

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 815

(Ano IX)

(19/08/2017)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2017

Conselho Editorial

VALDINEI CORDEIRO COIMBRA (DF) -
*Coordenador-Geral. Fundador do Conteúdo
Jurídico. Mestre em Direito Penal Internacional
Universidade de Granda/Espanha.*

MARCELO FERNANDO BORSIO (MG): Pós-
*doutor em Direito da Seguridade Social pela
Universidade Complutense de Madrid. Pós-
Doutorando em Direito Previdenciário pela Univ.
de Milão. Doutor e Mestre em Direito
Previdenciário pela Pontifícia Universidade
Católica/SP.*

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

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

MARCELO FERREIRA DE SOUZA (RJ): *Mestre
em Direito Público e Evolução Social u,
Especialista em Direito Penal e Processo Penal.*

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

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

País: **Brasil**. Cidade: **Brasília – DF**. Endereço:
SHN. Q. 02. Bl. F, Ed. *Executive Office Tower*.
Sala 1308. Tel. 61-991773598 ou 61-3326-1789
Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLUNISTA DA SEMANA



14/08/2017 Eduardo Luiz Santos Cabette

» [Linchamento como medida alternativa penal: a barbárie que se instala](#)

ARTIGOS

18/08/2017 Rômulo de Andrade Moreira

» [Brevíssima análise de uma decisão judicial à luz do princípio do in dubio pro reo](#)

18/08/2017 Leonardo Sarmento

» [Golpe Parlamentar: Distritão e Voto Distrital Misto como burlas ao princípio Democrático e ao Sistema Representativo](#)

18/08/2017 Tarcisio Vieira Gonçalves

» [Biografias não autorizadas: quando a lei permite o que o indivíduo queria proibir](#)

18/08/2017 Jose Luis Bolzan de Moraes

» [A fórmula "Bob&Alice" e o modelo judicial de consenso](#)

17/08/2017 Polyana Santana Campos de Oliveira

» [Guarda judicial de embriões criopreservados ante a dissolução da sociedade conjugal](#)

17/08/2017 Maurício de Andrade Travassos Neto

» [Vedação do parcelamento no cumprimento de sentença: acerto ou equívoco do novo CPC?](#)

16/08/2017 Renato Martins de Albuquerque

» [O direito humano fundamental à moradia adequada, o direito à cidade e a necessidade de realização de audiências públicas para sua efetiva realização](#)

16/08/2017 Maurício de Andrade Travassos Neto

» [A Lei 13.455/2017 pode trazer algum benefício ao consumidor?](#)

16/08/2017 Barbara Marques Silveira

» [Benefícios da triagem embrionária e a lei brasileira frente aos procedimentos que envolvem vidas humanas](#)

16/08/2017 Ubiratan Pires Ramos

» [Os crimes do Presidente](#)

15/08/2017 Frederico Costa Bezerra

» [A responsabilidade civil do Estado pela submissão de detento a condições degradantes de cumprimento de pena e a \(im\)possibilidade de indenização por remição.](#)

15/08/2017 Maria Miracelia Farias de Oliveira Rocha

» [Direito de superfície no âmbito tributário](#)

15/08/2017 Carlos Henrique Rosa dos Santos

» [As consequências jurídicas do abandono afetivo paternal](#)

15/08/2017 Luciana Virgília Amorim de Souza

» [Convocação do concurso público: improbidade administrativa da administração pública ou do gestor público ?](#)

14/08/2017 Thais Cristina Muniz Blanco

» [Limitações Constitucionais à Atuação Probatória do Estado : A Inviolabilidade do Domicílio.](#)

14/08/2017 Daniele Megale Santini

» [Restrições a direitos fundamentais e o sistema constitucional brasileiro](#)

14/08/2017 Roberta Borges Brito Alecrim

» [Acumulação de cargos públicos e o teto remuneratório - jurisprudência do supremo tribunal federal com efeito de repercussão geral](#)

14/08/2017 Ana Luisa Imoleni Miola

» [Da teoria do desvio produtivo como nova modalidade de dano indenizável](#)

MONOGRAFIA

14/08/2017 Patrícia Dino Araújo

» [O sistema de progressão de regime vigente comparado ao previsto no Projeto de Reforma do Código Penal](#)

LINCHAMENTO COMO MEDIDA ALTERNATIVA PENAL: A BARBÁRIE QUE SE INSTALA

EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE: Delegado de Polícia, Mestre em Direito Social, Pós - graduado com especialização em Direito Penal e Criminologia, Professor de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia e Legislação Penal e Processual Penal Especial na graduação e na pós - graduação da Unisal e Membro do Grupo de Pesquisa de Ética e Direitos Fundamentais do Programa de Mestrado da Unisal.

O estabelecimento das estruturas estatais de apropriação dos conflitos intersubjetivos, com a instituição da jurisdição para dirimi-los por meio da aplicação da lei aos casos concretos, gerou nos indivíduos e na coletividade uma expectativa de receber, quando necessária, a devida proteção estatal, bem como aquilo que se entenda como o justo com relação a eventual lesão sofrida.

A frustração dessas expectativas, se ocorre de forma reiterada e, até mais que isso, praticamente contínua, pode gerar o sentimento de impunidade, especialmente no que tange à seara penal.

A existência de um aparato estatal que tem por fim declarado aplicar o Direito aos casos concretos de necessidade de punição por sua violação, nada significa na medida em que esse aparato não cumpre a contento suas funções, seja por laxismo, seja por falta de condições mínimas (materiais e/ou humanas) ou por uma orientação ideológica que acaba rebaixando os níveis de satisfação da expectativa do cidadão comum quanto à aplicação da lei que a todos rege, ao menos em tese.

Há muito tempo já alertava Beccaria que não adianta haver a previsão de penalidades rigorosíssimas se não há efetividade em sua aplicação. Tal situação se equipara a alimentar um gigante que se pretende usar como proteção de uma cidade, mas tal gigante não usa sua força descomunal, senão apenas grita tresloucadamente quando algum inimigo se aproxima, deixando a cidadela

desprotegida. Grita com os invasores, os ameaça, mas não se move. Na conhecida passagem do autor:

“Não é o rigor do suplício que previne os crimes com mais segurança, mas a certeza do castigo”. [1]

Assim sendo, é possível concluir que o sentimento de impunidade é altamente criminógeno, não somente com relação aos que sintam uma tendência a praticar infrações penais em geral, como também com referência àqueles tentados a fazer “justiça” com as próprias mãos, o que, no atual estágio de civilização, também constitui uma modalidade criminosa.

Com explica Greco:

“O Estado Moderno não pode tolerar a *justiça privada*, na qual, como regra, prevalece a vontade do mais forte. A partir do instante em que o Estado chamou a si a responsabilidade de distribuir a justiça, conseqüentemente, passou a tentar evitar a *justiça privada*, pois, neste último caso, verifica-se uma mistura de personagens, isto é, em uma única pessoa encontram-se fundidas as figuras do acusador e do juiz.

Aquele, portanto, que tentar fazer justiça pelas próprias mãos deverá ser responsabilizado pela infração tipificada no art. 345 do Código Penal”. [2]

A pessoa vitimizada criminalmente passou historicamente por um período que se costuma denominar de “protagonismo”, correspondendo à vigência da “vingança privada, onde os danos produzidos sobre uma pessoa eram reparados ou punidos pela própria pessoa”. No seguimento vem uma fase de “neutralização” da vítima, considerando a necessidade uma resposta “imparcial” ao crime, bem como a “despersonalização” da rivalidade. A preocupação com a reparação da vítima torna-se algo desprezado no âmbito penal, bem como os interesses do sujeito passivo. Mas, essa fase vai sendo superada por um processo

que se convencionou chamar de “redescobrimto” da vítima no Processo e no Direito Penal. [3]

No entanto, toda essa transição no tratamento dado à vítima no Direito e no Processo Penal fica num plano secundário ou mesmo inócuo, acaso a efetiva aplicação do Direito Penal por seu instrumental básico, que é o Processo Penal, não se dê de forma a satisfazer as expectativas sociais.

Quando essa frustração de expectativas ocorre, abre-se espaço para algo muito deletério, que é o chamado “Estado de Anomia”, diagnosticado por Durkheim. O “Estado de Anomia” se caracteriza pela ausência ou sensação de ausência de qualquer regulamentação. Há uma imensa dificuldade em discernir, segundo regras sociais válidas e vigentes, “o que é possível e o que não é, o que é justo e o que é injusto, quais são as expectativas e as esperanças legítimas, quais são exageradas”. Há uma sensação de “desregramento” muito acentuada. [4]

No que tange à criminalidade, o próprio Durkheim reconhece que certa quantidade de crime é algo “normal” numa sociedade sadia. A ausência absoluta de infrações numa sociedade estaria a indicar ou que não é humana (composta de santos) ou que está sob o jugo de um regime totalitário. Enfim, o crime na sociedade não pode ser confundido com sua “patologia”, mas constitui parte de sua “fisiologia”. Contudo, alerta o sociólogo sob comento:

“Pode, sem dúvida, acontecer que até o crime tome formas anormais; é o que acontece quando, por exemplo, atinge uma taxa exagerada. Efetivamente, não há dúvida de que este excesso é mórbido. O que é normal é simplesmente que exista uma criminalidade, contanto que atinja e não ultrapasse, para cada tipo social, um certo nível”. [5]

Porém, quando a criminalidade atinge patamares exagerados e não há uma resposta eficaz do Estado, como é exemplo a realidade brasileira [6], está posta a situação de “anomia” ou ao menos o caminho certo para ela, palmilhado pelo recorrente sentimento de impunidade.

Mesmo um positivista como Kelsen, não cometeu o erro de desprezar o conceito e, especialmente, o sentimento humano de anseio por “Justiça”. Em uma frase lapidar, assenta:

“O anseio por justiça é o eterno anseio do homem por felicidade”. [7]

Ao longo dos séculos, sem muito sucesso em termos de consenso, se tem buscado a definição do que seja “Justiça”. Porém, como destaca Sen, com auxílio da rica literatura de Dickens, a intuição do reverso, ou seja, o sentimento de injustiça, parece ser ínsito ao homem desde a mais tenra idade:

“No pequeno mundo onde as crianças levam sua existência’, diz Pip em *Great expectations* (Grandes esperanças), de Charles Dickens, “não há nada que seja percebido ou sentido tão precisamente quanto a injustiça’. (...). O que nos move, com muita sensatez, não é a compreensão de que o mundo é privado de uma justiça completa – coisa que poucos de nós esperamos -, mas a de que a nossa volta existem injustiças claramente remediáveis que queremos eliminar”. [8]

É esse sentimento disseminado de injustiça que tem o potencial de gerar, em situações extremas, a tendência ao “justiçamento”, o que nada mais é do que uma perversão da Justiça, mas que, em certas circunstâncias, adquire a *aparência* de via única para reagir ao mal. [9]

Martini leciona que a palavra inglesa “lynching”, que origina no espanhol “linchamiento” e “linchar” [10] tem seu surgimento em 1835 como um verbo derivado da expressão “Lynch law” (Lei de Lynch). A expressão deve sua formulação à figura de William Lynch, o qual, nos idos de 1782, teria celebrado um acordo com o legislativo do Estado da Virgínia, que o autorizava a aplicar penas em forma de *coerção direta*, ou seja, sem intermediação de procedimentos legais, isso por falta de juízes suficientes. O autor ainda expõe outra raiz da expressão enfocada como sendo originária do Coronel Charles Lynch que também

presidiu um tribunal irregular e procedeu a condenações sem o devido processo legal de muitas pessoas, por ocasião da independência do Estados Unidos. [11]

O mesmo autor acima mencionado aponta para o fato observável de que tanto a chamada “Lei de Lynch” como sua aplicação, o “linchamento”, sempre esteve vinculada a circunstâncias extraordinárias de falta de justiça. Em outros termos:

“Podría decirse que se trató – y se trata – de la reacción (individual o colectiva) ante la presunción o certeza de que el Estado no está en condiciones de hacer justicia. Por supuesto que a esta presunción o certeza puede e debe, agregarse, en muchos casos, una dosis importante de indignación, frustración, pero también impaciencia, enloquecimiento colectivo y arbitrariedad. Al fin y al cabo estamos hablando de la justicia por mano propia – en su forma más brutal, ya que consiste en dar muerte a un hombre -, apartándose de las normas legales y de los mecanismos previstos por la sociedad para hacer justicia”. [12]

Se é lícito fazer coro com Delmas – Marty, definindo a “Política Criminal” como “o conjunto de procedimentos através dos quais o corpo social organiza as respostas ao fenômeno criminal”, [13] pode parecer que a reação ao delito por meio do linchamento seja uma espécie “informal” de modelo de “Política Criminal”. É claro que isso não passa de aparência enganosa e inadmissível, enquanto se pretender conviver em uma sociedade que se possa chamar de minimamente civilizada.

Como bem aduz Canavan, ao condenar a reação violenta contra defensores do aborto por grupos contrários a essa prática:

“Não há obrigação moral de combater todo mal. Menos ainda qualquer um tem a autoridade moral para evitar o mal por qualquer meio, todo meio que ele e seus

associados considerem necessário e adequado. Atos revolucionários como matar pessoas por seus crimes (por reais que sejam os crimes) golpeiam as raízes da ordem de que dependem a vida, a liberdade e a propriedade de todos nós; conseqüentemente, a lei não pode tolerá-los”.

[14]

Não há a menor dúvida de que é inaceitável o “justiçamento” como uma espécie de “alternativa penal”. Porém é preciso ter em mente que essa reação (reação no sentido mais puro, daquele que não *age* como humano, mas *reage* como o animal), é conatural à sensação de anomia e impunidade, à sensação de que o Estado permanece inerte ou até mesmo é conivente com a criminalidade.

Novamente é importante a assertiva de Martini, quando indaga e responde o que pode levar à execução popular sumária de um suposto criminoso, sem aguardar um juízo de condenação formal:

“Daré una respuesta. No la única posible pero si la que explica la aparición periódica, a lo largo de la historia, de esta forma primitiva – e injusta – de hacer justicia. Me refiero a la conciencia colectiva de que en una sociedade no hay justicia o quizás, con mayor precisión, de que los organismos sociales encargados formalmente de hacer justicia no lo harán, de que no puede esperarse justicia de parte del Estado. De más está decir que esta conciencia o percepción colectiva de falta de justicia, de la inutilidade de esperar que los tribunales penales cumplan su función no es caprichosa ni casual. Necesariamente se forma por la repetición, a lo largo de un tempo considerable, de actos sistemáticos de negación de justicia”.

El linchamento aparece entonces como una verdadeira alternativa penal. Indesejable, sí. Terrible, injusta,

brutal. Pero alternativa que brota de una realidade en que la *negación* de justicia se há hecho insoportable”. [15]

Ferrajoli, certamente o maior ícone do chamado “garantismo jurídico – penal” da atualidade, também intui essa provável reação brutal popular (individual e/ou coletiva) e rechaça como impraticável e funesta a teoria do “abolicionismo penal”:

“Existe, entretanto, um outro tipo de objetivo no qual o princípio da pena mínima pode ser comissurado: trata-se da prevenção, mais que dos delitos, de um outro tipo de mal, antitético ao delito, que normalmente é negligenciado tanto pelas doutrinas justificacionistas como pelas abolicionistas. Esse outro mal é a maior reação – informal, selvagem, espontânea, arbitrária, *punitiva mas não penal* – que, na ausência de penas, poderia advir da parte do ofendido ou de forças sociais ou institucionais solidárias a ele. É o impedimento desse mal, do qual seria vítima o réu, ou, pior ainda, pessoas solidárias ao mesmo, que representa, eu acredito, o segundo e fundamental objetivo justificante do direito penal. (...). Tutela não apenas a pessoa do ofendido, mas, do mesmo modo, o delinquente contra reações informais públicas ou privadas”. [16]

Retomando Martini, há que lembrar a frase atribuída ao personagem Michael Kohlhass, do romance de mesmo título, da autoria de Heinrich von Kleist, o qual, após pleitear seus direitos vilipendiados pelas vias legais e se ver completamente frustrado, se transforma em um justiceiro:

“Quien me niega la protección de la ley (...) me pone en la mano la espada con que protegerme a mi mismo”. [17]

E parafraseando Brecht, em seu poema intitulado “Quem se defende”, ao dizer: “Quem não dá pão ao faminto quer a violência”, [18] pode-se falar, “Quem não dá justiça ao lesado quer a violência”.

Dessa forma, como bem destaca Martini:

“La ley de Lynch se transforma así en una ley que parece pertenecer más al reino inexorable de la física que al del derecho o la moral; cuando en una sociedade entra en crisis la confianza en la justicia penal, cuando los ciudadanos comunes constatan – una y otra vez – que los jueces penales dejan en libertad a los delincuentes por razones incomprensibles (pero que, en todos los casos, importan una negación del sentido común de justicia), tarde o temprano, reaccionan brutalmente”. [19]

A advertência é relevante, especialmente numa realidade como a brasileira, na qual se verifica um sucateamento e abandono da Polícia Judiciária, prejudicando de forma absurda a devida apuração as infrações penais e destruindo na base todo o sistema repressivo criminal. Também conta-se com um Ministério Público deficitário que tenta abarcar o mundo com os braços, sendo fato que sequer dá conta minimamente de umas poucas de suas inúmeras incumbências funcionais, e um judiciário igualmente sucateado, com número absolutamente insuficiente de magistrados e funcionários, gerando morosidade e ineficiência. Nesse quadro, acreditar que atos desumanos significam aqueles que são realizados por indivíduos divergentes, diferentes do homem comum, é uma bela e perigosa ilusão. Toda conduta desumana que já foi, é ou pode ser praticada na história é produção da ação humana. A verdade é que “nunca são as virtudes, mas sempre os vícios a nos dizer, de tanto em tanto, quem é o homem”. [20] Esse homem é aquele que clama por Justiça e que, se a tem negada. ou se a sente negada rotineiramente, sem maior dificuldade, tenderá a fazer o que entende por justiça pelos seus próprios meios arbitrários. Por isso urgente se torna minimizar a impunidade, respondendo aos anseios sociais, para que se possa manter as garantias individuais e coletivas conquistadas a duras penas ao longo dos séculos pela humanidade.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Trad. Paulo M. Oliveira. Rio de Janeiro: Ediouro, 1985.

BRECHT, Bertolt. *Poemas*. Trad. Paulo Cesar Souza. 3ª. ed. São Paulo: Brasiliense, 1987.

CANAVAN, Francis. Killing Abortionists: A Symposium. *First Things*. n. 48, dec., 1994. Disponível em <https://www.firstthings.com/article/1994/12/killing-abortionists-a-symposium>, acesso em 26.07.2017.

DELMAS – MARTY, Mireille. *Modelos e Movimentos de Política Criminal*. Trad. Edmundo Oliveira. Rio de Janeiro: Revan, 1992.

DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2001.

_____. *O Suicídio*. Trad. Alex Martins. São Paulo: Martin Claret, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Trad. Ana Paula Zomer “et al.” São Paulo: RT, 2002.

GALIMBERTI, Umberto. *Os vícios capitais e os novos vícios*. Trad. Sérgio José Schirato. São Paulo: Paulus, 2004.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Volume IV. 11ª. ed. Niterói: Impetus, 2015.

KELSEN, Hans. *O que é Justiça?* Trad. Luís Carlos Borges. 2ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MARTINI, Siro M. A. De (Comp.). *Em Defesa Del Derecho Penal*. Buenos Aires: Educa, 2008.

SEN, Amartya. *A Ideia de Justiça*. Trad. Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SUMARIVA, Paulo. *Criminologia*. 3ª. ed. Niterói: Impetus, 2015.

NOTAS:

[1] BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Trad. Paulo M. Oliveira. Rio de Janeiro: Ediouro, 1985, p. 80.

[2] GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Volume IV. 11ª. ed. Niterói: Impetus, 2015, p. 659.

[3] SUMARIVA, Paulo. *Criminologia*. 3ª. ed. Niterói: Impetus, 2015, p. 96.

[4] DURKHEIM, Émile. *O Suicídio*. Trad. Alex Martins. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 273.

[5] DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2001, p. 83.

[6] Os motivos são vários: leis confusas e permissivas; ideologia que perverte valores; abandono absoluto da Polícia Judiciária; falta de recursos humanos e materiais na Justiça etc. Um exemplo recente de perversão de valores e algo que beira à insanidade, é o de um Membro do Ministério Público que se manifestou num caso em que infratores atiraram contra uma viatura, no sentido de que aquilo não era uma infração grave, mas que os criminosos somente tinham a intenção de “afugentar” os policiais do local!!!

[7] KELSEN, Hans. *O que é Justiça?* Trad. Luís Carlos Borges. 2ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 2.

[8] SEN, Amartya. *A Ideia de Justiça*. Trad. Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 9.

[9] Diz-se “aparência”, porque, na verdade, trata-se de tão somente mais uma reação má, ou seja, o mal que se retroalimenta.

[10] E no português o verbo “linchar” e o substantivo “linchamento”.

[11] MARTINI, Siro M. A. De. La impunidad en Argentina (entre linchamento, Derecho Penal Del Enemigo y Derecho Penal Realista). In: MARTINI, Siro M. A. De (Comp.). *Em Defesa Del Derecho Penal*. Buenos Aires: Educa, 2008, p. 26.

[12] Op. Cit., p. 26.

[13] DELMAS – MARTY, Mireille. *Modelos e Movimentos de Política Criminal*. Trad. Edmundo Oliveira. Rio de Janeiro: Revan, 1992, p. 24.

