CF/88, afirmando que a Carta Magna não se referia ao povo judeu quando cuidou da prática do crime de racismo, e sim dos negros.

Para este ministro, a publicação destes livros é manifestação da liberdade de se expressar, expondo suas ideias, seu ponto de vista, e que teria se configurado o crime de racismo se ele, ao invés disso, tivesse ido para as ruas disseminar ideias de morte aos judeus, ou expulsão dos judeus do país.

A questão deste HC 82424 RS é verificar se a realidade de fato vivida levada à discussão no STF está inserida no conceito teórico do crime de racismo, isto é, se a publicação de livros de conteúdo preconceituoso e antissemita é racismo, crime imprescritível, por ser considerado deveras grave.

Finalmente, os ministros entenderam que a prática de racismo abrange a discriminação contra os judeus.

Importante mencionar que a questão semântica foi expressamente mencionada pelos ministros, quando da aferição da abrangência do conceito de raça. Afastaram o conceito tradicional de raça e afirmaram que esta classificação dos seres humanos decorre de um processo político social, senão veja-se o ponto oito da ementa do Acórdão^[11]:

8. Racismo. Abrangência. Compatibilização dos conceitos etmológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo. Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e o alcance da norma.

Percebe-se claramente o tratamento do Direito como linguagem, a importância da interpretação, da influência de fatores extralinguísticos na definição da norma, diante das variadas formas de interpretação.

A questão central do *habeas corpus* ora analisado, pois, foi determinar o sentido e o alcance do conceito do crime de racismo, considerando a atividade o sócio editor de livros cujos discursos antissemitas tinham as mesmas características, a mesma estrutura e o mesmo objetivo de outros discursos racistas, como os que se proferem contra os negros, por exemplo. A questão do problema da discriminação racial no Brasil e no mundo não se restringe à cor. O objetivo de disseminar a superioridade de alguns em detrimento de outro grupo assim como acontece no racismo de cor permite concluir que o antissemitismo deve ser uma prática coibida também pelo Poder Judiciário.

Ademais, longe de ser apenas liberdade de expressão, a edição de livros antissemitas é uma forma de propagação deveras rápida e com alcance incalculável, sendo mais eficaz na propagação do ódio contra os judeus do que simplesmente distribuir panfletos com tais ideias, ao contrário do que afirmou o ministro Marco Aurélio, que votou favoravelmente à concessão da ordem de *habeas corpus* em favor do livreiro.

Muito mais complexa é a análise da realidade de fato vivida no caso levado à Suprema Corte, do que a simples leitura formal e abstrata da norma jurídica. Antes de tudo, é preciso observar o contexto criado por um Estado Democrático de Direito, que se afirma ser o Brasil, o contexto criado pelos acontecimentos da Segunda Guerra Mundial, bem como o contexto do caso concreto, para só então desvendar eticamente, não apenas formalmente, se as publicações do réu se enquadrariam no conceito de racismo.

Importante, portanto, ao invés da mera subsunção do fato à norma, a decisão a partir da hermenêutica, da interpretação do caso singular em conjunto com o contexto extralinguístico, senão eis o que Heidegger, em *Ontologia (Hermenêutica da faticidade)*, (2012, p. 22)[12]:

O tema da investigação hermenêutica é o ser-aí próprio em cada ocasião, justamente por ser hermenêutico, questiona-se sobre o caráter ontológico, a fim de configurar uma atenção a si mesmo bem enraizada. O ser da vida fática mostra-se no que é no como do ser da possibilidade de ser de si mesmo. A possibilidade mais própria de si mesmo que o ser-aí (faticidade) é, e justamente sem que esta esteja aí, será denominada existência. Através do questionamento hermenêutico, tendo em vista de que ele seja o verdadeiro ser da própria existência, a faticidade situa-se na posição prévia, a partir da qual e em vista da qual será interpretada. Os conceitos que tenham sua origem nesta explicação serão denominados existenciais.

O conceito não é um esquema, mas uma possibilidade de ser, do instante, isto é, constitui

um instante; um significado produzido, extraído; um conceito mostra a posição prévia, quer dizer, transpõe para a experiência fundamental.

Destarte, a partir da mencionada decisão, uma das mais importantes do STF, analisaremos o ato responsável dos ministros e a questão do conceito teórico que não é capaz de abranger a totalidade das realidades de fato vividas. Outrossim, será importante neste trabalho a consideração do ato ético, o dever ser do caso particular.

A defesa, pois, ao tentar descaracterizar o crime de racismo e enquadrar a prática do editor em outro crime com tratamento mais brando, pretendia afastar a imprescritibilidade, ao afirmar que, se o Constituinte^[13]quisesse que o sentido de racismo fosse tão abrangente, a norma constitucional não teria se referido apenas a racismo, mas teria falado em qualquer prática discriminatória.