[14] CANAVAN, Francis. Killing Abortionists: A Symposium. *First Things*. n. 48, dec., 1994. Disponível em <https://www.firstthings.com/article/1994/12/killing-abortionists-a-symposium>, acesso em 26.07.2017. No original: “There is no universal moral obligation to prevent all evil. Still less does anyone have the moral authority to prevent evil by any and all means that he or his associates consider necessary.”

(...). Revolutionary actions, such as killing persons for their crimes (however real the crimes may be), strike at the roots of the order on which the life, liberty, and property of all us depend, and therefore the law cannot tolerate them”.

[15] MARTINI, Siro M. A. De. Op. Cit., p. 27.

[16] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Trad. Ana Paula Zomer “et al.” São Paulo: RT, 2002, p. 268.

[17] MARTINI, Siro M. A. De. Op. Cit., p. 27.

[18] BRECHT, Bertolt. *Poemas*. Trad. Paulo Cesar Souza. 3ª. ed. São Paulo: Brasiliense, 1987, p. 85.

[19] MARTINI, Siro M. A. De. Op. Cit., p. 27 – 28.

[20] GALIMBERTI, Umberto. *Os vícios capitais e os novos vícios*. Trad. Sérgio José Schirato. São Paulo: Paulus, 2004, p. 13.

BREVÍSSIMA ANÁLISE DE UMA DECISÃO JUDICIAL À LUZ DO PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO

RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA:
Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia. Professor de Direito Processual Penal da UNIFACS. Pós-graduado, lato sensu, pela Universidade de Salamanca/Espanha (Direito Processual Penal). Especialista em Processo pela UNIFACS.

Lendo a longa decisão proferida pelo Juiz Federal Sérgio Fernando Moro, titular da 13ª. Vara Federal de Curitiba, aquela mesma onipotente, onissapiente e, sobretudo, onipresente - portanto, presidida por um Deus!, alguns trechos revelaram-se de uma impropriedade técnica do ponto de vista processual penal quase inacreditável.

O Magistrado, simplesmente, ignorou os depoimentos prestados pelas testemunhas arroladas pelos acusados e, em sentido contrário, supervalorizou os depoimentos das testemunhas arroladas pelo Ministério Público, inclusive delatores já condenados.

Em relação aos delatores, o próprio Juiz assim o diz quando escreveu, às fls. 152, não haver "*nenhuma dúvida de que os depoimentos de (...) e de (...) são questionáveis, pois são eles criminosos confessos que resolveram colaborar a fim de colher benefícios de redução de pena.*"

Ah é!, e desde quando depoimento prestado por delator (trancafiado em uma cela) serve como prova para uma condenação? O próprio Supremo Tribunal Federal entende que não serve.

Na verdade, admitindo-se a validade jurídica de uma delação premiada - questão que não cabe agora enfrentar, poder-se-ia classificá-la tecnicamente com um meio de obtenção de prova, como ocorre com a busca e apreensão ou a interceptação telefônica, por exemplo.

Mas, não é só.

Na sentença ignorou-se, outrossim, que um famoso doleiro (o primeiro dos delatores no processo da Lava Jato), "*declarou não ter conhecimento de solicitação ou pagamento de vantagem indevida ao ex-Presidente da República.*" (fls. 179).

Em outros fragmentos da decisão, às fls. 145, por exemplo, o julgador admite expressamente haver "*diversas contradições entre os depoimentos, entre os dos acusados, entre os das testemunhas e entre os dos acusados com os das testemunhas.*" Segundo ele, "*parte das divergências pode ser explicada por um imperfeito conhecimento dos fatos.*" (sic).

Ainda na mesma página, admite-se também que "*alguns depoimentos de executivos e empregados da OAS Empreendimentos nestes autos parecem ter sido afetados por algum receio de auto incriminação.*" E, mais: "*Ainda que as contradições possam ser parcialmente explicadas, elas existem.*"

Na folha subsequente, lê-se a seguinte pérola:

"Há outros depoimentos que não são conclusivos em um sentido ou no outro, uma vez que o depoente teria somente um conhecimento limitado dos fatos ou afirmou que não conheceria detalhes deles." Também nesta folha afirma-se que a "*prova oral não é uníssona.*"

Ora, se assim o é, como expressamente afirmado, tudo levaria a uma sentença absolutória, pelo menos em relação ao ex-Presidente da República, por força do art. 386, VII do Código de Processo Penal, pois, como se aprende logo nos primeiros anos da faculdade de Direito, na sentença final deve o Juiz observar o princípio do **in dubio pro reo**, e não o inexistente **in dubio pro societate**, como parece ter sido o caso.

A propósito, importante trazer à baila a lição sempre precisa de Aury Lopes Jr.:

"Contribui para a posição tradicional, com raras exceções, o famigerado 'in dubio pro societate', com a equivocada exigência de que o réu deve fazer prova integral do fato modificativo sem que a revisão seja acolhida quando a questão não superar o campo da dúvida. Essa

problemática costuma aparecer quando o fundamento da revisão situa-se na dimensão probatória ('evidência dos autos', 'novas provas de inocência', 'depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos' etc.). Nesses casos, cumpre perguntar: a) Onde está a previsão constitucional do tal 'in dubio pro societate'? (...) O sistema probatório fundado a partir da presunção constitucional de inocência não admite nenhuma exceção procedimental, inversão de ônus probatório ou frágeis construções inquisitoriais do estilo in dubio pro societate. Portanto, ainda que tradicionalmente somente a sentença condenatória frontalmente contrária à evidência dos autos seja passível de ser revisada, pensamos que o processo penal democrático e conforme à Constituição não mais admite tal reducionismo. (...) Entendemos que se a prova nova for apta a gerar uma dúvida razoável, à luz do in dubio pro reo (que segue valendo), o acolhimento da revisão é imperativo. Não incumbe ao réu, em nenhum momento e em nenhuma fase, ter de provar cabalmente sua inocência, senão que a dúvida razoável sempre o beneficia, por inafastável epistemologia do processo penal."^[1]

Destarte, afirmar a culpa de um acusado nestes termos representa uma valoração meramente especulativa, eis que se está presumindo - à míngua de prova cabal e conclusiva, a autoria do crime. E, bem se sabe, o juízo da condenação deve deitar raízes no campo da certeza, pois qualquer dúvida capaz de comprometer a estabilidade e segurança de um pronunciamento condenatório há de resultar, invariavelmente, na aplicação do princípio **in dubio pro reo**.

Como afirma Renato Brasileiro, "o *in dubio pro reo* não é, portanto, uma simples regra de apreciação das provas. Na verdade, deve ser utilizado no momento da valoração das provas: na dúvida, a decisão tem de favorecer o imputado, pois o imputado não tem a obrigação de provar que não praticou o delito. Antes, cabe à parte acusadora (Ministério Público ou querelante) afastar a presunção de não culpabilidade que recai sobre o imputado, provando além de

uma dúvida razoável que o acusado praticou a conduta delituosa cuja prática lhe é atribuída.”[\[2\]](#)

Vejam os outros exemplos: às fls. 151, afirma-se que *"não foram, por outro lado, localizados quaisquer documentos e nem há depoimentos nesse sentido de que teria havido qualquer discussão com (o ex-Presidente) ou com (sua esposa) pela OAS Empreendimentos acerca da necessidade de pagamento por eles do custo da reforma havida, de R\$ 1.104.702,00."* Mais dúvidas, portanto!

Logo, como escreveu Jescheck, *"havendo dúvidas sobre a ocorrência de um fato juridicamente relevante, a resolução deve ater-se sempre à possibilidade mais favorável ao acusado, expressa no 'in dubio pro reo'."*[\[3\]](#)

Veja-se que o Tribunal Regional Federal da 2ª. Região já decidiu *"descaber presunção relativa em favor da acusação. A garantia constitucional do in dubio pro reo implica que todos os elementos do delito devem ser provados pela acusação, pois a dúvida sobre sua ocorrência levará à absolvição do acusado. A sentença condenatória exige a certeza quanto à ocorrência do crime e à participação do agente no fato delituoso, sob pena de afronta ao princípio constitucional do in dubio pro reo."* (Processo nº: 2003.51.01.542040-0 – Relatora: Desembargadora Liliane Roriz).

Esse acórdão sim! obedece a Constituição Federal, ao contrário da sentença que ora se analisa, pois, *"estando o juiz diante de prova para condenar, mas não sendo esta suficiente, fazendo restar a dúvida, surgem dois caminhos: condenar o acusado, correndo o risco de se cometer uma injustiça, ou absolvê-lo, correndo o risco de se colocar nas ruas, em pleno convívio com a sociedade, um culpado. A melhor solução será, indiscutivelmente, absolver o acusado, mesmo que correndo o risco de se colocar um culpado nas ruas, pois antes um culpado nas ruas do que um inocente na cadeia"*.[\[4\]](#)

O mesmo Tribunal Regional Federal, em outro julgado, deixou asseverado:

"Dos depoimentos das testemunhas arroladas pelo réu, todas idôneas, extraem-se relatos que coadunam com sua tese, contribuindo para que se presuma sua inocência em definitivo. Dessa forma, diante da incerteza quanto a autoria

do crime, por respeito ao princípio do in dubio pro reo, às normas penais e aos dispositivos constitucionais, deve ser mantida a absolvição do apelado. Apelo improvido.” (ACR – 3699/RJ, Processo: 200251015064767, 4ª. Turma. Rel. Juiz Federal Rogério Carvalho, DJU:19/04/2004, pág: 274).

Definitivamente, o Juiz Sérgio Moro, que no caso Banestado já havia demonstrado seus pendores para acusador e sua incapacidade para presidir um processo complexo e de apelo midiático, neste caso da Lava Jato comete erros a mancheias, cada vez mais grosseiros e recorrentes.

Já foram vários, a começar por se arvorar Juiz competente para processar e julgar todo e qualquer caso penal relativo à corrupção que envolva a Petrobrás, independentemente do local onde o suposto crime tenha se consumado, afrontando as regras impostas pelo Código de Processo Penal (o art. 70, acima referido). Ele sustenta uma conexão processual entre inúmeros crimes e dezenas de acusados, fenômeno jurídico nem sempre existente, usurpando a competência de outros Juízos federais.

Outro absurdo que esse Magistrado pratica é o abuso na decretação de prisões preventivas e temporárias, com fundamentações muitas vezes genéricas, quando sabemos que as prisões provisórias – anteriores a uma sentença condenatória definitiva – devem ser decretadas excepcionalmente. O Juiz Sérgio Moro, ao contrário, transformou em regra o que deveria ser uma exceção, o que é um retrocesso em relação à Constituição Federal. E o mais grave: tais prisões, revestidas de uma suposta legalidade, são decretadas, na verdade, na maioria das vezes, com uma finalidade: coagir o preso, ainda sem culpa certificada por uma sentença condenatória, a delatar. Isso é fato e é gravíssimo. Deixa-se o investigado ou o réu preso durante meses, trancafiado em uma cela minúscula, praticamente incomunicável, sem que se demonstre legalmente a necessidade da prisão, pressionando-o a firmar um “acordo” de delação. Ora, quem não se submeteria? E quem não falaria o que os inquisidores queriam? Isso é muito complicado.

A Lei nº. 12.850/13, que trata da delação premiada, exige expressamente a voluntariedade do delator. Será mesmo que estas delações que estão sendo feitas em Curitiba são voluntárias no sentido próprio do vernáculo?

Se não o são, até que ponto podem ser críveis? Vejam os benefícios que estes delatores estão tendo em relação às suas penas. Sem falar em outros que sequer estão previstos em lei, contrários à lei, inclusive.

O Juiz Sérgio Moro deslumbrou-se! Muito difícil para um jovem não sucumbir a tantos holofotes e ao assédio da grande mídia e de parte da população, especialmente da classe média, da qual ele faz parte. Mas, isso não o isenta e a História não o perdoará, ao contrário do que ele e muitos acreditam. Assim, ficou difícil impedi-lo de tais abusos. Tudo que ele faz, todas as suas decisões têm uma presunção de legalidade e de justiça, o que é um equívoco, obviamente. Como frear um “salvador da pátria”, o redentor! E é óbvio que assim o sendo, a tendência é que as decisões do Juiz Sérgio Moro sejam confirmadas pelos demais órgãos do Poder Judiciário que, muitas vezes, não ousam ser contra majoritários, como tinham que ser em uma República e em um Estado Democrático de Direito. O Magistrado, ao contrário do que já se disse, não tem que decidir conforme “a voz das ruas” ou para atender ao clamor popular. Magistrado tem que ter compromisso, exclusivamente, com a Constituição Federal, isso é o que o legitima, já que ele não tem a legitimidade popular. Os Juízes brasileiros têm que ter essa consciência: como eles não são votados, a sua legitimidade decorre da fundamentação de suas decisões e tal fundamentação, por sua vez, decorre da observância das leis e das regras e dos princípios constitucionais. Passar em um concurso público, marcando um “x” e discorrendo sobre a doutrina do jurista “A” ou “B” ou sobre o entendimento do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal sobre tal ou qual matéria, não lhes dá nenhuma, absolutamente nenhuma, legitimidade constitucional para exercer a sua jurisdição. Neste sentido, considero que, ao ratificarem as decisões do Juiz Sérgio Moro, todas as demais instâncias do Poder Judiciário brasileiro, inclusive o Supremo Tribunal Federal, cometem abusos. E, repito: a História não os perdoará!

Claro que a prática de um delito exige a punição pelo Estado (até que se encontre algo mais humano para se fazer com quem o fez e se procure entender porquê o fez), mas não se pode punir a qualquer custo. Há regras a serem observadas. Regras e princípios constitucionais. E no Brasil, hoje, isso não ocorre. E a Operação Lava Jato é um exemplo muito claro disso. Vivemos um verdadeiro período de exceção. Hoje, não há Estado Democrático de Direito. Isso

é balela! Conduz-se coercitivamente que não pode sê-lo. Invade-se domicílio que não pode ser invadido. Determina-se interceptações telefônicas de quem não pode ser interceptado. Prende-se quem tem imunidade constitucional. Aqui faz o que o Judiciário quer ou o que o Ministério Público pede. Dane-se a Constituição Federal! Estamos vivendo dias verdadeiramente sombrios. A nossa única esperança, que era o Supremo Tribunal Federal, virou uma desesperança. Apelar mais para quem? Isso sem falar na pauta conservadora que assola o País.

Por fim, recorro da Operação Mãos Limpas, na Itália. Lá, como aqui, pretendeu-se acabar com a corrupção e, tal como na Itália (um dos Países mais corruptos do mundo, que o diga Berlusconi, filhote da Operação Mãos Limpas), a Operação Lava-Jato não vai acabar com a corrupção, muito pelo contrário. Se ela vai acabar com alguma coisa é com algumas das maiores empresas brasileiras (e, conseqüentemente, com o emprego de nossos trabalhadores – o que vai permitir que as empresas estrangeiras voltem ao Brasil com os seus empregados ou pagando uma miséria à nossa mão de obra) e com os direitos e garantias individuais arduamente conquistados com a redemocratização. Há outra semelhança: pretende-se acabar também com um partido político, como ocorreu na Itália (Partido Socialista Italiano). A corrupção, ao contrário do que muitos pensam, não é um problema do Sistema Jurídico, mas do Sistema Político e do Sistema Econômico, daí porque serem fundamentais reformas políticas e econômicas. O neoliberalismo é perverso e o nosso modelo político favorece a corrupção.

NOTAS:

[1] Direito Processo Penal, São Paulo: Saraiva, 11^a. edição: 2014, páginas 1348 e 1351.

[2] Manual de Processo Penal, Salvador: Editora Juspodivm, 2^a. edição, 2014, p. 51.

[3] Tratado de Derecho Penal, Parte General, 4^a. edição, Granada: Comares Editorial, 1993, p. 127.

[4] RANGEL, Paulo, Direito Processual Penal, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 7^a. edição, 2003, p. 35.

GOLPE PARLAMENTAR: DISTRITÃO E VOTO DISTRITAL MISTO COMO BURLAS AO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E AO SISTEMA REPRESENTATIVO

LEONARDO SARMENTO: Advogado. Professor constitucionalista, consultor jurídico, palestrante, parecerista, colunista do jornal Brasil 247 e de diversas revistas e portais jurídicos. Pós graduado em Direito Público, Direito Processual Civil, Direito Empresarial e com MBA em Direito e Processo do Trabalho pela FGV.

Tema recorrente no debate público, a crise profunda de representatividade entre classe política e sociedade pode ser parcialmente superada com a adoção do voto distrital puro? Há interesse político em discuti-lo como modelo? São estas questões que procuraremos debater e responder.

Preliminarmente há que se destacar uma abissal distância entre querer e a realidade dos fatos de uma cogitada reforma política.

De um lado a ampla maioria de uma apodrecida casta política desejando a penumbra, a opacidade de um sistema eleitoral que lhes garanta a continuidade desviada das práticas da política sem as responsabilidades que lhes seriam consectárias, preservando com o oportunismo de mandatos continuados impeditivos de um desejável processo democrático de renovação.

Política como profissão com uma sociedade inserida em um sistema representativo sem representação, ignorada em seus anseios, ludibriada às escâncaras, espoliada e sem possibilidades de reação, tomada por um clientelismo conluiado de poder.

Neste diapasão que sustentaremos nosso debate, quando parte imprescindível de uma reforma política perpassa por uma substancial alteração em nosso modelo de sistema eleitoral mais que acabrunhado. Problema consiste que nossos representantes parecem intencionalmente dialogar apenas em sentido corporativo de interesses voltados para manutenção do desviado sistema decrépito e excludente de poder, claramente nos negando democrática participação aless dos desesperados brados das ruas.

Em regra cada Estado define em sua constituição quais serão os sistemas pelos quais serão escolhidos os seus representantes. Esses

sistemas eleitorais nada mais são do que a escolha da forma como se transformam os votos do povo em mandatos políticos, ou seja, como será feita a contagem de votos para definir os candidatos que exercerão os mandatos para representação política dos cidadãos. Em *terra brasiliis* utilizamos os sistemas majoritário e proporcional para realizarmos as eleições.

O sistema majoritário é aplicado nas eleições para senadores e chefes do Poder Executivo. Por meio desse sistema, em municípios de até 200 mil eleitores, o candidato a prefeito e seu vice serão eleitos pela maioria simples do total de votos válidos. Para a eleição para presidente e vice-presidente da República, governador de estado e do Distrito Federal e para prefeito de município com mais de 200 mil eleitores, exige-se a maioria absoluta dos votos válidos. Não ocorrendo, haverá segundo turno entre os dois candidatos mais votados.

O sistema proporcional é utilizado nas eleições para as câmaras de vereadores municipais, as assembleias legislativas estaduais, para a Câmara Legislativa do Distrito Federal e para a Câmara dos Deputados. No sistema proporcional, utiliza-se o quociente eleitoral, que é o número de votos válidos apurados dividido pelo número de vagas no parlamento. Esse resultado significa o número de votos que cada partido político ou coligação de partidos deverá alcançar para ter direito a uma vaga para vereador ou deputado.

Estes são os sistemas previstos em nosso diploma constitucional de 1988.

O sistema distrital desponta sua autoridade, observado pelos estudiosos despidos do ranço das ideologias de partidos, como a melhor opção para o resgate original das essenciais virtudes de um sistema representativo não viciado e sem desvios de sentido. O sistema proporcional é indubitavelmente o que carrega maior número de críticos pela ausência de transparência que reverbera.

Assim, a assunção para o sistema distrital reformularia o essencial liame entre representante e representado, pois o sistema consiste em dividir a circunscrição eleitoral de um estado ou de um município em um número de distritos que corresponda ao número de vagas em disputa a serem preenchidas. Cada distrito teria os seus candidatos, que disputariam a eleição para representá-lo no Poder Legislativo. Os distritos

podem ser divididos para representar um número de eleitores ou um determinado território. Dessa forma, os partidos políticos poderiam indicar um candidato para concorrer em cada um deles. Assim, disputados os votos, eleger-se-ia um representante de cada distrito para o parlamento.

Exemplificando: o estado X esteja ocorrendo a eleição para a Câmara dos Deputados e estejam em disputa dez vagas para deputados federais, ele seria dividido (apenas para efeito de cálculos) em dez distritos. Os candidatos deveriam se candidatar por distrito e somente poderiam receber votos dos eleitores do distrito pelo qual são candidatos. Assim, cada distrito elegeria um deputado federal pelo estado X até atingir o número de dez deputados federais dos quais o estado tem direito.

Uma das maiores críticas do sistema proporcional que hoje reverbera é sua clara inadequação representativa em relação aos eleitores, tendo em vista a corriqueira distorção na manifestação de vontade do eleitor, que, ao votar, é possível efetivamente acabar elegendo outro candidato para o parlamento. Permite a eleição de candidatos que não tiveram votos suficientes para isso e só conseguiram uma vaga por conta da coligação. Geram claras distorções na representação de forma que, o eleitor, ao votar em determinado candidato, tem o seu voto contabilizado no total de votos do partido ou da coligação para se apurar a quantidade vagas no parlamento a que o partido ou a coligação terá direito. As vagas obtidas pelo partido político ou pela coligação serão, portanto, preenchidas pelos mais votados.

Outro ponto importante é que no sistema proporcional, para a eleição de, por exemplo, um deputado estadual, promove-se campanha por todo o estado, visando ampliar ao máximo a visibilidade da sua candidatura com o fito de conseguir o maior número de votos possível para garantir que o seu partido atinja o quociente eleitoral e, conseqüentemente, tenha direito a vaga na Assembleia Legislativa. Ao escolhermos o sistema distrital, o candidato disputaria a eleição por um distrito, delimitando o número de eleitores em uma região menor, o que, em razão disso, baratearia a campanha eleitoral, diminuiria sua abrangência e aproximaria o representante dos eleitores facilitando o processo de fiscalização e cobrança.

O voto distrital reduziria o poder de barganha dos partidos pequenos, de aluguel, com quase nenhuma representatividade. Em verdade favoreceria os candidatos que defendem ideários gerais da população e desfavoreceria os defensores de extremismos ideológicos com diminuta representatividade. São estes despidos de representatividade, que em maior número possuem dirigentes que recebem benefícios pessoais escusos para ampliar o tempo de TV, para compor coligação, ampliar quociente, burlar a fidelidade partidária...

Para além, o sistema proporcional denota-se decrépito quando se espera um sistema eleitoral representativo transparente e justo. É possível uma pessoa ter 100 mil votos e não se eleger e outra pessoa ter apenas 5 mil votos e se eleger, o que agrava qualquer tentativa de solução de continuidade em nossa crise de representatividade. O voto vai para o deputado e para o partido, automaticamente. Então, você acha que está votando em uma pessoa, mas, de fato, está ajudando não só a eleger essa pessoa que você escolheu como candidato como também as outras pessoas da coligação partidária que nunca foi seu desejo eleger. Assim o emblemático caso Tiririca, deputado que teve 1 milhão de votos (irresponsáveis) e precisou de 300 mil votos para se eleger. Daí, um deputado que teve 10 mil votos, ou 15 mil votos, acaba se elegendo porque usa esse cheque especial, o restante dos votos dele. Outro candidato, que teve 100 mil votos, participando de uma coligação que não tem um puxador de voto como o Tiririca pode ficar de fora porque não teve esses votos excedentes. Atrás de um puxador de votos, de uma celebridade artística qualquer com apelo podem estar nomes que a sociedade jamais votaria por seus reconhecidos malfeitos, mas mesmo com poucos restarem (re) eleitos puxados no rabo de um cometa.

Há muito para se debater, para se aprimorar propostas que estejam em melhor consonância com a nossa realidade, quando nem sempre a importação de um sistema que dá certo em dado país com suas peculiaridades sócio-culturais terá um ideal encaixa para as nossas realidades mais sensíveis. Defendemos o voto distrital puro com pequenas adequações, mas encontramos a indelicada surdez de boa parte da casta política que não nos representam de fato, mas costumam a representação de seus interesses corporativos.

Deixemos avisos de alerta para a questão das nomenclaturas. No presente defendemos o voto distrital puro, mas há subterfúgios que a casta dos políticos se socorrem quando alardeiam defender, por exemplo, o voto distrital misto ou o distritão.

Voto distrital misto: É uma combinação do voto proporcional e do voto majoritário. Os eleitores tem dois votos: um para candidatos no distrito e outro para as legendas (partidos). Os votos em legenda (sistema proporcional) são computados em todo o estado ou município, conforme o quociente eleitoral (total de cadeiras divididas pelo total de votos válidos). Já os votos majoritários são destinados a candidatos do distrito, escolhidos pelos partidos políticos, vencendo o mais votado. Quanto maior for a proporção do voto de legenda maior o estrago causará este modelo. Partidos como o PT já declaram que só deliberam sobre este modelo a partir de uma maior porcentagem justamente para o voto de legenda para que possam eleger suas carniças.

Distritão: neste modelo acaba o quociente eleitoral, e as votações para deputados e vereadores migrariam do sistema proporcional para o majoritário. Assim, apenas os mais votados em cada estado ou município seriam eleitos -- e a "sobra" dos votos individuais não iriam para outro candidato. O problema do distritão é que apenas se elegerá s candidatos com maior poder de financiamento das suas campanhas – os que ostentarem as campanhas mais caras, leia-se mais corrompidas, com maior número de barganhas e favorecimentos escusos. Por isso tem a preferência de partidos como o PMDB e PSDB e hoje parece ter angariados novos adeptos que se imaginam ficarão sujos pela “Lava Jato” e com problemas para reeleição. Distritão é sinônimo de campanhas caras, tudo que queremos extirpar para oferecer isonomia, condições mais igualitárias de competição independente do dinheiro que corrompe. Campanhas caras exatamente é o que pretende aprovar o Congresso Nacional aprovando um fundo público eleitoral de quase 4 bilhões de reais sustentado com dinheiro público. Seria este o preço para termos uma democracia? Não, este é o preço para termos uma oligarquia política e antidemocrática.

Finalizamos como começamos, ao lembrarmos que a sociedade precisa informar-se profundamente para saber pleitear o sistema capaz de resgatar nosso tergiversado sistema representativo, não sendo demais

reafirmar a imperiosa atenção para o abismo entre os quereres da sociedade e os quereres de nossos representantes, justamente pela permissiva discrepância quanto ao renegado interesse público em relação de conflito com o desvirtuado interesse corporativo que nosso sistema permite perseverar.

Nesta senda, quando a política discute reformar-se, os senhores nossos representantes ventilam de tudo, mas por que estão sempre procurando alternativas para não discutir o sistema distrital puro? De fato, nosso arrazoado procurou responder razoavelmente esta intrigante questão.

Hoje encontramos no parlamento uma pauta dos nossos representantes absolutamente desligada do interesse público dos seus representados, em uma espécie de salve-se quem puder corporativo no inebriado objetivo de manter-se as obscuridades do processo eleitoral e a profissionalização da política, em especial com o distritão e o voto distrital misto com sistema eleitoral por lista fechada. Deste verdadeiro golpe que a política pretende impingir ao sistema eleitoral de representação e a democracia a sociedade precisa rebelar-se. Certamente não é desta reforma política que o país precisa, quem dela precisa é o nosso sistema corrompido de fazer política.

BIOGRAFIAS NÃO AUTORIZADAS: QUANDO A LEI PERMITE O QUE O INDIVÍDUO QUERIA PROIBIR

TARCISIO VIEIRA GONÇALVES: Advogado sócio do escritório João Carlos de Paiva Advogados Associados; Pós-graduando em Direito Civil e Direito Empresarial pelo Damásio Educacional S/A; Pós-graduado em Direito Administrativo pela Universidade Anhanguera-Uniderp/LFG; Graduado em Direito pela Faculdade Cenecista de Varginha (FACECA)

O art. 20 do Código Civil, em sua redação atual, encontra-se vazado nos seguintes termos:

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

Por sua vez, o Plenário da Câmara dos Deputados aprovou, em 06 de maio de 2014, o Projeto de Lei da Câmara nº 393/2011, que altera o art. 20 do Código Civil. O referido o PLC nº 393/2011 foi apresentado em 15 de fevereiro de 2011, sendo que a ele foram apensados os PLC's 395/2011 e 1422/2011.

Na tentativa de definir condutas, o PLC nº 393/2011 foi aprovado com a seguinte redação final:

Art. 1º Esta lei altera o artigo 20 do Código Civil, para garantir a liberdade de expressão, informação e acesso à cultura na hipótese de divulgação de informações biográficas de pessoa de notoriedade pública ou cujos atos sejam de interesse da coletividade.

Art. 2º O artigo 20 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, passa a vigorar acrescido dos seguintes §§ 2º e 3º, renumerando-se o atual parágrafo único para § 1º:

“Art. 20.....”

§ 2º A ausência de autorização não impede a divulgação de imagens, escritos e informações com finalidade biográfica de pessoa cuja trajetória pessoal, artística ou profissional tenha dimensão pública ou que esteja inserida em acontecimentos de interesse da coletividade.

§ 3º Na hipótese do § 2º, a pessoa que se sentir atingida em sua honra, boa fama ou respeitabilidade poderá requerer, mediante o procedimento previsto na Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, a exclusão de trecho que lhe for ofensivo em edição futura da obra, sem prejuízo da indenização e da ação penal pertinentes, sujeitas essas ao procedimento próprio.”(NR)

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Todavia, ainda que o esforço pela definição de comportamentos seja louvável, a questão é que o aludido Projeto de Lei traz consigo algumas impropriedades técnicas e até mesmo algumas inconstitucionalidades, que ora serão analisadas.

O art. 1º do PLC nº 393/2011 indica a sua finalidade: “divulgação de informações biográficas”. Igualmente, o art. 20, § 2º, do Código Civil, na redação aprovada, indica a hipótese em que poderá ser aplicado o novo regramento, ou seja, poderá ser dispensada a autorização do biografado nos casos de “divulgação de imagens, escritos e informações com finalidade biográfica”.

Porquanto, somente será dispensada a autorização do indivíduo no caso de a divulgação ter como meta a produção de uma biografia. Daí, *a contrario sensu*, para outras finalidades, que não sejam as “necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública” ou a “divulgação de informações biográficas”, a

autorização permanece indispensável, como já estatui o *caput* do art. 20 do Código Civil.

No art. 1º do PLC nº 393/2011, outra questão que merece destaque é a existência de uma cláusula geral, consistente nas expressões “pessoa de notoriedade pública ou cujos atos sejam de interesse da coletividade”.

Na mesma esteira, a redação proposta do art. 20, § 2º, do Código Civil define quais as pessoas que poderão ser biografadas sem necessidade de suas respectivas autorizações, isto é, a “pessoa cuja trajetória pessoal, artística ou profissional tenha dimensão pública ou esteja inserida em acontecimentos de interesse da coletividade”. Porquanto, o Projeto de Lei em tela estabelece a existência de duas classes de pessoas cujas autorizações são dispensadas na hipótese de divulgação de seus dados biográficos.

Como visto, a redação aprovada do art. 20, § 2º, do Código Civil repete as cláusulas gerais do art. 1º do PL nº 393/2011, conceituando as duas classes de biografados. Assim, a “pessoa de notoriedade pública” é aquela “pessoa cuja trajetória pessoal, artística ou profissional tenha dimensão pública”. De outro lado, a pessoa “cujos atos sejam de interesse da coletividade” é a que “esteja inserida em acontecimentos de interesse da coletividade”.

Essas cláusulas gerais presentes na nova redação do art. 20, como é comum nesse modelo de redação jurídica, ensejarão, porém, amplo debate sobre a caracterização de quem pode ser ou não enquadrado em um daqueles conceitos, o que refletirá na dispensa ou não de autorização do biografado.

Merece maior atenção o texto aprovado do § 3º do art. 20 do Código Civil, que disporá que “a pessoa que se sentir atingida em sua honra, boa fama ou respeitabilidade” poderá pleitear medidas judiciais para salvaguarda de seus direitos alegadamente violados.

Contudo, não só nos casos em que a “honra, boa fama ou respeitabilidade” forem pretensamente malferidas é que o biografado estará legitimado a pleitear medidas judiciais para proteção daqueles direitos. Ora, qualquer outro direito da personalidade que possa ter sido violado merecerá a proteção, inclusive por meio

do Poder Judiciário. Uma biografia pode também ferir o nome, a identidade, a imagem, a intimidade etc.

Porquanto, deve-se admitir que aquele é um rol meramente ilustrativo, e não *numerus clausus*, podendo-se, evidentemente, manejar a demanda judicial cabível para proteção de qualquer um dos direitos da personalidade do biografado.

Outro ponto sobre o qual se deve jogar luz é a parte do eventual futuro § 3º do art. 20 que estabelece que o biografado “poderá requerer, mediante o procedimento previsto na Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995”, a proteção aos seus direitos.

Entretanto, mais uma vez deve-se considerar que não apenas por meio do “procedimento previsto na Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995” é que o biografado poderá manejar sua demanda. É evidente que o indivíduo que reputar terem sido violados seus direitos poderá utilizar de todos os demais meios de impugnação cabíveis previstos na ordem jurídica pátria vigente.

Destarte, poderão igualmente ser manejadas ações pelo rito comum ordinário ou sumário, além de medidas cautelares ou pedidos de antecipação dos efeitos da tutela.

Mais uma vez o caso é de se entender que o § 3º do art. 20, na redação aprovada, confere ao biografado uma possibilidade de utilização do rito da Lei nº 9.099/95, mas não a obrigatoriedade de adoção exclusiva deste procedimento.

Por derradeiro, insta salientar que o texto aprovado do § 3º do art. 20 cuida apenas da possibilidade de “exclusão de trecho que lhe for ofensivo em edição futura da obra, sem prejuízo da indenização e da ação penal pertinentes, sujeitas estas ao procedimento próprio”.

Como se vê, o dispositivo não trata da possibilidade de impedir a publicação nem de recolher eventuais publicações, como é muito comum atualmente.

Data venia, mas o inciso XXXV, do art. 5º, da Constituição Federal estatui como direito fundamental que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário

lesão ou ameaça a direito”. Ora, pela expressa disposição constitucional, deve-se permitir ao indivíduo a proteção também contra a ameaça de lesão a direito.

Assim, não se pode permitir ao biografado a possibilidade de exclusão do trecho ofensivo apenas nas eventuais novas edições da obra. Isso contraria o direito à tutela judicial para os casos de ameaça a direito.

De outro lado, a previsão de “exclusão de trecho que lhe for ofensivo em edição futura da obra” igualmente fere o inciso XXXV, do art. 5º, da Carta Política mas quanto à garantia de o cidadão poder acionar o Judiciário em face da própria lesão a direito seu. Desta feita, não se pode descartar medidas repressivas, como o recolhimento das obras que contenham ofensas aos direitos da personalidade do biografado.

Ora, se de fato a obra contém trecho ofensivo, não se pode deixar que a reparação se faça apenas nas eventuais edições vindouras, o que é um contrassenso: reconhece-se a ofensa ao direito da personalidade, mas a sanção só se aplicação para trabalhos futuros, e não para o próprio trabalho que causou e contém a ofensa. Nesta parte há igual contrariedade ao inciso XXXV, do art. 5º, da CF, ao não permitir a reparação da efetiva lesão a direito, além de contrariedade aos incisos V e X, do art. 5º da Carta Magna e de vulneração ao próprio princípio da reparação integral, que norteia o tema da responsabilidade civil.

O próprio art. 12 do Código Civil dispõe que se pode “exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade”.

E a doutrina é uníssona em afirmar que a proteção aos direitos da personalidade pode ser preventiva ou repressiva (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013).

Carlos Alberto Bittar (1999, p. 49), por exemplo, chega a destacar que a “tutela geral dos direitos da personalidade compreende modos variados de reação [...] [inclusive] “a) cessação de práticas lesivas; b) apreensão de materiais oriundos dessas práticas”.

Diante do exposto, o § 3º do art. 20 do Código Civil, nos termos da redação final do PLC nº 393/2011 aprovada pelo Plenário da Câmara dos Deputados, não escapa à pecha de inconstitucional.

Logo, devem ser sempre admitidas amplamente todas as medidas necessárias e adequadas a impedir que se tenha lesão aos direitos da personalidade do biografado, ou seja, as medidas judiciais para afastar a ameaça a esses direitos. Cabíveis, porquanto, os pedidos de tutela de urgência (art. 300 e seguintes do CPC) e a tutela inibitória (fulcrada no art. 497 do CPC).

Ademais, devem ser admitidas todas as medidas cabíveis à reparação integral das ofensas aos direitos da personalidade do biografado contidas na biografia, inclusive o recolhimento das obras que contenham tais ofensas.

Foi exatamente o que decidiu o Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.815, impetrada em 2012 pela Associação Nacional dos Editores de Livros (ANEL). A relatora, Ministra Cármen Lúcia, na conclusão de seu voto, fez constar:

Pelo exposto, julgo procedente a presente ação direta de inconstitucionalidade para dar interpretação conforme à Constituição aos arts. 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto, para,

a) em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística, produção científica, declarar inexigível o consentimento de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo por igual desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas);

b) reafirmar o direito à inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem da pessoa, nos termos do inc. X do art. 5º da Constituição da República, cuja transgressão haverá de se reparar mediante indenização.

Tendo aportado no Senado Federal, houve a numeração como Projeto de Lei da Câmara nº 42/2014. Após regular tramitação, houve apresentação de Relatório do Senador Ricardo Ferraço, na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, com voto pela prejudicialidade do Projeto, sob o fundamento de que, quanto “à juridicidade, o PLC nº 42, de 2014, não se afigura de todo correto, porquanto [...] parte da matéria não inova o ordenamento jurídico”. E bem destacou o Relatório:

Assim, diante desse fato novo, e ainda que se observe a emenda aprovada na CE, mais do que desnecessária, a aprovação do PLC nº 42/2014 não se afigura recomendável, na medida em que poderá gerar novas controvérsias sobre o tema, comprometendo a segurança jurídica de que necessitam autores e editores para a publicação desse gênero literário, colocando em cheque a fiel construção e preservação da cultura e da história nacionais.

Pelo que se observa, com a decisão na ADI nº 4.815 haverá uma diminuição radical de demandas discutindo o assunto. Contudo, não faltará quem queira ajuizar seus processos com outros fundamentos, como o direito ao esquecimento, que já foi inclusive reconhecido pela jurisprudência. Permanecerá o eterno conflito entre o direito à intimidade e à informação, casuisticamente, mas com parâmetros decisórios muito melhor estabelecidos

O que uma biografia pode fazer é revelar ao grande público fatos da vida do biografado que eram de conhecimento de um pequeno grupo, talvez. Isso porque, em verdade, a biografia da pessoa pública, em boa parte, já é de conhecimento e domínio público.

Jamais se poderá veicular mentiras, criar dados, fatos, frases, imagens ou similares. Para todos esses excessos e para todas essas falsidades haverá sempre o inafastável direito de ação (CF, art. 5º, XXXV), para proteção da intimidade e da vida privada (CF, art. 5º, V e X).

O que não se pode mesmo ter é a necessidade de prévia autorização. Ora, parece mesmo um comportamento de todo contraditório o do indivíduo que explora sua intimidade, inclusive como fonte de renda, mas, na iminência de ter fatos de

sua vida levados a público, pretende proibir a divulgação, sob a pecha de que isso feriria sua intimidade ou a vida privada.

É ao menos pouco compreensível que uma pessoa que exponha diante de câmeras seu próprio corpo (maior recôndito da intimidade) venha posteriormente a se indignar com uma publicação, por exemplo, de uma fotografia sua saindo de uma casa de festas, ou acompanhado de determinada pessoa.

A proteção à intimidade e à vida privada merece sempre muito cuidado e atenção, mas para as pessoas públicas e para fatos verdadeiros, há um interesse da coletividade em melhor conhecer suas biografias, e a Constituição Federal permite o exercício desse interesse, permitindo inclusive a liberdade de pensamento, criação, expressão e informação.

E a norma infraconstitucional, por óbvio, não pode restringir para além dos contornos desenhados pelo texto constitucional, de modo que não há como se admitir uma censura particular para proibir o que o ordenamento jurídico permite.

REFERÊNCIAS

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 49.

GAGLIANO Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**, volume 1: parte geral. 15 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 223.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, 1023 p.

A FÓRMULA "BOB&ALICE" E O MODELO JUDICIAL DE CONSENSO

JOSE LUIS BOLZAN DE MORAIS: Mestre em Ciências Jurídicas PUC/RJ. Doutor em Direito do Estado UFSC/Université de Montpellier I (França). Pós-doutoramento Universidade de Coimbra/PT. Professor do PPGD-UNISINSO. Procurador do Estado do Rio Grande do Sul. Pesquisador Produtividade CNPQ.

Na última semana diversas mídias publicaram a notícia de um projeto de inteligência artificial (AI) desenvolvido pelo Facebook para práticas de negociação. No sítios *Independent* e *Digital Journal*, entre outros locais e meios de informação, noticiou-se que a Divisão de Pesquisa do Facebook, a Facebook AI Research (FAIR), estaria desativando um projeto de inteligência artificial (AI) pois, segundo se relata, os robôs Bob e Alice, projetados para “conversarem” como se estivessem negociando uma troca, teriam desenvolvido uma linguagem própria, aparentemente ininteligível para os pesquisadores, mas efetiva para obter os resultados pretendidos, o acordo em torno de uma negociação^[1].

A linguagem criada por Bob e Alice permitia que estes conseguissem se entender melhor e, assim, o resultado “acordo” era maximizado. Ou seja, com uma linguagem aparentemente *non sense*, a AI do Facebook produzia os resultados queridos, obtendo, assim, os incentivos programados – Bob e Alice recebiam “pontos” nas negociações “bem sucedidas”, deixando de auferir “benefícios” quando não efetivados os acordos.

Esta notícia traz uma série de (sérias) possibilidades para se pensarem não apenas os diversos modelos de justiça consensual – de *jurisconstrução* como nomeei há cerca de uma década – mas, em particular, as práticas implementadas por estas plagas, em especial aquelas executadas no âmbito dos CEJUSCs, insertos no Poder Judiciário brasileiro, voltados à “resolução” consensual de conflitos.

Desde a sua origem, alguns chamaram a atenção acerca das implicações das novas tecnologias no Direito. Em especial, podemos dizer que a dita Quarta Revolução Industrial, com a sua velocidade peculiar, põe em questão muitas das fórmulas jurídico-políticas modernas. Se, por um lado, permite a constituição de uma democracia tecnológica, por outro faz envelhecer, muitas vezes precocemente, práticas que sequer atingiram seu pleno potencial.

Neste aspecto, as potencialidades da AI, que parecem infinitas, têm indicado que sua utilização no campo jurídico – em suas diversas facetas – parece pôr em xeque modelos e práticas tradicionais de exercício das atividades jurídicas e, agora, também as ditas fórmulas “alternativas” de tratamento de conflitos.

Em particular, a notícia antes referida nos confronta com aquilo que se está fazendo em termos de políticas judiciárias de gestão da crise do sistema de prestação jurisdicional, utilizando meios consensuais.