O Supremo, no entanto, demonstrou que a intenção do Constituinte era realmente que o conceito fosse aberto, o que seria mesmo que não fosse sua vontade, pois a abertura conceitual é característica dos conceitos teóricos, que não existem em um vácuo, exilados da realidade de fato vivida. Ainda, comprovando a vontade de que o conceito seja mais flexível, do que pretende a defesa ao tentar engessá-lo, eis o texto *in verbis* da norma: “a prática de racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, **nos termos da lei.**” (grifado).

E, com a transcrição acima, o STF afirma que não era intenção do Constituinte fechar o conceito, tornando-o imutável e estanque, tendo, ao contrário, deixado que o legislador definisse o conceito, que abrange não só preconceito referente à cor, como também, à religião, à etnia ou origem nacional.

Isto porque, fechando o conceito, seria impossível a lei se sustentar diante da pluralidade e complexidade das relações jurídicas, da realidade de fato vivida, uma vez que o conceito teórico não é suficiente diante do dinamismo da vida. Desta forma, a melhor alternativa para permitir a integração da norma pela interpretação de forma coerente com o contexto histórico, social, cultural e ideológico. Segundo afirma Bakhtin[14] (1998, p. 14), pois, é impossível separar o ato ético do momento histórico, do momento vivido, senão veja-se:

Una vez separado el aspecto de contenido semántico de la congñición del acto histórico de su realización, sólo mediante un salto podemos salir de ahí hacia el deber ser; de modo que buscar el acto ético real de conocimiento em un contenido semántico separado es lo mismo que levantarse a si mismo por el cabelo.

Segundo o Ministro relator, Moreira Alves, o problema discutido em sede de *habeas corpus* é a abrangência do sentido do conceito jurídico do racismo, consoante já se falou. E, considerando o conceito em seu sentido mais estrito, o ministro respondeu negativamente sobre os judeus serem ou não pertencentes uma raça judaica; afirmando, portanto que, não sendo raça, deve-se qualificar o crime do livreiro como discriminação, e não como racismo, sendo prescritível a pretensão punitiva do Estado neste caso.

3. O VOTO DO MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA

Para exemplificar o que foi exposto no presente trabalho, o voto do ministro Maurício Corrêa foi deveras elucidativo, uma vez que elaborou sua decisão considerando a história dos judeus para fundamentar seu voto, isto é, considerou a memória histórica para demonstrar que, no contexto atual construído desde o passado, os

judeus são destinatários da vedação constitucional ao crime de racismo.

O então Presidente o STF, o Sr. Maurício Corrêa, pois, através de um longo relato sobre a história dos judeus, desde o início, até a Segunda Guerra Mundial, relacionando estes fatos com a prática criminosa do réu, demonstrando que, embora não sejam raça, os judeus são um povo deveras sofrido devido à estigmatização por que passaram. Diante disto, ele questiona se a Carta Magna, ao estabelecer o crime de racismo, pretendeu excluir da proteção constitucional outros segmentos do povo brasileiro, protegendo só os negros.

O mencionado voto exemplifica o que Heidegger fala acerca do fenômeno histórico e sua importância para a cultura atual, inspirando-a e – bem assim- determinando-a, de maneira que não poderia ter sido desconsiderada e ignorada, para, ao final, conceder a ordem de *habeas corpus*, num ato responsável exclusivamente formal, destituído de justiça, pois inadequado historicamente, socialmente, culturalmente, ideologicamente.

Leia-se o que o filósofo Martin Heidegger[15] explica sobre o pensar histórico e que se verificou, sobretudo, no voto do já citado ministro[16]:

A “consciência histórica” haverá de marcar nossa cultura atual dentre outras. O pensar histórico determina efetivamente nossa cultura, ele inquieta nossa cultura: primeiro ao provocá-la, inspirá-la, estimulá-la; segundo ao inibi-la. Isso significa: 1) um preenchimento: a vida consegue um sustento dentro da pluralidade do histórico; 2) um peso. O histórico é um poder frente ao qual a vida luta por afirma-se.

Neste sentido, tendo em vista a estigmatização e as injustiças pelas quais os judeus passaram ao longo da história, a cultura atual não poderia contar com mais este evento racista: a decisão do STF no HC 82424. Sendo assim, o peso da história judaica inibiu e inspirou, provocou e estimulou o voto do então ministro Maurício Corrêa.

Neste ponto, verifica-se um encontro entre as ideias do filósofo russo M. Bakhtin e M. Heidegger, uma vez que ambos falam da importância do contexto histórico para os eventos da atualidade. De um lado, pois, Bakhtin, quando do estudo do enunciado, afirma que este não é neutro, que diversas vozes atravessam-no, que seu sentido só pode ser alcançado se for interpretado de acordo com o contexto histórico, cultural, social, ideológico, político. De outra banda, M. Heidegger, fala da influência da consciência histórica na cultura atual.

Relativamente à força inibidora da consciência histórica, ele explica que esta força impulsiona a cultura para a direção oposta, destruindo o que ele chamou de ingenuidade da criação, é o ativismo histórico. E, no caso da decisão ora estudada, o STF foi impulsionado, agindo responsabilmente, para o sentido contrário ao racismo que durante toda a história se praticou contra os judeus. O histórico, pois, ajudou a aclarar a compreensão do conceito de racismo em relação à realidade de fato vivida de publicação de livros com conteúdo antissemitas.