De há muito se conhece e discute a chamada “crise da justiça”, em especial como “crise do poder judiciário”. Neste ponto, entre outros aspectos que aqui não cabem – para isso veja-se o meu *Mediação e Arbitragem. Alternativas à Jurisdição*, com Fabiana M. Spengler -, as fórmulas consensuais ganharam um status até há pouco inédito, sobretudo desde 2010, com a edição da Portaria CNJ n. 125/2010, e, ainda mais, em 2015, com o Novo Código de Processo Civil e a Lei n. 13140.

Hoje, o tema do consenso, especialmente sob a fórmula da mediação, passou de “patinho feio” a “objeto de desejo”. Ganhou uma centralidade nunca antes experimentada. Se isso pode significar um ganho por um lado, por outro traz muitas preocupações, em particular quando submetido às estratégias de gestão do fluxo input/output do Poder Judiciário e a modelos de obtenção do consenso voltados a resultado – no caso, o acordo.

É aqui que entra o que vou nomear “modelo Bob&Alice” de obtenção do consenso.

Mesmo que, ainda, não tenhamos os robôs negociadores/conciliadores/mediadores, até mesmo porque, ao que parece, os pesquisadores do Facebook resolveram “descontinuar” – palavra muito cara às práticas neoliberais – a pesquisa, o que as informações que chegam das experiências jurisdicionais de consenso – sem desconhecer ou menosprezar os resultados obtidos e aquelas práticas diferenciadas – nos levam a questionar se já não adotamos este modelo de obtenção de consenso.

Ora, se as práticas consensuais ali postas em ação estão submetidas à obtenção de resultados – e, aqui, resultado significa “acordo” –, não estamos

longe de criarmos – se já não criadas – linguagens que otimizem a chegada a esses mesmos resultados.

E estas linguagens – algumas também ininteligíveis, outras já dissecadas (o que deixaremos de tratar aqui e agora) – vão de encontro às potencialidades disruptivas que os “consensos” podem ter, sobretudo se entendidos como uma *nova cultura jurídica,...*, como *um modo de lidar com o inesperado e transformar o conflito...*” – como chamava a atenção Luis Alberto Warat (In: Epistemologia e Ensino do Direito: o sonho acabou).

Dito de outro modo, o efficientismo e o finalismo (acordo), que parecem nortear as práticas consensuais jurisdicionais – e não só elas –, dialogam diretamente com as pesquisas da FAIR.

O “modelo Bob&Alice”, no qual o “incentivo” ao acordo leva à construção de práticas que maximizem este resultado, inclusive com o uso de linguagens ininteligíveis – que podem ser traduzidas por linguagens autoritárias, impositivas, condicionantes etc –, parece já estar “instalado”.

E os robôs, “descontinuados” pela FAIR do Facebook, já estão por aí...em carne e osso.

Notas e Referências:

[1] E poderíamos mencionar outras tantas “possibilidades”, do tipo *on line dispute resolution (ODR)*. Ver, a título exemplificativo: <https://www.theguardian.com/law/2015/feb/16/online-court-proposed-to-resolve-claims-of-up-to-25000>

GUARDA JUDICIAL DE EMBRIÕES CRIOPRESERVADOS ANTE A DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL

POLYANA SANTANA CAMPOS DE OLIVEIRA: Graduada em Direito pela Faculdade Serra do Carmo - FASEC, Advogada em Palmas/TO.

RESUMO: O Presente artigo busca inserir no atual ordenamento jurídico uma discussão referente à regulamentação da guarda judicial de embriões criopreservados após a dissolução da sociedade conjugal. O que se visa é o debate quanto à ausência de leis específicas sobre reprodução assistida, gerando frustração emocional e física ao casal após o término do relacionamento, onde na maioria das vezes uma das partes persiste com a vontade de levar a reprodução adiante. Ao contrário da vontade inicial onde ambas as partes concordaram e sonharam juntas. No entanto, após fatos externos, uma das partes decide não apenas por fim ao relacionamento, como também, ao procedimento de reprodução assistida. Ocorre que, os embriões já são realidade. E agora? O que fazer com eles? Se uma das partes deseja prosseguir com a reprodução, descartá-los ou dar a um dos dois a chance de gerar este embrião? Assim sendo, em virtude de não haver regulamentação referente à relação judicial quanto à guarda de embriões congelados, o presente artigo visa questionar a necessidade e os conflitos que a ausência de um posicionamento jurídico causa.

PALAVRA – CHAVE: Guarda de Embriões; Criopreservação; Dissolução da sociedade conjugal.

ABSTRACT: This article seeks to insert in the current legal system a discourse regarding the regulation of judicial custody of cryopreserved embryos after the dissolution of the conjugal society. What is aimed at is the debate about the absence of specific laws on assisted reproduction, generating emotional and physical frustration to the couple after the end of the relationship, where most of the time one of the parties persists with the will to carry the reproduction forward. Contrary to the initial will where both parties agreed and dreamed together. However, after external facts, one of the parties decides not only to end the relationship, but also to the procedure of assisted reproduction. It so happens that the embryos are already reality. And now? What to do with them? If one of the parties wishes to proceed with reproduction, discard them or give one of the

two a chance to generate this embryo? Therefore, because there is no regulation regarding the judicial relationship regarding the custody of frozen embryos, this article aims to question the necessity and conflicts that the absence of a legal position causes.

KEYWORDS: Embryo Guard, Cryopreservation, Dissolution of the conjugal society.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. CONCEITOS - EMBRIÃO E CRIOPRESERVAÇÃO? EMBRIÕES CRIOPRESERVADOS. TIPOS DE MÉTODOS – REPRODUÇÃO HUMANA. PRINCÍPIOS RELIGIOSOS - A IGREJA CATÓLICA E A REPRODUÇÃO ASSISTIDA. PRINCÍPIOS ÉTICOS SOCIAIS E A REPRODUÇÃO ASSISTIDA. PRINCÍPIOS ÉTICOS MÉDICOS. DIREITO AO PLANEJAMENTO FAMILIAR ASSEGURADO PELO ARTIGO 226 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. AUSÊNCIA DE LEI QUE DISCIPLINE A UTILIZAÇÃO DE EMBRIÕES APÓS A DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

Segundo Genival Veloso de França a reprodução humana assistida é um “conjunto de procedimentos tendentes a contribuir na resolução dos problemas da infertilidade humana, facilitando o processo de procriação quando outras terapêuticas ou condutas tenham sido ineficazes para a solução e obtenção da gravidez desejada”. FRANÇA, Genival Veloso. Medicina Legal. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2001. ⁽¹⁾

No entanto, o tema reprodução humana ainda é escasso de legislação quanto a guarda de embriões criados em laboratórios, talvez por ser um tratamento não muito acessível à maior parte da população, por seu alto valor de investimento, com pelo fato de não ser muito divulgado e talvez por isso a ausência de legislação regulamentadora.

Apesar não ser um procedimento presente no cotidiano da maioria da população, é necessário que a legislação discipline os direitos dos embriões de serem gerados ou não e a responsabilidade do casal ao optar por tal procedimento.

A frustração emocional e física de um procedimento como este pode causar danos irreparáveis à saúde psicológica do indivíduo, pois, não se trata apenas de um capricho em gerar um filho, na maioria das vezes aquela é a única possibilidade de uma das partes poder gerar um filho, como no caso em que a mulher fica estéril após quimioterapia ou vice e versa.

Desta forma, o problema toma proporções maiores, uma vez que já existem embriões congelados apenas aguardando para serem inseminados no útero receptor. Com a recusa do homem ou da mulher em continuar com procedimento inicia-se uma longa e dolorosa batalha judicial.

Ocorre que não há lei que regule a Reprodução Assistida no Brasil. Cabe ao indivíduo contar com a sorte e esperar pela decisão do magistrado, desta forma o presente artigo visa demonstrar a necessidade de entendimento pacificado quanto a guarda judicial de embriões após a dissolução da sociedade conjugal.

CONCEITOS - EMBRIÃO E CRIOPRESERVAÇÃO?

Pode-se conceituar embrião como a junção do espermatozoide com o óvulo, desta junção nasce o zigoto, iniciando-se assim um novo ser.

Criopreservação consiste na preservação de células em temperaturas abaixo de 196°C (cento e noventa e seis graus negativos), ponto em que ocorre a ebulição do nitrogênio líquido, material utilizado para congelar os embriões em câmaras frias.

Não apenas embriões podem ser criopreservados através da técnica de criopreservação como também qualquer outro tecido humano, não há um consenso da conservação de órgãos no nitrogênio, uma vez que uma parte dos profissionais da área acredita que sim, é possível outra parte nega tal possibilidade.

Atualmente a técnica tem sido muito utilizada também para preservar cadáver, pois algumas pessoas pensam ser possível ressuscitar parentes daqui a alguns anos, com a evolução da ciência, e por isso desembolsam uma quantia considerável para deixar seus entes queridos criopreservados.

Ao contrário da certeza da técnica possibilitar a ressurreição do ser humano através do avanço da medicina ser possível, é possível, por meio da técnica, a reprodução assistida. Não só é possível, como existem milhares de casos de sucesso, e casos que não são de tanto sucesso assim, como os casos em que o casal realiza apenas o procedimento e não prosseguem na fertilização.

A ausência de legislação quanto a reprodução assistida não é um problema apenas do Brasil, o procedimento em questão tornou-se muito procurado e utilizado no mundo inteiro por milhares de casais que buscam constituir família com seu próprio material genético, e que após a separação não encontram amparo de leis para prosseguir com fertilização.

EMBRIÕES CRIOPRESERVADOS

Embrião criopreservado é àquele conservado em nitrogênio para futura utilização, através da inseminação no útero da futura mãe, ou apenas barriga de aluguel.

Ao iniciar o procedimento de reprodução assistida, há a possibilidade de se obter mais embriões do que o necessário para a utilização imediata no útero receptor. Esses embriões não utilizados na reprodução assistida são os chamados embriões excedentes, os quais podem ser criopreservados para uma utilização futura.

Não apenas os embriões excedentes podem ser criopreservados, como também, aqueles embriões que aguardam um momento certo para serem inseminados, a exemplo, de embriões de casais que realizam o procedimento antes que um deles sejam submetidos à sessão de quimioterapia ou qualquer outro procedimento que comprometa a saúde dos óvulos ou espermatozoides.

Desta forma, Além da insegurança jurídica, em razão da ausência de lei específica para tratar do assunto, a reprodução assistida encontra barreiras também em vários campos da sociedade como, conceitos éticos, religiosos e filosóficos.

TIPOS DE MÉTODOS – REPRODUÇÃO HUMANA

Atualmente existem três tipos de métodos para realização da reprodução humana, sendo eles: a fertilização in vitro, inseminação artificial e a utilização de útero receptor que apenas será responsável pelo desenvolvimento do feto, conhecido como o método barriga de aluguel.

Fertilização in vitro (FIV) é o método em que a estimulação dos ovários da mulher através de medicamentos injetáveis. Posteriormente, os óvulos são captados e inseridos espermatozoides em laboratório, gerando os embriões, que são transferidos para o útero da mãe ou da barriga de aluguel.

Inseminação Artificial homóloga e heteróloga: a inseminação homóloga ocorre quando o espermatozoide utilizado no procedimento é do próprio marido ou companheiro da paciente.

Inseminação Artificial Heteróloga se dá quando os espermatozoides utilizados no procedimento são de um terceiro doador.

Inseminação Artificial post mortem é uma das ou senão a que mais ocorre conflitos, pois é o método em que os espermatozoides utilizados no procedimento são do indivíduo já morto, ou seja, a inseminação ocorre após a morte do marido ou companheiro.

Barriga de Aluguel como o próprio nome já deixa claro, é a mulher que disponibiliza seu útero para receber embriões de um casal apenas para desenvolver o feto e entrega-lo aos pais biológicos logo após o nascimento.

PRINCÍPIOS RELIGIOSOS - A IGREJA CATÓLICA E A REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Recentemente o chanceler do vaticano Pe. Enzo Pagararo em entrevista ao site Notícias Canção Nova, posicionou-se no sentido de que a igreja católica apoia tratamentos para infertilidade desde que de acordo com os valores cristãos. No entanto, até onde esses valores permitem a reprodução humana?

Quanto à reprodução in vitro, o chanceler não se posiciona, relata apenas que: “há o problema dos milhares de embriões perdidos e as consequências disso”. Neste sentido, se olharmos por um ponto de vista cristão, há coerência no posicionamento da Igreja católica, uma vez que os indivíduos sabem cada dia menos o que querem ou o que esperam do amanhã.

A reprodução assistida não pode ser banalizada, tampouco se tornar um modismo, onde hoje eu quero amanhã não quero mais, hoje acordei disposto a ser pai, amanhã não quero mais, como toda decisão importante, a decisão de ser pai ou mãe de forma assistida não deixa de ser tão importante quanto a decisão de forma comum, sem auxílio da ciência.

O Pe. Enzo Pegararo aborda também outro ponto muito importante que é a expectativa gerada em torno da reprodução assistida, onde a maioria dos casais prorrogam a gravidez contando que a medicina possa resolver o problema da fertilidade a qualquer tempo. O que não é verdade.

Quanto ao assunto, o Padre relata que “é preciso desmentir certa mitologia que há em torno da reprodução em vidro, pois os percentuais de sucesso são muito modestos. Para uma mulher de 40 anos ou mais, os percentuais de sucesso estão entre 5% e 10%”.⁽²⁾

Quanto ao termo expectativa e idade da mulher a colocação da Igreja católica realmente procede, pois, atualmente a idade máxima da mulher exigida pelo Conselho Federal de Medicina para realizar o procedimento é de 50 anos, sendo vedada a realização de fertilização após esta idade.

PRINCÍPIOS ÉTICOS SOCIAIS E A REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Ao expormos o pensamento ético, embora resumidamente, esbarramos em dois tipos de ética: os valores éticos de uma sociedade, em que cada cidadão possui um entendimento diferente sobre o assunto, e o que vem a ser ética para cada indivíduo.

A sociedade ainda não possui um posicionamento formado sobre a reprodução assistida e conseqüentemente a utilização de embriões

criopreservados, tampouco a guarda desse material biológico após a dissolução da sociedade conjugal.

Uma parcela da população diz ser a favor por questões científicas, acreditam na evolução da ciência. Outros pelo simples motivo de proporcionar a chance de gerar uma vida ao casal que não conseguiria gerar de forma espontânea. Há também uma parcela da população que se diz contra, sem, no entanto, conseguir explicar muito bem o porquê. Resume apenas que o método não é instituído por Deus e por isso não deve ser desenvolvido.

PRINCÍPIOS ÉTICOS MÉDICOS

As normas éticas a serem utilizadas por profissionais responsáveis por realizar o procedimento de reprodução assistida estão disciplinadas pela Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.121/2015, que dispõe sobre a observância dos princípios éticos e bioéticos na utilização das técnicas para realização do procedimento. Esta resolução alterou a resolução nº. 2.013/2013, também do CFM.⁽³⁾

A resolução anterior não abrangia casais homoafetivos, diferentemente da atual resolução que reconheceu como entidade familiar à união estável homoafetiva em virtude da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 132.

No entanto, sabe-se que, se não houvesse profissionais antiéticos não só na medicina como em diversas outras áreas, não haveria necessidade de um código de ética.

Segundo a ética médica as técnicas de reprodução assistida não podem ser utilizadas para selecionar sexo ou qualquer característica biológica da criança, havendo exceção quando se trata de evitar doenças do futuro indivíduo.

Para que o procedimento seja possível, atualmente o Brasil utiliza o código de ética médico normatizado pelo Conselho Federal de Medicina que entre outros quesitos dispõe em seu artigo 15º que é vedado ao médico:

Art. 15º Descumprir legislação específica nos casos de transplantes de órgãos ou de tecidos, esterilização,

fecundação artificial, abortamento, manipulação ou terapia genética.

§ 1º No caso de procriação medicamente assistida, a fertilização não deve conduzir sistematicamente à ocorrência de embriões supranumerários.

§ 2º O médico não deve realizar a procriação medicamente assistida com nenhum dos seguintes objetivos:

I – criar seres humanos geneticamente modificados;

II – criar embriões para investigação;

III – criar embriões com finalidades de escolha de sexo, eugenia ou para originar híbridos ou quimeras. § 3º Praticar procedimento de procriação medicamente assistida sem que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre o mesmo.⁽⁴⁾

Sempre existirá a dúvida quanto à realização de diversos procedimentos, uma vez que, a corrupção neste meio possui índices elevados, onde casais além de solicitarem a médicos a realização do procedimento após ultrapassarem a idade máxima de 50 anos, exigem também a escolha do sexo e características físicas, como cor da pele e olhos.

Desta forma, não havendo ética do profissional responsável por realizar a reprodução assistida, tal procedimento pode acabar por determinar diversas características físicas e fisiológica do novo indivíduo.

DIREITO AO PLANEJAMENTO FAMILIAR ASSEGURADO PELO ARTIGO 226 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, § 7º assegura aos cidadãos que:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

O artigo retro mencionado é fruto de diversos debates e questionamentos, diante a atual sociedade, é absurdo e até mesmo estarrecedor que mesmo em procedimentos como a reprodução humana assistida em diversos casos há apenas o planejamento da gestação, faltando, no entanto não somente a paternidade responsável como também a maternidade responsável.

Uma vez que a discussão conjugal após o procedimento ocasiona conflitos que necessitam de leis que os regulamente, cabe ao estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, o que não vem sendo cumprido.

Ao falar deste artigo, não podemos deixar de mencionar o caso recente ocorrido no estado do Paraná, no ano de 2011, em que um casal realizou o tratamento de reprodução assistida. Logo no início da gestação, a mulher ficou sabendo que engravidou de trigêmeas. O pai, no entanto, disse que só queria duas crianças. As crianças nasceram em uma maternidade de Curitiba e o pai tentou abandonar uma das meninas. Afirmou que levaria para casa apenas duas delas.

O casal é de classe média alta. O Ministério Público, através de uma liminar obtida na Justiça, impediu o casal de levar os bebês para casa. Os pais perderam a guarda das três crianças, que foram encaminhadas a um abrigo.(O GLOBO, 2011) ⁽⁵⁾

AUSÊNCIA DE LEI QUE DISCIPLINE A UTILIZAÇÃO DE EMBRIÕES APÓS A DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL

Atualmente, no momento da criopreservação, os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados em caso de divórcio, doenças graves ou falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los.

Ocorre que na maioria das vezes o divórcio é algo inesperado, seja por traição, discussão, incompatibilidade de ideias ou fatos que tornam a relação insustentável. Com o divórcio, inicia-se então a disputa nos tribunais para adquirir o direito à utilização dos embriões criopreservados.

E você deve se perguntar, sim, mas eles assinaram um documento expressando suas vontades no momento da coleta do material genético para reprodução assistida.

De fato expressaram suas vontades, mas como nada na vida é imutável as ideias e vontades também mudam, os sentimentos não são mais os mesmos e até o casamento que seria para ser eterno não é mais.

O que fazer quando não existe um consenso nem mesmo na divisão dos bens, quem dirá na utilização de um material genético? Para as partes envolvidas não se trata apenas de embriões criopreservados e sim vidas, ou até a única chance de se ter um filho.

Na maioria das vezes não é amigável a guarda dos filhos vivos, quiçá os que ainda nem nasceram, a discussão torna-se maior ao pensarmos em casais que veem na utilização desses embriões a única forma e a última esperança de ter um filho, ou seja, o único meio de perpetuar seu DNA.

Isso ocorre bastante, em casais em que uma das partes sofre de doença degenerativa como o câncer, que passam por tratamento de quimioterapia, onde em virtude da doença, antes das complicações mais acentuadas ambos decidem iniciar o processo de reprodução assistida.

Infelizmente, nada impede que ocorra o divórcio no período de tratamento para cura de enfermidade que impossibilite a fertilidade, daí então torna-se mais nítida a disputa judicial pelos embriões criopreservados, ainda que seja para fertilizar em uma terceira barriga, as chamadas barrigas de aluguel ou barriga doadora.

Atualmente o judiciário mundial está abarrotado de casos que tratam do assunto, em que o juiz não possui lei própria em que se embasar, a não ser o próprio sentimento e sensibilidade para decidir tais casos. Um exemplo recente é

o caso de Mimi Lee, que retrata muito bem a problemática enfrentada no Judiciário não apenas brasileiro mais mundial, uma vez que Mimi Lee assim como o ex-marido são de São Francisco, Estados Unidos.

A seguir transcrição integral da matéria publicada www.osul.com

Um casal divorciado de São Francisco, nos Estados Unidos, iniciou uma briga judicial para resolver o futuro de cinco embriões congelados, resultado de uma fertilização in vitro realizada de comum acordo. A mulher, que se tornou infértil após um tratamento contra o câncer de mama, quer usar os embriões, enquanto seu ex-marido deseja destruí-los.

Dias antes de se casar, em 2010, Mimi Lee foi diagnosticada com câncer de mama. Então, os recém-casados decidiram fazer fertilização in vitro de seus óvulos e espermatozoides e congelar os cinco embriões que foram formados.

Depois de que ela terminou o tratamento contra o câncer, o marido pediu o divórcio e, desde então, se recusa a consentir que Lee use os embriões para a sua última chance de ter um filho biológico. Pelo contrário, ele quer destruir os embriões. O processo começou a ser julgado no dia 13 de julho. O juiz terá 90 dias para decidir sobre o caso.