Ademais, segundo Heidegger, o histórico se dá na dinâmica do vir a ser, para ele há uma mitigação da visão do histórico como algo parado, estático, pois tudo o que é humano para este filósofo, deve ser tratado como fenômeno, isto é, em construção. No entanto, ele afirma que não se pode deixar se aprisionar ao passado; para Heidegger, pois, é preciso observar o histórico, para ampliar a consciência; visitar o passado e não ficar preso a ele. No presente

HC, houve uma luta contra o histórico, para mudar a cultura racista, libertando o histórico desta inquietação, tensão.

Para ilustrar como a consciência histórica influenciou o voto do ministro^[17], eis uma passagem de sua fundamentação, na página 551, do processo em questão:

Se formos catalogar todo o sofrimento dos judeus desde a época em que Abraão de Ur até hoje, presenciaremos repetidos fatos – amargos e terríveis – que denegriram a história, humilhando e martirizando não uma raça, salvo as tresloucadas concepções de Hitler e de seus asseclas-, mas um povo. E a mais dura quadra, a mais triste, a mais cruel, aquela que nos deixou marcados para o resto da vida foi a da Segunda Guerra Mundial, em que mais de seis milhões de judeus foram mortos, exterminados nos campos de concentração de Auschwitz, de Dachau e em tantos outros. Antes, porém, experiências sem nenhum sentido científico utilizaram esses seres humanos como cobaias vivas, legando a alguns sobreviventes, a seus amigos e familiares, e à humanidade como um todo lúgubres memórias e marcas indeléveis de dor e aflição.

Há de perguntar-se qual a relação disso tudo com o presente julgamento?

Sei que a loucura de Hitler nada tem a ver com o caso em si – e não falo isso para situar-se nesse terreno. Estou apenas dizendo que o povo judeu foi estigmatizado. Nas casas e passaportes judaicos havia um J como sinal indesejado, do proscrito. Veja-se o que esse povo sofreu e vem sofrendo até hoje...

Além destas discussões sobre a abrangência do conceito e o acontecimento do ser concreto, da consciência histórica, da sua força inibidora, estimulante, da luta contra a história, os ministros ainda ponderação a proteção constitucional contra o racismo com outros direitos fundamentais, como a liberdade de expressão e, ainda assim, prevaleceu o entendimento de que o preconceito contra os judeus é racismo, negando-se a ordem de *habeas corpus*.

CONCLUSÃO

Finalmente, visto que a questão central que definiria o julgamento foi a colisão entre o conceito teórico e a realidade particular do caso concreto, o dialogismo bakhtiniano e os conceitos de atividade responsiva, ato responsável, responsabilidade formal e responsabilidade moral são imprescindíveis para a interpretação da norma e construção de um Direito justo e legítimo, com força normativa perante a sociedade.

Foram igualmente importantes o que Husserl chama de fenomenologia e o que Heidegger chama de hermenêutica da faticidade e consciência histórica. Não existe, pois, um conceito tão definitivo e categórico que, para o alcance do significado, seja suficiente a mera leitura e sua aplicação à realidade de maneira meramente formalista.

Desta forma, a decisão, uma vez que o problema central seria a abrangência do conceito teórico –a lei-, só poderia se dar se fosse elaborada dentro de seu contexto social, histórico e ideológico, agindo o STF responsivamente em relação aos valores que a sociedade considera essenciais, respeitando não só a responsabilidade formal (a lei), ou seja, o produto cultural, como também a responsabilidade moral, adimplindo o compromisso de garantir que o sentimento da norma seja respeitada, que o direito dos judeus seja protegido.

Para tanto, com ajuda do que Heidegger chama de consciência histórica, o conceito de racismo, como sendo apenas o crime em relação aos negros, foi ampliado, possibilitando um passo a mais na luta contra a histórica e violenta estigmatização dos judeus. Ao apreciar o caso concreto, a realidade de fato vivida, o acontecimento do ser, não se poderia exilá-lo, separando-o de sua história, do seu contexto, chegando a uma conclusão meramente formal, inadequada, que não teria feito justiça, pois não haveria cumprido o objetivo da norma e, na decisão, não estariam presentes, de forma unitária, a responsabilidade especializada e a responsabilidade moral. O dever ser, pois, segundo Bakhtin, é ético.

Verifica-se, portanto, a íntima relação entre o Direito e a filosofia da linguagem, de forma que o estudo desta última é de suma importância para a compreensão daquele e sua aplicação justa e adequada, garantido que ele cumpra sua finalidade de pacificação da sociedade. Se de um lado, pois, a análise do contexto histórico, social e ideológico além das vozes sociais que se materializam nos enunciados do Direito, influencia a sua construção e interpretação, de outro, a partir da influência da consciência histórica e sua força inibidora, o Direito pode servir a uma luta a favor da evolução da sociedade.

BRASIL. **Constituição** (1988). **Constituição** da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1988.

BAKHTIN, Mikhail. Hacia uma filosofia del acto ético. Espanha: Anthropos Research & Publication, 1998.

_____. Estética da criação verbal. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

HEIDEGGER, Martin. Fenomenologia da vida religiosa. Petropolis: Vozes, 2010.

_____. Ontologia (Hermenêutica da Faticidade). Petropolis: Vozes, 2012.

HUSSERL, Edmund. A crise das ciências europeias e a fenomenologia transcendental. Uma introdução à filosofia fenomenológica.

<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=79052&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20HC%20/%2082424> acesso em: 27 de outubro de 2015.

NOTAS:

[1] Tratam-se de expressões de M. Heidegger, E. Husserl e M. Bakhtin, respectivamente.

[2] HEIDEGGER, Martin. Ontologia (hermenêutica da facticidade). Petrópolis: Vozes, 2010, p. 21.

[3] HUSSERL, Edmund. A crise das ciências transcendentais e a fenomenologia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012, p. 141.

[4] Trata-se o acórdão de uma decisão de um órgão colegiado ou de um tribunal, prolatado seja por desembargadores seja por ministros de tribunais superiores.

[5] O conceito de *pravda* em Bakhtin está relacionado à ideia de verdade como justiça.

[6] HEIDEGGER, op. cit, p. 24.

[7] BAKHTIN, Mikhail. Estética da criação verbal. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, p. 272.

[8] BAKHTIN, Mikhail. Hacia uma filosofia del acto ético. Espanha: Anthropos Research & Publication, 1998, p. 8.

Tradução: para poder projetar-se fazia ambos aspectos – em seu sentido e em seu ser -, o ato deve encontrar um plano unitário, adquirindo a unidade da responsabilidade bilateral tanto em seu conteúdo (responsabilidade especializada) como em seu ser (responsabilidade moral), de modo que a responsabilidade especializada deve aparecer como momento adjunto da responsabilidade moral única e unitária. É a única maneira como poderia ser superada a incompatibilidade e a impermeabilidade recíproca viciosa entra a cultura e a vida.

[9] HEIDEGGER, Martin. Fenomenologia da vida religiosa. Petropolis: Vozes, 2010, p. 42-43.

[10] BAKHTIN, op. cit, p. 51.

Tradução: o aspecto do sentido abstrato sem correspondência com a unicidade inexoravelmente real tem capacidade de projetar-se; trata-se de uma espécie de apagador de uma fazer possível, documento sem assinatura, que não é obrigatório para nada nem para ninguém.

[11]<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=79052&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20HC%20/%2082424a> cesso em: 27 de outubro de 2015, p. 524

[12] HEIDEGGER, op. cit, p. 22.

[13] Constituinte é expressão que equivale a Poder Constituinte, que é o responsável pela elaboração da Constituição.

[14] BAKHTIN, op. cit, p. 14

Tradução: uma vez separado o aspecto do conteúdo semântico da cognição do ato histórico de sua realização, só mediante um salto podemos sair daí, do dever ser; de modo eu buscar o ato ético real de conhecimento em um conteúdo semântico separado é o mesmo que se levantar a si mesmo pelo cabelo.

[15] HEIDEGGER, op. cit, p. 33.

[16] CORRÊA, Maurício. EX-ministro do STF. HC 82424, Rio Grande do Sul, 2003. P 551..

[17] CORRÊA, op. cit, p. 551.



A RESPONSABILIZAÇÃO DOS ESTADOS POR DESAPARECIMENTOS FORÇADOS NO CONTEXTO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

AGNES MACEDO DE JESUS: graduanda em Direito pela Universidade de Brasília.

Resumo: Este artigo objetiva analisar se há possibilidade de responsabilizar o Estado pelo desaparecimento forçado durante governos autoritários no contexto da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Para isso, far-se-á inicialmente uma análise acerca do conceito de “desaparecimento forçado”. Em seguida, serão apontadas as principais hipóteses que limitam a responsabilização do Estado, quais sejam (a) o princípio da irretroatividade; e (b) a ausência de reconhecimento da competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Finalmente, apresentar-se-ão os argumentos a favor da responsabilização: (c) quando o Estado reconhecer sua responsabilidade internacional por violação conexa ao desaparecimento forçado; e (d) o caráter permanente do desaparecimento forçado.

Palavras-chave: desaparecimento forçado, Corte Interamericana de Direitos Humanos e responsabilização dos Estados.

1. Introdução

O problema do desaparecimento forçado de pessoas, em especial de civis, ganhou força durante o regime nazista, na Segunda Guerra Mundial, como forma de aterrorizar a população e causar um sentimento generalizado de insegurança. Na década de

60, retornou de forma sistemática e reiterada nas ditaduras da América Latina, passando a ser usado como reprimenda política.