Direito de procriar

Segundo o jornal L.A Times, o advogado do ex-marido de Lee a acusa de chantageá-lo e tentar obter entre 1 milhão de dólares e 2 milhões de dólares por embrião. Além disso, o casal teria concordado que os embriões seriam destruídos se eles se separassem, e que ficariam com a mulher caso o marido morresse. Já o advogado de Mimi disse que ela tem o direito de “procriar” e que essa é sua “única chance”. Também afirmou que ela nunca discutiu o futuro dos embriões com o ex-marido, até que ele pedisse o divórcio. (AG) *“Casal separado briga na Justiça por embriões congelados.”*⁽⁶⁾

O caso transcrito acima não é o único. Mas também não é possível mensurar a dimensão da problemática existente nas atuais questões familiares, junto com o desenvolvimento tecnológico e bioético.

E o problema se dá justamente porque nem o Brasil nem grande parte dos países vizinhos possui lei específica sobre reprodução assistida, o que torna as decisões tomadas pelos casais na euforia de gerar uma criança ainda mais importante, pois na maioria das vezes a vontade do início não prevalece após um divórcio litigioso ou até mesmo amigável, uma vez que, uma das partes pode querer ser pai e a outra não possuir o mesmo desejo.

Outro caso recente de disputa judicial pelo direito a utilização de embriões congelados é o da atriz colombiana Sofia Vergara com o ex-noivo Nick Loeb, conforme matéria adiante descrita:

Nick Loeb, ex-noivo da atriz colombiana Sofia Vergara, insistiu nesta quinta-feira (7) em seu desejo de dar prosseguimento ao uso dos embriões que congelou com a artista e arcar sozinho com os custos de criar os bebês.

Loeb, um empresário de 39 anos, ressaltou que não mudará de ideia mesmo se tiver um relacionamento com outra mulher, ou se Vergara decidir se encarregar do assunto com seu novo namorado, Joe Manganiello.

"Absolutamente não. Não tem a ver com uma mulher sobre outra mulher. Tem a ver com duas vidas que criamos e que existem", disse Loeb em uma entrevista à rede NBC.

"Enquanto eu estiver envolvido na paternidade, não será diferente da situação de termos tido filhos e nos separarmos. Teríamos a guarda compartilhada", acrescentou.

Vergara e Loeb fecundaram vários embriões que estão congelados em uma clínica em Los Angeles com a ideia de que fossem implantados em uma mulher que levasse a gestação adiante. Depois de tentativas fracassadas, o casal se separou em 2014, mas dois embriões femininos permanecem na clínica.

O casal havia assinado contratos sobre o destino dos embriões, inclusive sobre a necessidade de que ambos estejam de acordo

em qualquer situação, mas os documentos não contemplaram a possibilidade de uma separação do casal.

Vergara, que nesta quinta-feira receberá sua estrela na Calçada da Fama de Hollywood, quer que os embriões permaneçam congelados indefinidamente, disse seu advogado Fred Silberberg.

Mas Loeb apresentou em um Tribunal uma demanda contra Vergara pela custódia dos dois embriões restantes, alegando razões morais para vetar sua destruição ou permanência em um congelador. Em 22 de maio será realizada uma audiência no caso.

O empresário disse estar disposto a assumir "todas as responsabilidades financeiras" para criar as meninas, mas deixou claro que Vergara pode se envolver se quiser.

"Não há nada que eu queira fazer mais que trazer estas crianças à vida para mim", disse.

A colombiana, a atriz de televisão mais bem paga do mundo nos últimos três anos, muito zelosa com sua privacidade, criticou nesta quinta-feira o fato de o tema continuar sendo explorado pelos meios de comunicação.

"Trabalhei muito duro para chegar a este lugar. Promovo meu filme, meu trabalho, não quero promover minha vida privada. Não quero permitir que esta pessoa se aproveite de minha carreira para se autopromover e obter publicidade por isso", afirmou o canal ABC. ⁽⁷⁾

Vê-se, pois, que são diversos os casos desastrosos de congelamento de embriões que acabaram judicializadas sem uma lei específica para nortear as decisões tomadas. *Embora existam diversas razões para um posicionamento jurídico em relação ao assunto, o tema ainda é escasso de lei que o regulamente.*

Atualmente, o Brasil possui entendimentos quanto à guarda de animais de estimação, como gatos, cachorros, etc., mas não possui

entendimento quanto à guarda judicial de embriões criopreservados após a dissolução da união conjugal.

O método apesar de muito utilizado não possui qualquer regulamentação jurídica quanto a sua destinação final em caso de divórcios. A única regulamentação consiste em um termo que deve ser preenchido antes do início do procedimento informando a destinação de embriões excedentes.

Desta forma, na maioria das vezes, nos procedimentos de reprodução assistida há uma maior quantidade de embriões além dos necessários para a utilização na fertilização no útero da paciente. Esses embriões excedentes tanto podem ser destruídos se o casal estiver de acordo ou guardados para futuras inseminações.

O Brasil utiliza-se unicamente da lei de Biossegurança (Lei 11.105/05) e Resoluções do Conselho Federal de Medicina, para regulamentar o procedimento, o que deixa lacunas para discursões extensas no judiciário.

O fato de ter vários litígios no judiciário a respeito da reprodução humana não seria problema, desde que houvesse lei que regulamentasse este tipo de procedimento, pois, os adeptos da reprodução assistida ficam a mercê de decisões não unânimes, de entendimentos diferentes para cada caso, causando assim dor, frustração e revolta, ao pensar que o único meio possível de passar seu DNA a frente foi cerceado.

A tecnologia, as invenções e reinvenções da ciência trazem consigo novos problemas inimagináveis a pouco tempo atrás. Problemas não menos importantes. Ao contrário, problemas complexos e que necessitam de uma maior sensibilidade dos operadores do direito, assim como um judiciário mais humano a essas novas questões.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao decorrer do presente artigo restou claro a urgência em criar uma lei específica para regulamentar a reprodução assistida no Brasil, tendo em vista que este procedimento vem sendo realizado no mundo desde a década de 70 e no Brasil desde 1984 e até então o que temos são citações esporádicas em um código

ou outro, como uma breve citação no artigo 1.597 do Código Civil de 2002, que timidamente dispõe que:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

Sobre o tema reprodução assistida o respeitado jurista Silvio de Salvo Venosa destaca brilhante a ausência de tal dispositivo legal da seguinte forma:

[...] o Código Civil não autoriza e nem regulamenta a reprodução assistida, mas apenas constata a existência da problemática e procura dar solução exclusivamente ao aspecto da paternidade. Toda essa matéria, que é cada vez mais ampla e complexa, deve ser regulada por lei específica, por opção do legislador. VENOSA, Silvio de Salvo. Direito civil: direito de família. 6. Ed. São Paulo: Atlas, 2006.

Deste modo, é visível a falta que uma legislação específica sobre determinado assunto causa, ainda mais quando o tema é tão atual e biotecnológico como é o caso da reprodução assistida.

Nem mesmo a Lei de Biossegurança trata o assunto sobre reprodução assistida de forma específica, uma vez que em toda a Lei só existe um artigo sobre reprodução assistida, sendo ele o artigo 5º, dispondo apenas que:

Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no [art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997](#).

O artigo supracitado, em nenhum momento aprofunda-se nos temas quanto guarda de embriões, deixando vago o tema para ser alvo de lides intermináveis no poder judiciário e frustrações permanentes nos indivíduos que necessitam de um aparato legal.

Assim sendo, diante dos argumentos apresentados, concluímos que a sociedade atual necessita de leis modernas que atendam as necessidades do cidadão do século XXI, tendo em vista as diversas modificações do mundo biotecnológico e científico.

É inadmissível em um mundo onde a cada dia cresce a procura por formas de reprodução humana assistida não exista uma lei sequer que regulamente tal procedimento, onde, os animais de estimação já possuem regulamentação quanto à guarda em casos de divórcios e futuros seres humana não.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- (1) FRANÇA, Genival Veloso. Medicina Legal. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2001.
- (2) RESPEITANDO A DIGNIDADE HUMANA Igreja apoia tratamentos para fertilidade. Disponível em: <<http://noticias.cancaonova.com/mundo/igreja-apoia-tratamentos-para-fertilidade/>>. Acesso em 01 de outubro de 2016.
- (3) Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.121/2015. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf>. Acesso em 03 de outubro de 2016.
- (4) Código de Ética Médica. Resolução CFM nº 1.931/09. Disponível em: . Acesso em: 05 de novembro de 2016.
- (5) O GLOBO, Casal se submete a inseminação artificial, trigêmeas nascem e pai só aceita duas crianças no Paraná, 2011. Disponível em: < <http://oglobo.globo.com/brasil/casal-se-submete-inseminacao-artificial-trigemeas-nascem-pai-so-aceita-duas-criancas-no-parana-2802366>>. Acesso em: 20 de nov. 2016.
- (6) “Casal separado briga na Justiça por embriões congelados.” (O Sul,2015). Disponível em: < <http://www.osul.com.br/casal-separado-briga-na-justica-por-embrioes-congelados/>>. Acesso em: 16 de novembro de 2016.
- (7) “Ex de Sofia Vergara insiste que quer utilizar embriões.” (G1,2015). Disponível em: < <http://g1.globo.com/pop-arte/noticia/2015/05/ex-de-sofia-vergara-insiste-que-quer-utilizar-embrioes-congelados.html>>. Acesso em: 16 de novembro de 2016.

VEDAÇÃO DO PARCELAMENTO NO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA: ACERTO OU EQUÍVOCO DO NOVO CPC?

MAURÍCIO DE ANDRADE TRAVASSOS NETO:
Advogado. Graduado em Direito pela Universidade
Federal de Juiz de Fora.

RESUMO: Em uma de suas inovações, o CPC de 2015 vedou expressamente o parcelamento da dívida no cumprimento de sentença. Este artigo analisa a correção de tal previsão, com base e nas normas fundamentais do processo civil e no tratamento jurisprudencial do tema.

Palavras chave: Direito Processual Civil. Novo Código de Processo Civil. Normas fundamentais. Cumprimento de sentença. Parcelamento. Superior Tribunal de Justiça.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO 2. O PARCELAMENTO E A EVOLUÇÃO DA SUA APLICABILIDADE NA TUTELA JURISDICIONAL EXECUTIVA 3. NORMAS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO CIVIL 4. O NOVO CÓDIGO E A VEDAÇÃO DA MORATÓRIA LEGAL NO ÂMBITO DO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS 6. REFERÊNCIAS

1. INTRODUÇÃO

O novo Código de Processo Civil promoveu diversas alterações no tratamento da execução, seja ela por meio de processo autônomo ou de fase de cumprimento de sentença. Dentre elas, ao tratar das defesas do executado, vedou-se a concessão de parcelamento no âmbito do cumprimento de sentença.

O parcelamento, também chamado de moratória legal, é instituto de extrema importância para a boa prestação da tutela jurisdicional executiva. Seus benefícios não se restringem ao executado, a quem será concedido maior prazo para o pagamento de sua dívida, atingindo também o próprio exequente, como será verificado.

Sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, não havia previsão expressa a respeito do parcelamento em sede de cumprimento de sentença. Isso, porém, não impedia a sua aplicação.

A código de 2015, portanto, inovou na regulação da matéria, não apenas por inexistir disposição legislativa anterior a respeito, como também por contrariar a maneira pela qual a jurisprudência pátria a tratava. Surge, então, a necessidade de reflexão a respeito da correção da regulação atual.

Em um primeiro momento, é necessário que se apresente o instituto do parcelamento, comparando sua aplicabilidade anteriormente ao novo código com o seu tratamento atual. Após, serão tratadas as normas gerais do processo civil, capítulo próprio do CPC de 2015, que não encontra correlação em seu antecessor.

A partir de então, em uma análise da vedação trazida pelo novo código à luz das normas fundamentais do processo civil e das finalidades da tutela jurisdicional executiva, será possível a ponderação a respeito da sua adequação.

2. O PARCELAMENTO E A EVOLUÇÃO DA SUA APLICABILIDADE NA TUTELA JURISDICIONAL EXECUTIVA

Iniciando o estudo do tema, é preciso entender a sistemática do parcelamento do débito na execução, na forma como trazida pelo novo Código de Processo Civil. A partir daí, será possível tecer algumas observações a respeito das diferenças em relação ao regramento anterior, bem como avaliar a sua aplicabilidade.

A moratória legal está prevista no capítulo do código referente aos embargos à execução, especificamente em seu artigo 916, cujo *caput* possui a seguinte redação:

Art. 916. No prazo para embargos, reconhecendo o crédito do exequente e comprovando o depósito de trinta por cento do valor em execução, acrescido de custas e de honorários de advogado, o executado poderá requerer que lhe seja permitido pagar o restante em até 6 (seis) parcelas

mensais, acrescidas de correção monetária e de juros de um por cento ao mês.

Em síntese, no prazo que teria para embargar, o executado poderá reconhecer o crédito objeto da demanda e requerer o parcelamento do seu valor. Para tanto, deverá cumprir os requisitos legais: depósito de trinta por cento do valor total, somado às custas e honorários advocatícios, e o pagamento do restante em até seis parcelas mensais.

Concedido ao devedor a moratória, o processo de execução será suspenso, como determina o artigo 921, V, do Código de Processo Civil. No entanto, deve-se ressaltar que eventual inadimplemento das parcelas pode ensejar o prosseguimento do feito, bem como o pagamento de multa no valor de 10% sobre as prestações não pagas (artigo 916, parágrafo 5º, CPC).

Interessante observar que, como determina o parágrafo 1º do artigo em comento, o exequente deverá ser intimado após eventual pedido de parcelamento. No entanto, sua manifestação é limitada ao preenchimento ou não dos pressupostos pelo executado. Isto é, não é possível que, cumpridos os requisitos legais, o exequente obste a concessão da moratória.

É como observa Alexandre Freitas Câmara:

Não tem o exequente o direito de discordar do pagamento parcelado. Só pode ele discutir se os pressupostos legais foram ou não preenchidos. Além disso, deve-se admitir que o exequente suscite perante o juízo da execução discussão acerca do número de parcelas em que será dividido o pagamento ainda restante, já que o texto normativo estabelece que tal pagamento se dará em até seis parcelas. Caso todos os pressupostos estejam presentes, é direito do executado pagar parceladamente (CÂMARA, 2015).

E não poderia ser diferente, já que, ao pleitear o parcelamento, o executado está reconhecendo o crédito e renunciando à oposição de embargos. Subordinar a moratória ao interesse do exequente inviabilizaria sua realização, pois

não haveria interesse na renúncia ao direito de embargar se o que se pretendesse obter estivesse sujeito à vontade do credor.

Em relação ao regramento anterior ao novo código, uma das principais alterações diz respeito à possibilidade de se levantar o valor depositado antes mesmo da análise do pedido de parcelamento pelo magistrado. O artigo 916, em seu parágrafo 2º, determina que, enquanto não apreciado o requerimento, o executado deve continuar a depositar, facultando-se o levantamento pelo exequente.

No código antigo, era necessário o deferimento da proposta para que fosse possível o levantamento. Desse modo, andou bem a nova legislação, permitindo uma satisfação mais célere dos interesses do exequente.

Passando-se a tratar da sua aplicabilidade no âmbito da tutela jurisdicional executiva, deve-se ater, neste ponto, ao regramento anterior, sem prejuízo de análise específica do panorama atual em seção oportuna. Antes da vigência do novo código, o parcelamento já era limitado às execuções de título executivo extrajudicial. Ocorre que, ao contrário do que se tem hoje, não havia qualquer vedação à aplicabilidade do instituto em sede de cumprimento de sentença.

Diante disso, já nessa época se pensava em uma aplicação da regra, por analogia, às execuções de títulos executivos judiciais. Isso porque as normas referentes à tutela executiva, sejam elas referentes ao cumprimento de sentença ou ao processo autônomo de execução, devem se complementar, de modo a proporcionar a satisfação do direito do exequente de maneira célere e com o menor prejuízo ao executado.

A jurisprudência, então, em que pese de maneira não uníssona, já permitia a aplicação do parcelamento ao cumprimento de sentença. É o que se observa do julgamento do Recurso Especial 1.264.272/RJ, cuja ementa é a seguinte:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. PARCELAMENTO DO VALOR EXEQUENDO. APLICAÇÃO DO ART. 745-A DO

CPC. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE PROCESSUAL. ART. 475-R DO CPC. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA. HIPÓTESE DE PAGAMENTO ESPONTÂNEO DO DÉBITO. NÃO INCIDÊNCIA DA MULTA PREVISTA NO ART. 475-J, § 4º, DO CPC. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DESCABIMENTO ANTE O CUMPRIMENTO ESPONTÂNEO DA OBRIGAÇÃO VEICULADA NA SENTENÇA. PRINCÍPIO DA NON REFORMATIO IN PEJUS. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 165, 458 E 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. 1. A violação aos arts. 165, 458 e 535 do CPC não foi configurada, uma vez que o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronunciou-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos, sendo certo que o magistrado não está impelido a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, se os fundamentos utilizados foram suficientes para embasar a decisão. 2. A efetividade do processo como instrumento de tutela de direitos é o principal desiderato das reformas processuais engendradas pelas Leis 11.232/2005 e 11.382/2006. O art. 475-R do CPC expressamente prevê a aplicação subsidiária das normas que regem o processo de execução de título extrajudicial, naquilo que não contrariar o regramento do cumprimento de sentença, sendo certa a inexistência de óbice relativo à natureza do título judicial que impossibilite a aplicação da norma em comento, nem mesmo incompatibilidade legal. Portanto, o parcelamento da dívida pode ser requerido também na fase de cumprimento da sentença, dentro do prazo de 15 dias previsto no art. 475-J, caput, do CPC. 3. Não obstante, o parcelamento da dívida não é direito potestativo do devedor, cabendo ao credor impugná-lo, desde que apresente motivo justo e de forma fundamentada, sendo certo que o juiz poderá deferir o parcelamento se verificar atitude abusiva do exequente, uma vez que tal proposta é-lhe bastante vantajosa, a partir do momento em que poderá

levantar imediatamente o depósito relativo aos 30% do valor exequendo e, ainda, em caso de inadimplemento, executar a diferença, haja vista que as parcelas subsequentes são automaticamente antecipadas e é inexistente a possibilidade de impugnação pelo devedor, nos termos dos §§ 2º e 3º do art. 745-A. 4. Caracterizado o parcelamento como técnica de cumprimento espontâneo da obrigação fixada na sentença e fruto do exercício de faculdade legal, descabe a incidência da multa calcada no inadimplemento (art. 475-J do CPC), sendo certo que o indeferimento do pedido pelo juiz rende ensejo à incidência da penalidade, uma vez configurado o inadimplemento da obrigação, ainda que o pedido tenha sido instruído com o comprovante do depósito, devendo prosseguir a execução pelo valor remanescente. 5. No caso sob exame, a despeito da manifestação de recusa do recorrente (fl. 219), o Juízo deferiu o pedido de parcelamento ante a sua tempestividade e a efetuação do depósito de 30%, inclusive consignando o adimplemento total da dívida (fl. 267), ressoando inequívoco o descabimento da multa pleiteada. 6. A Corte Especial, por ocasião do julgamento do REsp 1.028.855/SC, sedimentou o entendimento de que, na fase de cumprimento de sentença, havendo o adimplemento espontâneo do devedor no prazo fixado no art. 475-J do CPC, não são devidos honorários advocatícios, uma vez desnecessária a prática de quaisquer atos tendentes à satisfação forçada do julgado. No caso concreto, porém, conquanto tenha-se caracterizado o cumprimento espontâneo da dívida, o Tribunal condenou a recorrida ao pagamento de honorários advocatícios, o que, em face de recurso exclusivo do exequente, não pode ser afastado sob pena de reformatio in pejus. 7. Recurso especial não provido (grifos nossos). STJ, REsp 1.264.272/RJ, relator Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 15/05/2012.

Não obstante o tratamento jurisprudencial da matéria, o novo Código de Processo Civil, no parágrafo 7º de seu artigo 916, trouxe vedação expressa à aplicabilidade do parcelamento ao procedimento de cumprimento de sentença.

A previsão causa certa estranheza, em virtude de, ao menos aparentemente, conflitar com normas fundamentais regentes do processo civil. Tais normas, presentes tanto no plano constitucional como na legislação infraconstitucional, devem nortear a atuação dos magistrados e demais sujeitos do processo. Assim, antes que se conclua se a nova regulação configurou um acerto do legislador, faz-se necessária a análise de outras normas orientadoras do processo civil.

3. NORMAS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO CIVIL

Em seu primeiro capítulo, o novo CPC trouxe as normas fundamentais do processo civil. Tratam-se de regras e princípios, muitos já com assento constitucional, que devem permear toda a atividade jurisdicional, incluindo a tutela executiva.

No que concerne ao tema do presente artigo, três dessas normas adquirem especial relevância e merecem ser pormenorizadas. A primeira dela diz respeito à razoável duração do processo, contida no artigo 4º do novo CPC. Trata-se de princípio já previsto na Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LXXVIII. É importante, porém, ressaltar que o novo código acertadamente acrescentou de forma expressa que a abrangência do referido princípio inclui a atividade satisfativa.

É como bem destaca Cássio Scarpinella Bueno:

A expressa menção a “atividade satisfativa” é digna de destaque para evidenciar que a atividade jurisdicional não se esgota com o reconhecimento (declaração dos direitos), mas também com a sua consolidação (BUENO, 2015).

Dessa maneira, também no âmbito do cumprimento de sentença, fase processual que este trabalho se propõe a analisar, deverá ser assegurada a razoável

duração. Como será visto, isso traz implicações diretas na discussão acerca da possibilidade ou não de concessão da moratória legal nesses casos.