Ante os desaparecimentos forçados perpetrados durante os regimes ditatoriais latino-americanos e uma vez que tal problema continua ocorrendo em diversas partes do mundo, o tema vem sendo amplamente debatido pela comunidade internacional, em especial, pela OEA. Esta adotou em 1994 a Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas e por meio da Corte Interamericana de Direitos Humanos, vem condenando diversos Estados da América Latina pelos desaparecimentos do período ditatorial.

A despeito do esforço da Corte IDH em responsabilizar os Estados por tais violações, verifica-se que esta não será possível se (a) na data da violação o país não tinha ratificado a Convenção Americana de Direitos Humanos, vez que não havia tipificação deste delito – princípio da irretroatividade; e (b) se o Estado não tiver reconhecido a jurisdição da Corte. Todavia, a jurisprudência da Corte demonstra a possibilidade de penalização do Estado (c) quando este reconhecer sua responsabilidade internacional pela violação; e (d) diante do caráter permanente do desaparecimento forçado.

Este trabalho irá analisar cada um desses argumentos, elucidando alguns dos principais debates que ocorrem nos julgamentos da Corte IDH quando se trata de responsabilizar os Estados pelo desaparecimento forçado durante governos autoritários, a fim de entender os limites de tal responsabilização.

2. Do desaparecimento forçado

O desaparecimento forçado encontra-se tipificado na Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas, em seu artigo II, *in verbis*:

Para os efeitos desta Convenção, entende-se por desaparecimento forçado a privação de liberdade de uma pessoa ou mais pessoas, seja de que forma for, praticada por agentes do Estado ou por pessoas ou grupos de pessoas que atuem com autorização, apoio ou consentimento do Estado, seguida de falta de informação ou da recusa a reconhecer a privação de liberdade ou a informar sobre o paradeiro da pessoa, impedindo assim o exercício dos recursos legais e das garantias processuais pertinentes. ^[1]

De acordo com tal artigo e com a jurisprudência reiterada da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), a violação de desaparecimento forçado configura uma pluralidade de condutas^[2] – que se inicia com o desaparecimento e abrange também a tortura, tratamento desumano e degradante, morte, ocultamento da infração, violação do dever de investigação por parte do governo, dentre outros delitos conexos – que violam vários direitos protegidos pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Convenção ADH) , em especial os dos artigos 4, 5 e 7, veja:

Artigo 4. Direito à vida

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

[...]

Artigo 5. Direito à integridade pessoal

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.

2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

[...]

Artigo 7. Direito à liberdade pessoal

1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais.

2. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.

3. Ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários.^[3]

[...]

A despeito de sua gravidade, o desaparecimento forçado foi usado como tática de intimidação nazista durante a Segunda Guerra Mundial. A política nazista de extermínio, utilizando-se do decreto “Noite e Neblina”, de 17 de dezembro de 1941, desaparecia com as pessoas que “ameaçavam a segurança alemã” com o intuito de deixar a vítima, seus familiares e a população em geral com um sentimento insegurança, sem saber o que poderia ocorrer com suas vidas. De acordo com o decreto, essas pessoas seriam enviadas dos territórios ocupados para a Alemanha para serem executadas, algo que deveria ocorrer da maneira mais invisível possível. Veja o artigo 3º do referido decreto Noite e Neblina: “(...) *In case German or foreign authorities inquire about such prisoners, they are to be told that they were arrested, but that the proceedings do not allow any further information*”.

Mais tarde, o desaparecimento forçado tornou-se uma prática sistemática e reiterada durante os governos ditatoriais latino-americanos, a partir da década de 60, passando a ser usado como forma de repressão política. Nesse contexto é que foi cunhado o termo “desaparecimento forçado de pessoas”.

Diante das atrocidades cometidas pelos regimes ditatoriais na América Latina, a comunidade internacional aprovou uma série de compromissos, tais como a Declaração sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado ou Involuntário e a Convenção Internacional para Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado, aprovadas pela Assembleia Geral da ONU em 1992 e 2006, respectivamente.

Contudo, cabe ressaltar a já citada Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas, adotada em 1994 pela OEA. Esta, por meio da Corte e da Comissão Interamericanas de Direitos Humanos, vem acompanhando diversos casos de desaparecimento perpetrados no período ditatorial dos Estados latino-americanos e consolidando uma extensa jurisprudência sobre o assunto; jurisprudência esta que aponta para a condenação dos Estados a repararem os familiares das vítimas, empreenderem esforços para descobrir seu paradeiro, identificar os responsáveis e puni-los.

Todavia, a capacidade punitiva da Corte de Direitos Humanos possui alguns limites.

3. Dos limites à responsabilização do Estados

3.1. Do princípio da irretroatividade

O âmbito da competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos diz respeito principalmente às normas contidas na Convenção Americana sobre Direitos

Humanos, como pode ser observado no art. 33, “b” deste acordo: “Art 33. São competentes para conhecer dos assuntos relacionados com o cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados Partes nesta Convenção: (b): a Corte Interamericana de Direitos Humanos, doravante denominada a Corte”.

Isso posto, tem-se que a Convenção Americana de DH afirma, em seu artigo 9º, que o caráter irretroativo das leis deve prevalecer, in verbis:

Artigo 9. Princípio da legalidade e da retroatividade

Ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que forem cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável. Tampouco se pode impor pena mais grave que a aplicável no momento da perpetração do delito. Se depois da perpetração do delito a lei dispuser a imposição de pena mais leve, o delinquente será por isso beneficiado.

Em outras palavras, ninguém pode ser condenado por atos que, no momento em que foram praticados, não eram delituosos. Inclusive, a Corte IDH já decidiu nesse sentido. Veja, por exemplo, o caso Charles Toodlican Vs. Canadá, Informe nº 61/07 de 27 de julho de 2007:

46. Es principio reconocido del derecho internacional que los instrumentos internacionales no tienen efecto retroactivo. El Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados codifica este principio en su artículo 28, al disponer:

Las disposiciones de un tratado no obligaran a una parte respecto de ningún acto o hecho que haba tenido lugar con

anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo.

[...]

LA COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, DECIDE:

1. Declarar que la petición en consideración es inadmisibile racione temporis. [4]

Adentrando no âmbito dos governos autoritários latino-americano, percebe-se que grande parte deles, quando estavam no poder, ainda não tinham ratificado a Convenção Americana de DH, ou seja, as normas contidas no referido acordo ainda não estavam incorporadas nos ordenamentos jurídicos de alguns países infratores. Este é o caso do Brasil e do Chile, por exemplo. A ditadura militar brasileira durou de 1964 até 1985 e o Brasil só ratificou a Convenção em 1992. Por sua vez, a ditadura chilena ocorreu de 1973 até 1990 e a ratificação da Convenção só se deu em 1990 [5].

Em casos como esses, nos quais as violações foram cometidas antes de serem violações propriamente ditas, ou seja, tipificadas em instrumentos de direito internacional, os governos ditatoriais dificilmente serão responsabilizados pela Corte IDH.

3.2. Da necessidade de reconhecimento da competência da Corte

De acordo com o seu estatuto, a competência da Corte Interamericana de DH delimita-se a casos que os Estados Partes lhe submetam, exigindo-se ainda que os países em litígio tenham reconhecido a sua competência:

CONVENÇÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Seção 2 - Competência e funções

Artigo 61 - 1. Somente os Estados-partes e a Comissão têm direito de submeter um caso à decisão da Corte.

[...]

Artigo 62 – (...) 3. A Corte tem competência para conhecer de qualquer caso, relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção, que lhe seja submetido, desde que os Estados-partes no caso tenham reconhecido ou reconheçam a referida competência, seja por declaração especial, como prevêm os incisos anteriores, seja por convenção especial.^[6]

A adesão à cláusula facultativa de reconhecimento da jurisdição contenciosa da Corte significa que o Estado está, a partir de então, vinculado à Convenção em sua integralidade. Ademais, o consentimento, que se dá por prazo indefinido e com caráter geral, confere ao Estado capacidade processual, de forma que este poderá participar do processo na qualidade de parte.

Ausente o consentimento com relação à jurisdição da Corte, ainda que o crime de desaparecimento forçado tenha sido cometido, não será possível a responsabilização internacional do Estado por meio da Corte IDH, em um reflexo claríssimo do princípio da soberania, extremamente influente nas relações internacionais. Nesse sentido, veja o *Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*.

73. En el presente caso, la limitación temporal hecha por El Salvador al reconocimiento de la competencia de la Corte tiene su fundamento en la facultad,

que otorga el artículo 62 de la Convención a los Estados Partes que decidan reconocer la competencia contenciosa del Tribunal, de limitar temporalmente dicha competencia. Por lo tanto, esta limitación es válida, al ser compatible con la norma señalada.

[...]

77.

Consecuentemente, con fundamento en lo antes señalado, el Tribunal resuelve que se encuentran excluidos por la limitación del reconocimiento de la competencia de la Corte realizada por El Salvador, los hechos que la Comisión alega en relación con la supuesta violación a los artículos 4 (Derecho a la Vida), 5 (Derecho a la Integridad Personal) y 7 (Derecho a la Libertad Personal) de la Convención, en relación con el artículo 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) de la misma, en perjuicio de Ernestina y Erlinda Serrano Cruz, como una situación violatoria que tuvo su inicio de ejecución en junio de 1982, trece años antes de que El Salvador reconociera la competencia contenciosa de la Corte Interamericana, con la supuesta “captura” o “toma en custodia” de las niñas por militares del Batallón Atlacatl y su “posterior desaparición”.

78.

De conformidad con las anteriores consideraciones y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 28 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, la Corte admite la excepción preliminar *ratione*

temporis interpuesta por el Estado para que el Tribunal no conozca de los hechos o actos sucedidos antes del 6 de junio de 1995, fecha en que el Estado depositó en la Secretaría General de la OEA el instrumento de reconocimiento de la competencia de la Corte.

[...]