Outra importante previsão encontra-se no artigo 6º do novo CPC. O dispositivo estabelece o processo cooperativo. A aplicação do princípio da cooperação busca também a celeridade processual e permite que as questões levadas a juízo sejam dirimidas da melhor maneira possível para as partes.

No que diz respeito ao cumprimento de sentença, a cooperação está intrinsecamente relacionada ao princípio da menor onerosidade ao executado. Assim, ainda que a execução se dê no interesse do exequente, deve ele cooperar com o executado, de modo a não gerar para este demasiada onerosidade.

Por fim, menciona-se o artigo 8º do novo código. É o seu texto:

Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

Com relação ao dispositivo, é importante observar que a dignidade da pessoa humana foi expressamente prevista como algo a ser resguardado por meio do processo. O texto concretiza previsão constitucional, que traz o postulado como fundamento da República Federativa do Brasil.

Quanto à necessidade de atendimento aos fins sociais e às exigências do bem comum, ensina Daniel Amorim Assumpção Neves:

Ao prever que o juiz, ao aplicar o ordenamento jurídico, atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, deve se compreender que os fins sociais do processo são a concretização do acesso à ordem jurídica justa, enquanto o bem comum deve ser compreendido como a preservação do Direito por meio do processo (NEVES, 2016).

Trata-se da previsão de maior relevância para a ponderação a ser realizada a seguir. Deve-se, tendo em vista as normas aqui explanadas, refletir a respeito da possibilidade de sua aplicação pelo magistrado no caso concreto, para afastar determinada previsão legal que se mostra dissonante das normas gerais, dos fins sociais e das exigências do bem comum.

4. O NOVO CÓDIGO E A VEDAÇÃO DA MORATÓRIA LEGAL NO ÂMBITO DO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA

Como já mencionado, o novo diploma processual, em seu artigo 916, parágrafo 7º, proibiu expressamente a aplicação da moratória legal ao cumprimento de sentença. Chega-se, então, ao ponto culminante de toda a exposição: a vedação foi acertada?

A CPC de 2015 é presumidamente válido, constitucional, e encontra-se vigente. Dessa forma, não se pode simplesmente pretender ignorar tal previsão. Portanto, o questionamento que se busca responder aqui é, em última análise, se o julgador poderia, de algum modo, afastar ou mitigar a aplicabilidade do dispositivo em determinado caso concreto.

A doutrina se divide quanto ao tema. Daniel Amorim Assumpção Neves encara previsão como positiva:

O § 7º do art. 916 do Novo CPC é expresso no sentido de não ser cabível a moratória legal no cumprimento de sentença, contrariando jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema. Trata-se de acerto do legislador, seja porque não tem sentido o executado reconhecer o direito exequendo em execução fundada em sentença, seja porque não se pode obrigar o exequente, depois de todo o tempo despendido para a obtenção do título executivo judicial, a esperar mais seis meses para sua satisfação (NEVES, 2016).

Em que pese o brilhantismo do autor, discorda-se de tal entendimento neste trabalho. Não se ignora que o exequente, normalmente, prossegue em sua demanda por longo período de tempo até que obtenha um título executivo judicial.

Ocorre que tal demora, por si só, não é suficiente para que se proíba a concessão de parcelamento ao executado.

A moratória legal não necessariamente é aplicada a casos em que o devedor possui todo o montante disponível, mas ainda assim pretende a obtenção do benefício. Pode ser que o parcelamento da dívida seja a única maneira de viabilizar tal pagamento. Em sendo esse o caso, não conceder a moratória apenas impediria a satisfação efetiva do direito do exequente.

Ainda, não se deve perder de vista a necessidade de preservação da dignidade da pessoa humana do devedor. Tal postulado, somado ao princípio da menor onerosidade ao executado (previsto no artigo 805 do novo CPC), permite que se defenda a possibilidade de parcelamento.

Quanto ao exequente, não haveria grande prejuízo que pudesse justificar a proibição da moratória. A lei limita o pagamento a seis parcelas mensais, o que não permitiria o prolongamento da execução por muito tempo. Ainda, trinta por cento do valor seria depositado de plano. Por fim, os valores são pagos de maneira atualizada, de modo que o valor não estaria defasado ao ser entregue ao credor, e é possível a cobrança de multa no caso de inadimplemento das parcelas.

Também discordando da atual vedação, manifesta-se Anderson dos Santos Araújo:

Nem é preciso ir além para manifestar total discordância com a vedação legislativa criada no novο Código de Processo Civil (2015), neste ponto: Ao privilegiar a anterior interpretação restritiva (agora vedação legal), acabou por findar com um grande instrumento de efetividade do procedimento executório, mormente em casos nos quais o devedor realmente não possuía condições de arcar com o débito executado, na sua integralidade, seja em prejuízo de suas atividades ou da sua própria subsistência, conforme o caso em concreto (ARAUJO, 2015).

Por se tratar de texto legal ainda recente, é possível que doutrina e jurisprudência, ao aprofundarem-se no tema, profiram entendimentos em consonância com o defendido neste estudo.

No entanto, ainda que se conclua, após maiores reflexões, pela correção da vedação trazida, existe no novo código mecanismo apto a mitigar a referida previsão. Os chamados negócios jurídicos processuais foram autorizados em cláusula geral contida no artigo 190 do texto legal.

O direito disponível, de conteúdo patrimonial. Por essa razão, nada impede que exequente e executado convençionem a possibilidade de parcelamento. Não é nem mesmo necessário que isso seja feito antes do ajuizamento da ação. Podem as partes, já em fase de cumprimento de sentença, firmar acordo em tal sentido e submetê-lo à homologação do julgador.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após as reflexões sobre o tema, conclui-se que a vedação trazida pelo novo código deve ser vista como um equívoco do legislador. Ainda que os defensores da previsão entendam que se buscou trazer um benefício ao exequente, é possível que a nova disciplina faça justamente o oposto.

Vedar o parcelamento pode causar o prosseguimento desnecessário do feito por um longo período. Isso porque, muitas vezes, o executado não tem todo o valor no momento da intimação para pagamento, bem como não possui bens suficientes para penhora.

Diante de tal cenário, a moratória legal surgiria como mecanismo de preservação da dignidade da pessoa humana do executado e da satisfação célere do direito do exequente. E tal razão de ser, deve-se destacar, encontra-se presente tanto no processo autônomo de execução, como também no cumprimento de sentença.

Até que haja eventual alteração legislativa ou manifestação jurisprudencial vinculante a respeito do tema, a legislação é aplicável. Isso não impede, todavia, que os que as partes celebrem negócios jurídicos processuais afastando-a. Da mesma forma, podem os magistrados, em aplicação das normas

gerais do processo civil, operar o afastamento ou a mitigação da previsão, quando tal proceder for a melhor maneira de preservar os interesses das partes da demanda.

6. REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Anderson dos Santos. O parcelamento do débito exequendo e a previsão no Novo Código de Processo Civil (art. 916 do CPC/15): Indefensável retrocesso. Disponível em . Acesso em: 14 jan. 2017.

BRASIL. Constituição Federal. Disponível em . Acesso em: 12 jan. 2017.

_____. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em . Acesso em: 12 jan. 2017.

_____. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 14 jan. 2017

BUENO, Cassio Scarpinella. Novo Código de Processo Civil Anotado. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.264.272/RJ. Relator: Ministro Luis Felips Salomão. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: . Acesso em: 14 jan. 2017.

CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: vol. 1. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

DONIZETTI, Elpídio. Curso didático de direito processual civil. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

_____, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil Comentado. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

O DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL À MORADIA ADEQUADA, O DIREITO À CIDADE E A NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIAS PÚBLICAS PARA SUA EFETIVA REALIZAÇÃO

RENATO MARTINS DE ALBUQUERQUE:

Assistente Judiciário de Magistrado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, formado pela Universidade Metropolitana de Santos, pós-graduando em Direito Processual Civil pela Escola Paulista de Magistratura - EPM, aprovado no IV Concurso Público para o cargo de Defensor Público do Estado do Espírito Santo.

RESUMO: O presente artigo visa analisar o direito à moradia adequada, seu conteúdo e fundamento no direito pátrio e internacional bem como sua inter-relação com o direito à cidade e à participação democrática.

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. O Direito Humano Fundamental à Moradia Adequada; 3. O Comentário Geral nº 4 sobre Direito à Moradia Adequada do Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas e a Inter-relação com o Direito à Cidade e à participação popular; 4. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

O direito à moradia adequada, embora de envergadura constitucional e convencional, que possui conteúdo patrimonial e extrapatrimonial, além de ser o *locus* que possibilita à realização de diversos outros direitos humanos e fundamentais, é pouco comentado nos meios acadêmicos e nas instituições de ensino bem como carece de efetivação prática pelo Poder Público. De igual modo, o direito à cidade democrática, que tem em seu DNA o direito à moradia adequada, também carece de debates e concretização, sendo certo que vários municípios não realizam ou pouco informam sobre a realização de audiências públicas para discutir a gestão democrática do uso, gozo e desenvolvimento da cidade, apesar de se tratar de requisito obrigatório para aprovação do plano diretor.

Dessa forma, o presente artigo traz uma ideia básica e meramente inicial sobre o direito humano fundamental à moradia adequada, a inter-relação entre o habitante e a cidade bem como a necessidade da realização de audiências públicas prévias destinadas à concretização satisfatória de políticas públicas habitacionais,

com a efetiva participação dos seus destinatários, nos termos do disposto no Estatuto das Cidades e nos princípios e objetivos constitucionais e convencionais.

2. O DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL À MORADIA ADEQUADA

Antes de ser expressamente inserido no rol dos direitos fundamentais sociais da Constituição Federal de 1988 (art. 6º) - pela Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000 -, o direito à moradia já era reconhecido pela Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, a qual utilizou o termo **habitação**, conforme disposto no art. 25.1., abaixo transcrito:

“25.1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde, bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, **habitação**, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis e direito à segurança em caso de desemprego, doença invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.” (grifo nosso).

Insta salientar que, conforme ensina Carvalho Ramos, “em que pese a abrangência (rol amplo de direitos, direitos de todos sem qualquer diferenciação), consenso (aprovação sem vetos ou votos contrários) e ainda amplitude (menção à ordem internacional justa), a Declaração Universal foi aprovada sob a forma de resolução da Assembleia Geral da ONU, que, nessa matéria não possui força vinculante. Nesse sentido, a Declaração Universal representa uma diretriz aos Estados e compõe aquilo que é denominado de “soft Law” no Direito Internacional, o chamado *direito em formação*. Contudo, além de ser entendida como espelho do costume internacional de proteção dos direitos humanos, a Declaração é interpretação autêntica da expressão genérica *direitos humanos* da Carta de São Francisco”.^[1]

Posteriormente, em 1966, o direito à moradia adequada foi consagrado expressamente na Parte I, art. 11.1. do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU (PIDESC), de natureza vinculativa, que dispõe:

“11.1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequando para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e **moradia adequadas**, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados Partes

tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento.” (grifo nosso).

Somado a isso, observa-se que na Parte II do PIDESC restou disposto que cada Estado Parte compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o **máximo de seus recursos disponíveis**, que visem a assegurar, **progressivamente**, por **todos os meios** apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a **adoção de medidas legislativas**, sendo **vedada discriminação** por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, **origem nacional ou social, situação econômica**, nascimento ou qualquer outra situação para afastar ou mitigar os direitos assegurados, reconhecendo-se que o Estado Parte, em conformidade com o referido tratado, poderá submeter tais direitos unicamente às limitações estabelecidas em lei, **somente na medida compatível com a natureza desses direitos e exclusivamente com o objetivo de favorecer o bem-estar geral em uma sociedade democrática**.

Nesse compasso, resta verificado que o PIDESC positivou o princípio da vedação ao retrocesso (efeito cliquet)^[2], sendo que os direitos sociais observarão implemento progressivo pelo Estado, jamais podendo se admitir regresso ou exclusão destes, sendo que o pacto encontra limites somente na legislação nacional e, ainda sim, se esta tiver o objetivo exclusivo de favorecer o bem-estar geral em uma sociedade democrática, devendo o Estado Parte adotar medidas legislativas para efetiva implementação de todo o rol dos direitos sociais, que inclui, logicamente, o direito à moradia adequada.

Salienta-se que o referido PIDESC foi internalizado no Brasil pelo Decreto Presidencial nº 591 de 5 de julho de 1992 e que, segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil que não foram aprovados pelo rito de emendas constitucionais, possuem *status* supralegal, ou seja, gozam de hierarquia superior às leis nacionais.

Indiscutível, portanto, que o direito à moradia adequada trata-se de direito humano fundamental positivado na Constituição Federal de 1988 e

no PIDESC (além de vários outros tratados específicos e voltados à proteção de determinada categoria de pessoas, como a Convenção Internacional sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, A Convenção sobre os Direitos da Criança etc), gozando de hierarquia normativa privilegiada tanto no âmbito interno quanto internacional, razão pela qual a atuação deficiente do executivo, do legislativo ou do judiciário no desempenho de suas funções típicas (realização de políticas públicas, regulamentação legislativa ou julgamento de casos concretos e processos objetivos), poderá ser considerada inconstitucional ou inconvenção, anotando-se que como se trata de direito fundamental, nos termos do §1º, do art. 5º, da CF/88, o direito à moradia possui aplicabilidade imediata, vinculando os Entes Públicos na sua efetivação.

3. O COMENTÁRIO GERAL Nº 4 SOBRE DIREITO À MORADIA ADEQUADA DO COMITÊ DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS DAS NAÇÕES UNIDAS E A INTER-RELAÇÃO COM O DIREITO À CIDADE E À PARTICIPAÇÃO POPULAR

Buscando melhor esclarecer seu conteúdo e amplitude, o Comentário Geral nº 4 sobre Direito à Moradia Adequada - elaborado pelo Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas em 12 de dezembro de 1991 -, dispõe que a segurança jurídica da posse, a disponibilidade de serviços e materiais, infraestrutura, habitabilidade, acessibilidade, gastos suportáveis, localização adequada e adequação cultural são elementos indispensáveis para o exercício de uma moradia digna.

Resta claro que o direito à moradia adequada envolve uma gama de aspectos distintos e se inter-relaciona com o direito de usufruir dos equipamentos da cidade (hospitais, escolas, locais de lazer, creches etc) e de serviços mínimos existenciais (saneamento básico, transporte, iluminação pública etc), incluindo a identidade cultural de uma comunidade, além da tão necessária segurança na posse (tema que será aprofundado em outra oportunidade).

Trata-se, portanto, de um conceito muito além do que simplesmente “ter um teto sobre a cabeça” ou uma casa própria como normalmente é

suposto, envolvendo aspectos materiais, imaterias e interpessoais que possuem reflexos diretos e imediatos na formação da personalidade da pessoa e de sua identificação como membro (ou não) de uma determinada sociedade.

Na lição de Salvador de Souza, o “caráter extrapatrimonial do direito à moradia desvela-se no fato de que sua concretização não se vincula ao seu objeto de realização material, nem na sua mensuração econômica, sendo ínsito à pessoa”.^[3]

Para tanto, basta imaginar um grupo de uma comunidade quilombola (poderia ser indígena, ribeirinha) que tivesse que, do dia para noite, contra sua vontade, mudar para um grande centro urbano como a cidade de São Paulo. Não há dúvida de que o choque cultural seria violento, porém, afetando o íntimo de cada componente do grupo. O mesmo vale para hipótese contrária. E ainda que houvesse condições de infraestrutura supostamente melhores, caso não fosse realizado um trabalho de adequação cultural, a possibilidade de que tais indivíduos voltassem para o local em que se identificam e são identificados seria enorme.

Importa frisar que essa identidade cultural não se relaciona com a vulnerabilidade econômica do grupo. Tanto é que vários jogadores de futebol, músicos e artistas que cresceram em comunidades carentes continuam ou voltam a morar em seu bairro de origem após o sucesso financeiro. Trata-se de um conteúdo imaterial intimamente ligado aos direitos da personalidade.

Possível, portanto, falar em casa sem moradia adequada se ausentes seus elementos constitutivos, materiais ou imateriais (saneamento básico, infraestrutura, adequação cultural etc).

Percebe-se que a comunidade onde a pessoa reside, assim como a cidade, exercem influências diretas em sua personalidade, assim como a pessoa influencia ambas, construindo, em simbiose, o entorno social.

Isto posto, o Estatuto das Cidades, Lei 10.257/2001 – norma de **ordem pública e de interesse social** que regula o uso da propriedade urbana em **prol do bem coletivo**, da segurança e do bem estar dos cidadãos bem como do equilíbrio ambiental (art. 1º) –, em seu art. 2º, dispõe que a política urbana tem o objetivo de organizar o pleno desenvolvimento das **funções sociais** da cidade e da propriedade urbana

tendo como diretrizes, entre outras, :1) a garantida do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, **à moradia**, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações; e 2) **a gestão democrática por meio de participação da população** e associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano.

Observa-se que a moradia adequada é um direito autônomo, mas que também estrutura, junto com demais, o direito à cidade, de natureza intergeracional, difusa e democrática. Pode-se afirmar, portanto, que o direito à moradia está no DNA do direito à cidade, percebendo-se a necessária inter-relação de um direito de segunda dimensão (moradia) e de um de terceira dimensão (direito à cidade), sendo inegável que ambos concretizam o direito à vida digna, de primeira geração.

Daí decorre a premente necessidade de que as políticas públicas voltadas à concretização do direito à moradia sejam precedidas de audiências públicas com a população-alvo, para que possam ser consideradas legítimas, de acordo com as diretrizes internacionais e, principalmente, para que gozem de efetividade – uma vez que só haverá adesão da população se os seus interesses forem proporcionalmente contemplados, além do fato de que ao participarem da implementação de uma política pública de que são destinatários, é mais fácil que compreendam eventuais limitações orçamentárias do poder público, opinando, inclusive, em alternativas legítimas –, frisando-se que a participação popular para gestão democrática da cidade é condição obrigatória para aprovação do plano diretor municipal, nos termos do art. 44 da Lei 10.257/2001.

4. CONCLUSÃO

Na lição de Salvador de Souza, o “Direito à Moradia constitui a base de sustentação para o exercício de inúmeros outros direitos conexos, como o direito à intimidade, ao sossego, à integridade física e psíquica, à segurança, à propriedade (não necessariamente do espaço físico onde exerce), à liberdade, à saúde, à identidade cultural, a ir, vir e permanecer,

ao trabalho, ao lazer, ao descanso, ao meio ambiente saudável, à inviolabilidade do domicílio, entre tantos outros”[4].

Trata-se de um direito fundamental positivado na Constituição Federal pátria, na legislação infraconstitucional, com destaque para Lei 10.257/2001, e de um direito humano expresso em vários tratados de direitos humanos, em especial no PIDESC, possuindo posição normativa privilegiada no ordenamento jurídico, não possuindo o poder público discricionariedade para deixar de efetivá-lo, uma vez que a Constituição Federal impõe como objetivo fundamental do Estado construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, CF/88), além de erradicar a pobreza, a marginalização e as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III, CF/88), limitando o gozo da propriedade ao cumprimento de sua função social (art. 5º, XXIII, CF/88).

Nesse compasso, a mera construção de residências, principalmente em áreas afastadas dos centros comerciais, com limitação de transportes, equipamentos públicos e infraestrutura, sem a participação direta e efetiva da população envolvida não realiza o direito à moradia adequada, mas ao revés, o alija e ofende seu núcleo essencial.

Impõe-se a transparência das políticas públicas de acesso à moradia, com a realização prévia de audiências públicas, sempre com o objetivo primário de concretizar as funções sociais da cidade e o bem-estar coletivo, que não se confunde com a de grandes grupos empresariais de construção, mas antes se materializa na oferta de moradia adequada à população de baixa renda, nos moldes do disposto na Constituição Federal, no PIDESC e demais tratados de direitos humanos, no Comentário Geral nº 4 sobre Direito à Moradia Adequada - elaborado pelo Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas e no Estatuto das Cidades.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

1. CARVALHO RAMOS, André de. Processo Internacional de Direitos Humanos. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2013. p.108.
2. BERNARDO GONÇALVES Fernandes. Curso de Direito Constitucional. 8. ed., Salvador Juspodium, 2016. p.677.

3. SOUZA, Jairo Salvador de. Direito à Moradia, Remoções Forçadas e a Atuação da Defensoria Pública na Construção de Esferas de Defesa. In Temas Aprofundados Defensoria Pública. Organizador: Aluísio lunes Monti Ruggeri Ré. Salvador:Juspodium, 2013, p. 501.
NOTAS:

[1] CARVALHO RAMOS, André de. Processo Internacional de Direitos Humanos. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2013. p.108.

[2] Na lição de Bernardo Gonçalves, o princípio da proibição do retrocesso ou da não reversibilidade dos direitos fundamentais “(...) deve ser entendido na atualidade como limite material implícito, de forma que os direitos fundamentais sociais já constitucionalmente assegurados e que alcançaram um grau de densidade normativa adequado não poderão ser suprimidos por emenda constitucional e nem mesmo por legislação infraconstitucional, a não ser que se tenha prestações alternativas para os direitos em questão.” BERNARDO GONÇALVES Fernandes. Curso de Direito Constitucional. 8. ed., Salvador Juspodium, 2016. p.677.

[3] SOUZA, Jairo Salvador de. Direito à Moradia, Remoções Forçadas e a Atuação da Defensoria Pública na Construção de Esferas de Defesa. In Temas Aprofundados Defensoria Pública. Organizador: Aluísio lunes Monti Ruggeri Ré. Salvador:Juspodium, 2013, p. 500.