LA CORTE, DECIDE:

Por unanimidad,

1. Admitir la primera excepción preliminar ratióne temporis interpuesta por el Estado, denominada “Incompetencia en virtud de los términos en que el Estado de El Salvador se somete a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, de conformidad con los párrafos 73, 78 y 96 de la presente Sentencia, en cuanto a los hechos o actos sucedidos antes del 6 de junio de 1995, fecha en que el Estado depositó en la Secretaría General de la OEA el instrumento de reconocimiento de la competencia de la Corte.^[7]

4. Da possibilidade de responsabilização dos Estados

4.1. Reconhecimento da responsabilidade internacional por crime conexo

A despeito das restrições apontadas no tópico acima, é possível que ocorra a responsabilização dos Estados pela violação de desaparecimento forçado. Isso pois a Corte estabeleceu que, ainda que o Estado não tenha aprovado a competência da Corte IDH à época do delito, o mesmo poderá ser responsabilizado internacionalmente quando reconhecer sua responsabilidade internacional por violação conexa perpetrada. Isso porque, com tal reconhecimento, o Estado renuncia à limitação temporal ao

exercício da competência da Corte a respeito dos fatos ou violações reconhecidas e, conseqüentemente, admite que o Tribunal examine e se pronuncie sobre as tais ocorridos e violações que se configuram antes do reconhecimento da competência da Corte IDH [8].

Para facilitar o entendimento dessa jurisprudência da Corte, segue um exemplo. Antes, contudo, vale lembrar que o desaparecimento forçado configura uma multiviolação, abrangendo não só o desaparecimento da pessoa, mas também uma possível tortura e tratamento desumano, assassinato, ocultamento da infração, violação do dever de investigação por parte do governo, dentre outros delitos conexos.

No caso *Gudiel Álvarez y Otros (“Diário Militar”) Vs. Guatemala*, a Corte entendeu que o Estado não precisou de maneira clara o seu reconhecimento parcial de responsabilidade – algo que se tornou bastante comum entre os países julgados pela Corte IDH, como tentativa de se esquivar do enquadramento na violação de desaparecimento forçado.

Contudo, a Corte observa que no curso da audiência pública, a Guatemala manifestou “aceita[r] os fatos” correspondentes à violação da liberdade de associação (art 16 da Convenção Americana de Direitos Humanos) como motivo do desaparecimento forçado das 26 pessoas desaparecidas, assim como à violação dos direitos da criança (art 19 da Convenção) de Juan Pablo e de María Quirina Armira López, pelo fato de serem menores de idade no momento de sua detenção e posterior desaparecimento.

Estas violações ocorreram e cessaram antes da data de reconhecimento de competência do Tribunal, o que, a princípio, impediria a análise dos delitos pela Corte IDH. Todavia, o Tribunal entendeu que a Guatemala, ao “aceit[ar] totalmente” sua responsabilidade internacional pelas violações dos artigos 16 e 19

da Convenção, admitiu também que todos os fatos conexos a tais violações sejam examinados pela Corte, inclusive o crime de desaparecimento forçado.

Além desta hipótese, a responsabilização do Estado por violação cometida antes do reconhecimento da competência também será possível ante o caráter contínuo e permanente do desaparecimento forçado.

4.2. Caráter permanente e contínuo

O desaparecimento forçado é marcado por um caráter contínuo e permanente de violação de direitos previstos em diversos tratados internacionais de direitos humanos, sobretudo na Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Assim, entende-se que os efeitos causados pelo referido ato prologam-se no tempo, vindo a consumir-se apenas quando se tenha conhecimento da localização da vítima.

Nesse sentido, aponta a própria definição de desaparecimento forçado, prevista no artigo 2º da Convenção Interamericana sobre Desaparecimento, que coloca como elementos constitutivos da prática: a) a privação de liberdade da vítima; b) a intervenção direta de agente do Estado; e c) desconhecimento sobre o paradeiro da vítima.

Ademais, a Corte Interamericana de Direitos Humanos ressaltou reiteradas vezes em seus julgados o caráter permanente que reveste o desaparecimento forçado. Como exemplo, pode-se citar o caso *Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil* [9], em que a Corte, ao ser confrontada sobre a sua legitimidade para responsabilizar o Brasil por fatos ocorridos antes do reconhecimento por este da sua competência contenciosa, afirmou que a natureza permanente e contínua do desaparecimento forçado permite que a Corte julgue essas situações, já que os

efeitos do ato continuam a ser produzidos, pois o paradeiro de grande parte das vítimas da Guerrilha do Araguaia encontra-se desconhecido até então.

5. Conclusão

O desaparecimento forçado de pessoas, problema que se tornou recorrente e sistemático nas ditaduras militares da América Latina é uma violação permanente e continuada, caracterizando também uma multiviolação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesse sentido, a Corte Interamericana de Direitos Humanos vem empreendendo esforços para julgar diversos casos de desaparecimento forçado, consolidando, assim, uma jurisprudência que aponta para a condenação dos Estados.