[4] SOUZA, Jairo Salvador de. Direito à Moradia, Remoções Forçadas e a Atuação da Defensoria Pública na Construção de Esferas de Defesa. In Temas Aprofundados Defensoria Pública. Organizador: Aluísio lunes Monti Ruggeri Ré. Salvador:Juspodium, 2013, p. 501.

A LEI 13.455/2017 PODE TRAZER ALGUM BENEFÍCIO AO CONSUMIDOR?

MAURÍCIO DE ANDRADE TRAVASSOS NETO: Advogado. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora.

RESUMO: A lei 13.455/2017, fruto de recém conversão de medida provisória, gerou críticas e indagações quanto a suas repercussões no direito consumerista. Neste artigo, analisa-se a possível existência de consequências positivas aos consumidores advindas da lei.

Palavras chave: Direito do consumidor. Superior Tribunal de Justiça. Superendividamento.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO 2. BREVE PANORAMA DA EVOLUÇÃO DA TUTELA DOS CONSUMIDORES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO 3. O SUPERENDIVIDAMENTO E SUAS MODALIDADES 4. A LEI 13.455/2017 E A PROTEÇÃO DOS CONSUMIDORES. 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS 6. REFERÊNCIAS

1. INTRODUÇÃO

A tutela consumerista ganhou grande força no final do último século, notadamente com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e do Código de Defesa do Consumidor.

Desde então, tem-se observado, sobretudo na jurisprudência dos Tribunais Superiores, grande inclinação à defesa dos direitos dos consumidores. No entanto, ainda assim, é possível encontrar previsões ou mesmo decisões que não lhes favorecem.

Propõe-se, então, uma reflexão a respeito da lei 13.455, publicada em 26 de junho de 2017, a fim de se verificar suas consequências na esfera de direitos dessa categoria de indivíduos vulneráveis.

Conforme previsto na referida legislação, advinda da conversão da anterior medida provisória 764/2017, passa a ser autorizada a diferenciação de

preços relativos a bens e serviços em razão da modalidade de pagamento utilizada.

A inovação gerou grandes discussões a respeito de uma possível diminuição da defesa do consumidor, tratada constitucionalmente como um dos princípios da ordem econômica. E é nesse aspecto que se pretende oferecer um contraponto, de modo a enriquecer o debate da questão.

Não se pretende neste trabalho a defesa ou o ataque ao texto legislativo recém publicado, e sim a análise da previsão e das possíveis consequências no direito e na sociedade. Ao fim, será apontada consequência aparentemente positiva, sendo apreciado se ela de fato traz benefícios ao consumidor.

Para tanto, será feita, em um primeiro momento, uma breve análise dos principais elementos da tutela consumerista no direito brasileiro. Posteriormente, será tratado o fenômeno do superendividamento e suas modalidades. Por fim, ter-se-á substrato suficiente para que se possa realizar uma discussão efetiva sobre os benefícios e malefícios que poderão advir da lei em estudo.

2. BREVE PANORAMA DA EVOLUÇÃO DA TUTELA DOS CONSUMIDORES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Ganhou força a proteção de direitos do consumidor, no ordenamento jurídico brasileiro, após a Constituição Federal de 1988. Além de prever como princípio da ordem econômica a defesa do consumidor, o texto trouxe também, em seu Ato de Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), prazo para que o Congresso Nacional elaborasse um Código de Defesa do Consumidor. É a redação do artigo 48 do ADCT:

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

Em decorrência disso, foi promulgada a lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, que traz o Código de Defesa do Consumidor. A lei veio em momento

bastante oportuno, em razão do momento de ampliação dos efeitos da globalização, de grande repercussão no direito consumerista.

O código é voltado à proteção de vulneráveis, tutelando direitos e, por outro lado, definindo deveres para os fornecedores. Suas normas são principiológicas e de ordem pública, não podendo ser afastadas, via de regra, pela vontade das partes.

A doutrina aponta até mesmo a supralegalidade das normas de proteção ao consumidor. É como ensinam Flávio Tartuce e Daniel Amorim Assumpção Neves:

Diante de tais premissas, pode-se dizer que o Código de Defesa do Consumidor tem eficácia supralegal, ou seja, está em um ponto hierárquico intermediário entre a Constituição Federal de 1988 e as leis ordinárias (TARTUCE; NEVES, 2017).

De todo modo, a existência da legislação protetiva não impede, por si só, que se encontrem também previsões normativas tendentes a suprimir direitos dos consumidores. Da mesma forma, a jurisprudência, embora avançada, é muitas vezes oscilante no que diz respeito à tutela desses direitos.

Especificamente quanto ao tema tratado neste trabalho, deve-se mencionar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Antes da edição da lei 13.455/2017, ou mesmo da medida provisória da qual adveio, o Tribunal orientava-se contrariamente a tal previsão legal.

Assim, era vedada qualquer diferenciação feita por fornecedores de bens e serviços nos preços em decorrência da forma de pagamento. Pode-se observar no julgamento do recurso especial 1.610.813, publicado em agosto de 2016:

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA VISANDO À ANULAÇÃO DE AUTOS DE INFRAÇÃO LAVRADOS POR PROCON MUNICIPAL ANTE O RECONHECIMENTO DE VIOLAÇÃO AO DIREITO DO

CONSUMIDOR PELA PRÁTICA DE PREÇOS DIFERENCIADOS PARA VÁRIAS ESPÉCIES DE PAGAMENTO À VISTA: DINHEIRO, CHEQUE OU CARTÃO, DO MESMO PRODUTO. PRÁTICA ABUSIVA. CONFIGURADA. PRECEDENTES DO STJ: RESP 1.479.039/MG, REL. MIN. HUMBERTO MARTINS, DJE 16.10.2015 E RESP 1.133.410/RS, REL. MIN. MASSAMI UYEDA, DJE 7.4.2010. RECURSO ESPECIAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. 1. A diferenciação de preço na mercadoria ou serviço para diferentes formas de pagamento à vista: dinheiro, cheque ou cartão de crédito caracteriza prática abusiva no mercado de consumo, nociva ao equilíbrio contratual e ofende o art. 39, V e X da Lei 8.078/90. 2. Manutenção das autuações administrativas realizadas pelo PROCON do Municipal de Vitória/ES em face da referida prática abusiva do comerciante Recorrente em seu estabelecimento. 3. Precedentes de outras Turmas deste Tribunal Superior (REsp. 1.479.039/MG, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 16.10.2015 e REsp. 1.133.410/RS, Rel. Min. MASSAMI UYEDA, DJe 7.4.2010). 4. Recurso Especial do comerciante ao qual se nega provimento"(STJ, REsp 1.610.813/ES, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/08/2016, DJe 26/08/2016).

Os argumentos que fundamentam tal entender serão analisados em momento posterior. Neste ponto, deve-se apenas observar que, até a edição da lei em comento, o Superior Tribunal de Justiça tinha sua jurisprudência firmada em sentido contrário.

Como o Poder Legislativo, no exercício de sua função típica de legislar, não se encontra vinculado a entendimentos do Poder Judiciário, deve a lei ser reputada válida. A partir de então, deve ela ser analisada, de modo a se questionar em que medida ela se compatibilizaria ou não com a ordem jurídica atual. Com isso, será possível verificar se ela é capaz de trazer algum benefício aos consumidores.

Antes de qualquer conclusão, porém, faz-se necessária uma breve exposição acerca do superendividamento. Trata-se de fenômeno de grande repercussão social, intrinsecamente relacionado aos direitos do consumidor, que permitirá a apreciação que se pretende fazer em momento posterior deste estudo.

3. O SUPERENDIVIDAMENTO E SUAS MODALIDADES

O superendividamento, ou sobreendividamento, é um instituto com repercussões não apenas no direito, mas também em outras ciências, como economia, sociologia e até mesmo psicologia.

Em linhas gerais, tratam-se das hipóteses em que o consumidor, pessoa física, ao contrair demasiadas obrigações, de boa-fé, vê-se impossibilitado de adimplir todas elas sem prejuízo de seu sustento. Tamanho é o débito presente e futuro que não há como, com seus ganhos, quitá-lo em tempo hábil.

Não se confunde, pois, com a simples inadimplência, como bem explica Eduardo Antônio Andrade Amorim:

Assim, o superendividamento não pode ser visto como um simples momento de inadimplência obrigacional, e sim, como a impossibilidade de uma pessoa suprir as suas necessidades básicas, como alimentação, vestuário e moradia, que são materializadas através do crédito ao consumo. Esse prisma revela que, na relação obrigacional de crédito existem importantes aspectos da vida humana que, se desprezados, podem ameaçar a própria dignidade da pessoa (AMORIM, 2010).

É necessário ainda destacar que o instituto possui duas formas de incidência: ativa e passiva. Superendividamento ativo é aquele em que o consumidor, em razão de sua conduta imprudente, adquire grande número de produtos e serviços, contraindo diversos financiamentos para tanto. Já o sobreendividamento passivo é verificado em hipóteses nas quais o consumidor é atingido por acontecimentos que retiram a sua capacidade de adimplemento. Como exemplo, pode ser citado o desemprego repentino.

Embora de grandes repercussões sociais, sobretudo entre as parcelas mais vulneráveis da população, o superendividamento ainda não é tratado de maneira incisiva pela legislação pátria. Sua regulação é difusa e indireta, isto é, algumas previsões têm o condão de evitá-lo, sem no entanto referir-se expressamente ao instituto. É o caso, por exemplo, da vedação à publicidade enganosa e abusiva pelo Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 37.

No entanto, em razão da extrema necessidade de combate a esse fenômeno, hoje tramita no Congresso Nacional projeto de lei que traz meios para o seu combate e prevenção. Dentro as previsões do projeto, pode-se mencionar o conceito de superendividamento. De Trata-se do comprometimento de mais de trinta por cento da renda líquida mensal do consumidor com o pagamento conjunto das dívidas pessoais – excluído o financiamento para a aquisição de casa para a moradia.

É nesse cenário de combate ao superendividamento que se insere a análise da lei 13.455/2017. Como será visto a seguir, em que pese muito criticável a legislação recém publicada, pode ela em certa medida trazer efeitos positivos àqueles já superendividados ou em vias de sê-lo, notadamente quando a situação decorre do chamado sobreendividamento ativo.

4. A LEI 13.455/2017 E A PROTEÇÃO DOS CONSUMIDORES

A lei 13.455/2015 decorreu de conversão da medida provisória 764/2016. Sem adentrar aqui na existente discussão acerca do preenchimento ou não do requisito da urgência, passa-se à análise de seu conteúdo. A lei é composta de três artigos e o estudo será centrado em seu artigo 1º, cujo texto é o seguinte:

Art. 1º Fica autorizada a diferenciação de preços de bens e serviços oferecidos ao público em função do prazo ou do instrumento de pagamento utilizado.

Parágrafo único. É nula a cláusula contratual, estabelecida no âmbito de arranjos de pagamento ou de outros acordos para prestação de serviço de pagamento, que proíba ou restrinja a diferenciação de preços facultada no caput deste artigo.

A grande incidência do dispositivo é encontrada nas hipóteses em que os fornecedores cobram preços mais caros para compras em cartões de crédito, comparativamente ao que é cobrado em dinheiro. Tal proceder tem por finalidade repassar aos consumidores os custos operacionais com os quais deveriam arcar os vendedores.

A crítica à autorização trazida pela lei a enquadra como cláusula abusiva, nos termos do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor. O artigo conteria rol exemplificativo, de modo a possibilitar a inclusão da diferenciação de preços em razão da forma de pagamento. Assim, a cláusula seria nula de pleno direito.

É possível, ainda, apontar violação da isonomia entre os consumidores, tendo em vista não serem todos eles possuidores de dinheiro em espécie para realizar suas compras. Nesse sentido, o parcelamento, permitido pelos cartões de crédito, é muitas vezes essencial para que indivíduos possam ter acesso a determinados bens e serviços, contribuindo para a preservação da sua dignidade.

Vistas as principais críticas à nova lei, das quais não se pretende discordar com o presente estudo, é preciso que também se avalie outros efeitos que podem surgir do seu regramento. Sabe-se que as administradoras de cartões de crédito cobram juros muito elevados e figuram entre as principais causas do superendividamento ativo dos consumidores.

Sobre as cobranças abusivas em cartões de créditos, discorrem Flávio Tartuce e Daniel Amorim Assumpção Neves:

No que concerne aos juros estipulados por força do contrato (juros convencionais), algumas palavras merecem ser ditas, especialmente no tocante ao seu limite, tema explosivo na realidade nacional. Na opinião deste autor, é absolutamente lamentável o tratamento dado pela jurisprudência majoritária à questão, uma vez que é comum as instituições bancárias cobrarem juros excessivamente abusivos, tornando caro o crédito em

nosso País. Isso também ocorre com empresas financeiras, caso das que prestam o serviço de cartão de crédito.

Dessa forma, se os fornecedores passam a cobrar preços mais altos por bens e serviços pagos por cartões de crédito, é possível que ao menos parte dos consumidores seja desestimulada a adquiri-los. Pode o pretense comprador optar por esperar para realizar a compra quando tiver o valor disponível em espécie ou simplesmente pensar que não compensará pagar mais caro quando existente outra forma de pagamento que ensejaria um abatimento no preço.

Ocorre que, ainda que válida tal linha argumentativa e que até seja possível a diminuição dos níveis de sobreendividamento, a tendência é que isso seja observado em pequena medida. Muitas vezes, as compras realizadas em cartões de créditos referem-se a produtos e serviços essenciais, cuja aquisição dificilmente será desestimulada com a diferenciação de preços.

Ademais, analisando-se em critérios puramente matemáticos, o preço para o pagamento em dinheiro, se comparado ao pagamento no crédito, na maioria das vezes já enseja valores diversos. Isso porque, a depender das condições de cada operadora para o parcelamento, os juros aplicados podem aumentar o valor em grande escala, se analisado o preço final pago pela mercadoria.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em que pese tal inovação legislativa possa causar certa indignação, portanto, há nela elemento positivo que deve se considerado. A lei, embora de maneira indireta, pode gerar uma diminuição do uso de formas de pagamento a prazo, notadamente cartões de crédito, o que pode contribuir para a prevenção e diminuição do superendividamento, fenômeno social grave que atinge boa parte dos consumidores brasileiros.

No entanto, é necessário que se tenha cautela ao proclamar tal efeito como sendo um benefício ao consumidor. A verificação deve levar em consideração as repercussões da lei de maneira ampla. Assim, ainda que seja possível afirmar a contribuição da previsão para a prevenção do superendividamento, pode ser que, quando comparados aos prejuízos que ela

trará aos superendividados, os supostos benefícios sejam anulados pelos malefícios.

De todo modo, a simples contrariedade entre a legislação e a jurisprudência que a precedeu não é fundamento suficiente para a não aplicação. O texto encontra-se em vigor e deve produzir efeitos até eventual revogação ou manifestação jurisprudencial vinculante que a afaste.

Certo é que, em resposta ao questionamento proposto por este trabalho, a lei 13.455/2017 pode sim trazer algum benefício aos consumidores, mas tal afirmação não pode ser generalizada a ponto de ensejar a conclusão de que seus efeitos são benéficos como um todo. Isso porque, como demonstrado, apenas a verificação fática dos seus efeitos, que poderão ser observados a partir de sua vigência, permitirá uma conclusão efetiva sobre a natureza da sua repercussão na esfera de direito dos consumidores sobreendividados.

6. REFERÊNCIAS

AMORIM, Eduardo Antonio Andrade. [O superendividamento do consumidor](#). Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, [ano 15, n. 2658, 11 out. 2010](#). Disponível em: . Acesso em: 10 ago. 2017.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. Manual de direito do consumidor: à luz da jurisprudência do STJ. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em . Acesso em: 9 ago. 2017.

_____. Constituição Federal. Disponível em . Acesso em: 9 ago. 2017.

_____. Lei n. 13.455, de 26 de junho de 2017. Disponível em: . Acesso em: 9 ago. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.610.813/ES. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1610813&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true> >. Acesso em: 9 ago. 2017.

MARTINEZ, Carolina Curi Fernandes. [A tutela do consumidor superendividado e o princípio da dignidade da pessoa humana](#). Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, [ano 15, n. 2619, 2 set. 2010](#). Disponível em: . Acesso em: 10 ago. 2017.

NUNES, Rizzato. Comentários ao código de defesa do consumidor. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito do consumidor: direito material e processual. 6. ed. São Paulo: Método, 2017.

TARTUCE, Flávio; Breves comentários sobre a MP 764, que trata de preços diferenciados, de acordo com a forma de pagamento. Disponível em: . Acesso em: 10 ago. 2017.

BENEFÍCIOS DA TRIAGEM EMBRIONÁRIA E A LEI BRASILEIRA FRENTE AOS PROCEDIMENTOS QUE ENVOLVEM VIDAS HUMANAS

BARBARA MARQUES SILVEIRA: Curso de Especialização em Ciências Criminais da Universidade Luterana do Brasil. Pós-graduanda.

Resumo: O crescente uso de tecnologias reprodutivas no Brasil está relacionado à infertilidade e também ao adiamento da maternidade para após os 30 anos. Apesar de ser mais acentuado no segmento das mulheres de nível socioeconômico mais elevado, esse adiamento também ocorre entre as mulheres das classes sociais menos favorecidas. A triagem embrionária destina-se a seleção de embriões geneticamente saudáveis, que vem com objetivo de apontar doenças hereditárias e desordem genética, antes que sejam colocados no útero. Com isso, síndromes que passam de geração para geração podem ser abolidas com a escolha de um embrião usando a técnica proposta. O Procedimento é feito através de testes genéticos antes de implantar o embrião no útero. Espera-se, com isso, uma diminuição dos riscos de doenças genéticas e um aumento das taxas de implantação em fertilização *in vitro* e seu posterior sucesso na gestação e saúde do bebê. É um procedimento que tem por finalidade obter embriões saudáveis livres de má formações, síndromes e doenças genéticas.

Palavras chave: Biotecnologia, biópsia embrionária, triagem embrionária, biogenética, bioética, doenças pré-diagnosticadas, reprodução assistida.

Abstract: The increasing use of reproductive technologies in Brazil is related to infertility and also to the postponement of motherhood to after 30 years. Although it is more pronounced in the segment of women of higher socioeconomic level, this delay also occurs among women from the less favored social classes. The embryonic screening is intended for the selection of genetically healthy embryos, which comes with the aim of pointing to hereditary diseases and genetic disorder, before they are placed in the uterus. Thus, syndromes that pass from generation to generation can be abolished with the choice of an embryo using the proposed technique. The procedure is done through genetic testing before implanting the embryo in the uterus. This is expected to reduce the risk of genetic diseases and an increase in rates of implantation in vitro fertilization and its subsequent success in the gestation and health of the baby . It is a procedure

that aims to obtain healthy embryos free from malformations, syndromes and genetic diseases.

Keywords: Ovum cleavage stage Biopsy, Blastocyst, , Ovum, Reproductive techniques, in vitro reproduction,

SUMÁRIO: Introdução; 1. Métodos de triagem realizados em embriões; 1.1 O uso correto da biópsia embrionária e seus desvios; 2. Legislação Brasileira no trato da triagem embrionária; 2.1. Conselho Federal de Medicina no trato de doação de gametas; 3 Células tronco, tipos e embriões; 4 Doenças que a triagem embrionária pode eliminar vindo a trazer um ser humano saudável; Conclusão Referências Bibliográficas

INTRODUÇÃO:

Demandas surgem e envolvem valores e princípios jurídicos quando tratamos de reprodução assistida, tais como a vida, a personalidade, a dignidade da pessoa humana, a ética dentre outros. As técnicas de reprodução assistida estão sendo utilizadas em países desenvolvidos, bem como no Brasil. Apesar disso, não temos um conhecimento mais detalhado da extensão dessa questão tanto do ponto de vista regulatório como de suas implicações sociais, éticas e jurídicas que são muitas.

Enquanto não houver lei específica, clínicas de Reprodução Assistida seguirão se expandindo e oferecem diversos tipos de serviços, sendo estes procedimentos voltados à vida e sua modelagem conforme os casais procuram com a esperança de sanar problemas de infertilidade e até mesmo moldar um bebê com características físicas pré-determinadas pela biópsia embrionária.

Justo por vivermos em um momento onde não há fiscalização no país e grandes batalhas jurídicas estão sendo travadas para resolver questões como o direito ao uso dos embriões congelados, o destino de embriões geneticamente defeituosos, o descarte de material não utilizado, a questão de doação de gametas anônima e limitada por região a fim de evitar reprodução entre pessoas que possam vir serem filhos do mesmo doador. São muitos os dilemas enfrentados pelos pesquisadores e profissionais da área, a intenção muitas vezes

é melhoramentos e acaba sendo interpretado de forma errada pelo público leigo. Há um desvio de informações e intervenções bem influentes na crítica quando tratamos de vidas humanas, porém o objetivo do artigo é expor as finalidades da triagem embrionária e a legislação brasileira e suas barreiras quanto aos procedimentos.

1. TRIAGEM REALIZADA EM EMBRIÕES E TÉCNICAS UTILIZADAS

Técnica também é conhecida por PGD (preimplantation genetic diagnosis), biópsia embrionária ou CGH (hibridização genômica comparativa), a PGD analisa os genes que trazem em seu conteúdo doenças hereditárias, o PGS analisa as alterações cromossômicas que podem ser geradas de forma espontânea ou quando foram identificadas alterações no cariótipo em um dos progenitores.