Todavia, a responsabilização dos países encontra limites no princípio da irretroatividade, segundo o qual o Estado que, no cometimento da violação, não tinha ratificado a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, não pode ser responsabilizado pelos dispositivos desta, uma vez que não havia tipificação dos mesmos no seu ordenamento jurídico. O estatuto da Comissão Interamericana de Direitos Humanos fala também da necessidade de o Estado reconhecer a jurisdição desta Corte para só então ser por ela responsabilizado.

A despeito desses dois entraves, a responsabilização dos Estados pela violação de desaparecimento forçado é não só possível como já ocorreu e vem ocorrendo. Isso porque, mesmo que o delito ocorra antes da aprovação da jurisdição da corte, haverá possibilidade de responsabilização se o Estado reconhecer sua responsabilidade internacional por violação conexa à de desaparecimento. Aqui, cabe lembrar que o desaparecimento forçado configura uma pluralidade de condutas interconectadas entre si, o que reforça a jurisprudência da Corte.

Outro aspecto que possibilita a responsabilização do Estado por desaparecimento anterior ao reconhecimento da competência da Corte é o caráter permanente desta violação. Nesse sentido, enquanto não for descoberto o paradeiro da vítima, entende-se que os efeitos causados pelo desaparecimento forçado continuam acontecendo, podendo o Estado ser punido por ele.

6. Referências

[1] Nesse sentido, ver também caso Corte IDH, Radilla Pacheco vs. México, Julgamento em 23 de novembro de 2009, (Excepciones Preliminares), parágrafo 140. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_es_p.pdf>. Acesso em: 17/04/2016. Caso Corte IDH, Chitay Nech y otros Vs. Guatemala, Julgamento em 25 de maio de 2010, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), parágrafo 85. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_212_esp.pdf>. Acesso em: 17/04/2016.

[2] Ver caso Corte IDH, González Medina y Familiares Vs. República Dominicana, Julgamento em 27 de fevereiro de 2012, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), parágrafo 175. Disponível em <http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_240_esp.pdf>. Acesso em: 17/04/2016. Ver também caso Corte IDH, Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia, Julgamento em 14 de novembro de 2014, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), parágrafo 321. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_287_esp.pdf>. Acesso em: 17/04/2016.

[3] Ver caso Corte IDH, Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, Julgamento em 29 de julho de 1988, (Fondo), parágrafo 150.

Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf . Acesso em: 17/04/2016. Ver também caso Corte IDH, Goiburú y otros Vs. Paraguay, Julgamentos em 22 de setembro de 2006, (Fondo, Reparaciones y Costas), parágrafo 81. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_153_esp.pdf >. Acesso em: 17/04/2016. Caso Corte IDH, Anzualdo Castro Vs. Perú, Julgamento em 22 de setembro de 2009, (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), parágrafo 59. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_202_esp.pdf >. Acesso em: 17/04/2016. Caso Corte IDH, Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil, Julgamento em 24 de novembro de 2010, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparación y Costas), parágrafo 122. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf >. Acesso em: 17/04/2016.

[4] Caso Corte IDH, Charles Toodlican Vs. Canadá, Informe n° 61/07 de 27 de julho de 2007, parágrafo 45. Disponível em <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2007sp/Canada543.01sp.htm> . Acesso em 17/04/2016. Ver também caso Corte IDH, Hermanas Serrano Cruz v. El Salvador, Julgamento em 23 de novembro de 2004, (Excepciones Preliminares), parágrafo 97(c). Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_118_esp.pdf >. Acesso em: 16/04/2016.

[5] Ver lista dos países signatários da Convenção Americana sobre direitos Humanos contendo as datas da assinatura, ratificação, reconhecimento da competência da Corte etc. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/d.Convencao_Americana_Ratif..htm>. Acesso em: 16/04/2016.

[6] Disponível em <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em 26/04/2016.

[7] Caso CIDH, Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador, julgamento em 23 de novembro de 2004, parágrafos 73, 77 e 78 e parágrafo 1 da decisão final. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_120_esp.pdf>, acesso em 15/04/2016.

[8] Caso Corte IDH, Gudiel Álvarez y Otros (“Diário Militar”) Vs. Guatemala. Sentença de 19 de agosto de 2013. parágrafo 32. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_253_esp1.pdf>. Acesso em: 18/04/2016. Ver também caso Corte IDH, Ibsen Cárdeas e Ibsen Penã Vs. Bolívia. Sentença de 1º de setembro de 2010, parágrafo 22. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_217_esp1.pdf>. Acesso em: 18/04/2016. Caso Corte IDH, Icona Estrada y Otros vs. Bolivia. Sentença de 27 de novembro de 2008, parágrafo 30. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/expedientes/seriec_191_esp.pdf>. Acesso em: 18/04/2016. Caso González Medina y Familiares vs. República Dominicana. Sentença de 27 de fevereiro de 2012, parágrafo 192. Disponível em <http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_240_esp.pdf>. Acesso em: 18/04/2016.

[9] Caso Corte IDH, Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil, parágrafos 101 a 111. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 27/04/2016.