A biópsia do embrião humano deve ser considerada como o equilíbrio entre a retirada de células para uma análise genética segura e eficiente somada à preservação do potencial de implantação do embrião "(A. De Vos, C. Staessen, M. De Rycke, W. Verpoest, P. Haentjens, P. Devroey, et al. Impact of cleavage-stage embryo biopsy in view of PGD on human blastocyst implantation: a prospective cohort of single embryo transfers Hum Reprod, 24 (2009), pp. 2988-2996)

Na reprodução assistida usa-se de três métodos para diagnóstico: A primeira técnica consiste em retirar o primeiro corpúsculo polar estruído pelo oócito. Também se pode fazer a triagem com o blastômero do embrião em estágio de clivagem sendo esta a segunda e mais bem sucedida. A terceira ocorre pela retirada de células do trofoectoderma (TE) de blastocistos no quinto dia de desenvolvimento. Assim, conforme a biópsia de escolha haverá alteração do material biológico a ser usado para extração de DNA.⁵⁻⁸

1.1. O USO CORRETO DA BIÓPSIA EMBRIONÁRIA E SEUS DESVIOS

Esta triagem é realizada para fins de excluir doenças genéticas e deformações, síndromes, anomalias e trazer um ser humano saudável, incluindo a

exclusão dos defeitos monogênicos, as condições ligadas aos cromossomos sexuais e desequilíbrios cromossômicos tanto os numéricos como os estruturais: considera-se que o diagnóstico pré-implantacional com o intuito de evitar doenças transmissíveis é eticamente aceitável afinal não há nenhum tipo de discriminação e sim de uma forma de prezar a saúde humana.

É possível remover uma ou duas células de um embrião no estágio de 6 à 10 múltiplas células sem comprometê-lo, para que o material genético destas células possa ser analisado e estes embriões são submetidos à triagem no estágio pré-implantacional, no terceiro dia de desenvolvimento, a zona pelúcida "(grossa camada glicoprotéica que envolve o ovócito e confere aos gametas femininos uma alta especificidade. [3] Ela funciona como barreira, permitindo que apenas espermatozoides da mesma espécie tenham acesso ao ovócito, e é responsável por impedir a poliespermia, para que espermatozoides adicionais não penetrem no óvulo)" pt.wikipedia.org

Neste ponto, o embrião ainda está envolvido por uma membrana glicoprotéica, a zona pelúcida, e, para remover qualquer célula, esta membrana deverá primeiro ser perfurada. Isto pode ser conseguido tanto usando um meio de cultura acidificada que "dissolve" a zona pelúcida no local onde é aplicado quanto o método mais conveniente um orifício pode ser feito com laser, permitindo que uma micro pipeta de vidro seja inserida para extrair a célula

Os profissionais que trabalham na área devem agir com ética e expor ao paciente que feito PGD com intenção de escolha do sexo representa uma forma de discriminação, e a escolha de características externas é uma forma de eugenia negativa. Esta escolha ou sexagem é também conhecida por FISH um avanço para identificação do sexo em embriões humanos,

ela utiliza sondas de DNA marcadas com haptenos fluorescentes frente a sequências específicas dos cromossomos sexuais, que se desejam identificar; mais tarde, sua aplicação se estendeu a outros autossomos responsáveis pelas principais aneuploidias. Com o FISH, fragmentos específicos de DNA podem ser modificados quimicamente ou

enzimaticamente e, desta forma, uma sonda de DNA é formada. Medicina Reprodutiva – Dr. Fábio Eugênio © 2011 |

Quando o FISH foi introduzido, peças específicas de DNA forma marcadas radiativamente, mas o refinamento do método tem feito possível o uso de certas moléculas ou substâncias fluorescentes que marquem o DNA. Fragmentos específicos são complementares ao alvejado no DNA. Um híbrido é formado, sendo possível identificar o fragmento alvo.

Para as pessoas consideradas sadias, há muitas descobertas que não representam vantagem alguma e nem despertam curiosidade, enquanto para os portadores de problemas de saúde, o sucesso nas pesquisas científicas pode representar uma esperança única de cura e vida saudável. Há possibilidade de mapear as características físicas do embrião nesta biópsia o que acaba ferindo a legislação pertinente no que tange a dignidade do ser humano e diversidade cultural.

Sem dúvidas os laboratórios trabalham conforme suas próprias diretrizes e portarias, não havendo uma legislação que puna a sexagem embrionária sem fins investigatórios de doenças genéticas, automaticamente ela será usada para escolher também as características do bebê, ou quem sabe somente para isso. Onde não há limites acaba dando espaço para este tipo de procedimento que foi apenas um exemplo usado no meio das manipulações biotecnológicas.

2. LEGISLAÇÃO BRASILEIRA NO TRATO DA TRIAGEM EMBRIONÁRIA

A lei n.º 11.105/05, atual Lei de Biossegurança, foi a primeira a tratar destes procedimentos limitando muito o uso de embriões para pesquisas e ao Biodireito cabe definir e normatizar os efeitos da evolução biotecnológica sobre estes novos procedimentos e propostas que a biotecnologia vem ofertando com o passar dos dias.

A Lei de Biossegurança aprovada pelo Congresso Nacional em 2005 foi alvo de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN), proposta pelo então Procurador da República Cláudio Fonteles, por entender que a norma viola o direito à vida e à dignidade da pessoa humana, uma vez que de acordo com vários especialistas em

bioética a vida humana inicia-se a partir da fecundação, gerando assim mais empecilhos para as pesquisas e procedimentos em reprodução assistida.

O Conselho Federal de Medicina (CFM) a utilização do sêmen de um homem que já faleceu em processos de Reprodução Assistida, desde que ele tenha autorizado, ainda em vida, este uso. No Brasil, já foi relatado um caso envolvendo a fertilização pós-morte. O Código Civil brasileiro reconhece os direitos de filiação das crianças nascidas por inseminação porém há divergência entre os direitos sucessórios dos herdeiros nascidos com inseminação póstuma.

O Supremo decidiu, por seis votos a cinco, que a Lei de Biossegurança não fere a Constituição Federal. Em seu voto, tais foram as palavras do ministro Marco Aurélio de Mello:

"Desculpem-me a expressão, mas o destino de todos esses embriões seria o lixo sanitário. Dá-se-lhes, portanto, uma destinação nobre, não vejo qualquer ofensa à dignidade humana o uso de pré-embriões inviáveis ou congelados, que não teriam como destino senão um lamentável descarte".

Após este pronunciamento os cientistas começaram confiar mais no desenvolvimento de pesquisas e práticas relacionadas ao assunto. Nota-se que desde a primeira Lei aprovada até o momento o progresso foi pouco perto das revoluções da ciência, não percebemos um acompanhamento páreo com todo avanço científico biotecnológico que se disponibiliza todo dia com propostas atraentes para casais que desejam ter filhos saudáveis. Em 2015, o Conselho Federal de Medicina (CFM) estabeleceu novas regras para a medicina reprodutiva no Brasil, finalmente garantindo aos casais homoafetivos o direito de ter acesso às técnicas de reprodução humana assistida para ter filhos

Desde a criação da Lei da Biossegurança, foi-se limitado de maneira enorme o uso destes embriões, onde segundo a lei 11.105 de 24 de março de 2005 em seu artigo 5º que nos traz no inciso II que sejam embriões congelados há três anos ou mais, na data da publicação desta lei, ou que, já congelados na data da publicação desta lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir do

congelamentos temos que observar ainda mais, segundo o parágrafo 1 deste artigo deve-se ter consentimento dos genitores para a pesquisa.

Mas já modificaram a questão citada no parágrafo acima, agora está estipulado o prazo de 5 anos para os embriões permanecerem criopreservados. Pelo texto antigo, as clínicas não poderiam descartar estes embriões já fecundados, e a nova resolução modifica este quesito tratando que a partir de agora, a clínica só deverá manter os embriões congelados ou “criopreservados”, no jargão médico por cinco anos. Depois disso, eles podem ser descartados ou doados para a ciência a escolha será feita pela mãe na contratação do serviço. Caso ela queira manter os embriões por mais de cinco anos, terá de pagar por isso.

2.1. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA NO TRATO DE DOAÇÃO DE GAMETAS

O Conselho Federal de Medicina (CFM) atualizou em abril de 2013, as normas éticas sobre os procedimentos de reprodução assistida frente aos avanços científicos das técnicas dos tratamentos de subfertilidade, e ainda a evolução e globalização cultural da própria sociedade, os conselheiros do CFM procuraram tornar a resolução mais abrangente, atual e igualitária, facilitando o acesso de pacientes aos benefícios do processo. Os gametas doados são obtidos através das pacientes submetidas à fertilização in vitro com idade não superior à 35 anos e a doação deve ser feita de forma voluntária sem fins lucrativos, devendo preservar o anonimato. Porém houve uma modificação relacionada aos critérios de doação, trata-se do caso de uma doadora com produção acima do normal de óvulos pode vir a doar parte destes gametas em troca de ajuda financeira para as medicações usadas na estimulação e procedimento de FIV, o custo então seria assumido pelas receptoras.

Em relação aos gametas masculinos antes não havia limite de idade para ser doador, agora foi estipulado idade máxima de 50 anos para doar para bancos de gametas, esta decisão foi modificada mediante estudos que comprovam que filhos de pais mais velhos tendem desenvolver problemas de saúde

3 CÉLULAS TRONCO, TIPOS, E EMBRIÕES.

As células tronco embrionárias totipotentes são as encontradas nos primeiros estágios embrionários, entre o terceiro e quarto dia, quando já está com aproximadamente 32 células. Este tipo de célula tronco é capaz de se diferenciar em qualquer tipo de tecido e órgão, inclusive a placenta e anexos embrionários. Já as células tronco embrionárias pluripotentes são encontradas entre o quinto dia após a fecundação, onde estas tem o mesmo poder de diferenciação das totipotentes, mas com uma exclusão da placenta e anexos embrionários. Este tipo pode ser encontrado no estágio de aproximadamente 64 células do embrião.

As células-tronco e sua utilização e liberação para pesquisas pode trazer grandes avanços biotecnológicos para medicina reprodutiva, é extremamente eficaz em pesquisas, as retiradas de embriões, onde por sua idade e poder de diferenciação são usadas quando liberadas pela justiça. Podemos citar também, mas por forma de estudos recentes, as células tronco obtidas do cordão umbilical e da placenta. Estudos revelam que ambos são ricos em células-tronco, entretanto não se sabe qual o potencial de diferenciação destas para que se possa obter uso. Na utilização de células-tronco, especialmente as embrionárias, são feitas com embriões na fase do blastocisto, uma esfera com aproximadamente cem (100) células, há o sacrifício do embrião in vitro para retirar as células tronco ofendendo assim o direito à vida. Porém abre espaço para discutir o que seria uma vida, a partir de que momento um embrião passa a ser uma vida. Uns chamam de pré-embrião os primeiros meses de formação, outros consideram a partir da concepção, durante os primeiros catorze dias depois da fecundação há uma corrente que defende que não há vida ainda, é possível a gemelização, as células são totipotentes, não aparece o esboço do sistema nervoso central, e por isso alguns pensam que até então não se pode falar de indivíduo, pois neste período não houve a implantação do embrião no útero materno, podendo ocorrer aborto espontâneo por alguma razão intrínseca.

4. DOENÇAS QUE A TRIAGEM EMBRIONÁRIA PODE ELIMINAR VINDO A TRAZER UM SER HUMANO SAUDÁVEL

A técnica para prevenir esses problemas é o PGD – Diagnóstico Genético Pré-implantacional. A taxa de embriões não informativos reduz o que caracteriza um diagnóstico para cada embrião superior a 99%, havendo então um perfeito mapeamento de todo o embrião. São inúmeras as síndromes e doenças genéticas ligadas ao sexo citamos a talassemia uma doença que evolui com anemia grave,

Fibrose Cística e Doença de Tay-Sachs doença neurológica degenerativa que evolui invariavelmente para o óbito antes dos 4 anos de vida, todas essas doenças são herdadas em caráter autossômico recessivo, ou seja, se ambos os pais forem portadores do gen, o risco de terem um bebê afetado é de 25% (1/4). Como o gen anômalo é freqüente nos grupos citados, na maioria das vezes a história familiar é negativa. A análise das células embrionárias identificam as alterações que levam à doença e separar os embriões que não são portadores para serem transferidos ao útero materno

Doenças genéticas raras causadas por genes recessivos ocorrem com maior frequência em filhos de casamentos consanguíneos. O risco para doença recessiva para filhos de primos de 1o. grau é de 8%. Havendo alguma doença previamente conhecida na família há como prevenir usando o método de triagem do embrião.

Atualmente o Conselho Federal de Medicina não permite o descarte de embriões com problemas genéticos, se for diagnosticado hipoteticamente uma síndrome de down não se pode descartar pois considera-se ferida uma norma ética, e logo este embrião deve ser congelado. Pergunta-se qual destino dos embriões com má formação se o descarte é proibido.

Os avanços da engenharia genética tendem evoluir conjuntamente com as técnicas de uso de células tronco, a partir da decodificação do genoma humano pode se identificar doenças, síndromes desconhecidas, mutações genéticas que influenciam no nascimento de uma criança saudável, falta um pouco de aceleração no procedimento e investimentos também, apesar da melhora estar ocorrendo o conhecimento e a expansão deste assunto ainda há suas barreiras o que evidencia nas poucas informações que a mídia transmite restringindo detalhes que por vezes podem ser esclarecedores para casais que necessitam passar pelo procedimento para garantir a saúde dos seus futuros filhos e acabam optando em não tê-los por receio que herdem alguma patologia conhecida hereditariamente, então qualquer casal que optar em ter filhos poderá conhecer as mutações que ambos possuem e os riscos de transmissão, os testes trazem capacidade de pesquisar identificando de 200 a 600 tipos de patologias.

São muitas as doenças que podem ser evitadas dentre elas ataxia espinocerebelosa, síndrome de marfan, fibrose cística, beta talassemia Neurofibromatose, distrofia muscular, hemofilia A e B, Neoplasia endócrina

múltipla do tipo 2ª, Doença renal policística (recessiva ou dominante), Síndrome de Down, Surdez congênita neurosensorial, Osteopetrose, Paraparésia espástica familiar

4.1 PGD DIAGNÓSTICO PRÉ-IMPLANTACIONAL

O Diagnóstico Pré-Implantacional foi desenvolvido para fornecer alternativas ao diagnóstico pré-natal em casais com risco de transmissão de doenças genéticas. Esse método é útil nos casos de doenças ligadas ao sexo, anomalias cromossômicas e defeitos congênitos. No PGD, utilizam-se técnicas baseadas na reação em cadeia da polimerase, técnicas moleculares ou citogenéticas durante a fertilização in vitro para selecionar embriões livres de uma condição genética defeituosa para transferir para o útero. Em média 60% dos abortos espontâneos, os embriões têm alterações genéticas do tipo aneuploidia.

Erros cromossômicos, em sua maioria, são incompatíveis com a implantação (fixação ao útero) ou o nascimento, sendo, então, a principal causa de falha dos tratamentos de reprodução assistida. As técnicas de reprodução assistida evoluem a cada dia, frente à melhoria nos equipamentos laboratoriais e dos meios para cultivo de gametas e embriões. O uso de novos medicamentos na indução da ovulação, e o aperfeiçoamento de técnicas de criopreservação de gametas e embriões são parte desse desenvolvimento. As principais indicações da técnica de PGD são para casais que conheçam possíveis anomalias hereditárias, homens que possuem sêmen de baixa qualidade, casais que já foram submetidos a procedimentos in vitro com falhas, infertilidade, doenças de etiologia autossômica dominante ou recessiva e alterações cromossômicas familiares.

Existem outros tipos de testes genéticos, a técnica, chamada de hibridização genômica comparativa (ou CGH na sigla em inglês), possibilita a análise dos 23 cromossomos, o que traria mais segurança para a gestação de um bebê saudável, além do aumento das chances de gravidez de mulheres mais velhas. No caso do PGD, são avaliados apenas os cromossomos 13, 15, 16, 17, 18, 21 e 22, além do X e Y.

CONCLUSÃO

O incentivo ao uso de técnicas de biópsia embrionária tem sido evidente na rotina de clínicas de reprodução assistida. A seleção de embriões está se tornando um procedimento de extrema importância frente às inúmeras doenças que a população vem desenvolvendo com o passar dos anos e trazendo de herança hereditária. A chance é apenas obter resultados positivos na gestação e na saúde do ser humano.

Tratando de um tema que envolve vidas humanas é necessário não somente preservarmos a dignidade da pessoa humana, mas, certamente encontrarmos no caminho da engenharia genética as mais diversas barreiras vedando procedimentos em humanos, onde entram princípios jurídicos, morais, éticos, culturais, dogmáticos e assim por diante. Não obstante as críticas e dificuldades que se apresentam, muitos estudiosos se dedicam a expor suas opiniões e estudar mais profundamente as temáticas que envolvem estas técnicas a fim de trazer esclarecimentos e benefícios para a população. A intenção são melhoramentos na saúde, a triagem embrionária é uma realidade que merece ser vista de forma benéfica e debatida com mais frequência pela mídia para sanar dúvidas e despertar argumentos e posicionamentos sobre as técnicas propostas.

Os direitos humanos tentam conter junto com o tratamento jurídico sobre o tema e descrevem o embrião dando-lhe vida na concepção e limitando as evoluções com essas imposições e questionamentos que tratam do início da vida, onde realmente começa a vida, travando assim os avanços biotecnológicos com uma série de discussões cíclicas. Os desafios são complexos, porém os avanços rompem barreiras de práticas convencionais, mas está faltando ímpeto no legislador para transformar estas portarias e resoluções em uma Lei que regule as práticas dando mais segurança para as Clínicas e aos casais que procuram o serviço. O Conselho Federal de Medicina é atualmente quem comanda as resoluções sobre os procedimentos e regula as técnicas de reprodução assistida, pois realmente há uma falha legislativa. É mister estabelecer medidas e normas regulamentadoras que venham garantir a proteção à vida, saúde, bem estar e dignidade humana.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

1. N.O. Teles, Diagnóstico genético pré-implantação: aspectos técnicos e considerações éticas *Acta Med Port.*, 24 (2011), pp. 767-803
2. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA DO BRASIL. **Resolução Nº 1.358/92**, *Jornal do CFM*, Nov. 1992.
3. P. Wolff, C.D. Martinhago, J. Ueno **Diagnóstico genético pré-implantacional: uma ferramenta importante para a rotina de fertilização in vitro** *Femina*, 37 (2009), p. 237
4. Souza, MCB; Decat de Moura, M; Grynszpan, D (orgs). **Vivências em tempo de reprodução assistida: o dito e o não-dito**. Rio de Janeiro: Revinter, 2008.
5. FERNANDES, Silvia da Cunha. **As técnicas de Reprodução Humana Assistida e a Necessidade de sua Regulamentação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 124.
6. <http://medicinareprodutiva.com.br/diagnostico-genetico-pre-implantacional/> **Medicina Reprodutiva** – Dr. Fábio Eugênio © 2011 | Todos os direitos reservados
7. **A pesquisa com células-tronco embrionárias no direito brasileiro**
IGOR FRANSCISCO NOGUEIRA Publicado em 02/2015. <https://jus.com.br/artigos/36695/a-pesquisa-com-celulas-tronco-embrionarias-no-direito-brasileiro>
8. **VISA LEGIS Legislação em vigilância sanitária**, http://invida.med.br/wp-content/uploads/2013/06/Resolucao_Anvisa_29-2008.pdf
9. **FERTILIZAÇÃO IN VITRO (-FIV) E RASTREAMENTO GENÉTICO PRÉ-IMPLANTACIONAL (PGS)** <http://revistacincomais.com.br/revista/fertilizacao-in-vitro-fiv-e-rastreamento-genetico-pre-implantacional-pgs/>

OS CRIMES DO PRESIDENTE

UBIRATAN PIRES RAMOS:
Advogado/Auditor Fiscal do Trabalho,
aposentado. Bel. em Direito pela
Faculdade de Direito da Universidade
Federal da Bahia.

O povo brasileiro assiste pasmo o imbróglio em que estão envolvidos os pilares da República Federativa do Brasil – o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Judiciário.

Não é novidade alguma o cometimento pelos três Poderes da União de atos atentatórios aos preceitos constitucionais ao longo de nossa história. Hodiernamente, o conhecimento das mazelas cometidas no âmbito desses poderes não mais é privilégio de poucos. Os principais destinatários dos atos praticados pelos poderes constituídos não ficam mais adstritos à divulgação superficial, e às vezes tendenciosa, da mídia convencional. Os meios tecnológicos postos à disposição dos mesmos tornaram-se impeditivos para que os outorgantes dos poderes a eles conferidos não fiquem à margem de acontecimentos que lhes dizem respeito, em especial ao fiel cumprimento do mandato a eles outorgados. Não há como se negar a utilidade das transmissões das sessões do parlamento e do judiciário pelas emissoras estatais de rádio e televisão. Não há que se dizer, é claro, que obstam peremptoriamente decisões de interesses escusos e contrárias ao sentimento de justiça do povo. Mas que dão um freiozinho dão, pois sabem os parlamentares e magistrados que seus trabalhos estão sendo expostos ao vivo, em tempo real, à aferição de seu verdadeiro padrão, o povo brasileiro.

Ultimamente, “como jamais visto na história deste país”, o assunto que tem tomado conta das manchetes da mídia brasileira é o ostensivo combate à corrupção empreendido pela Polícia Federal, pelo Ministério Público Federal e pela Justiça Federal em todas as instâncias. Esta, alicerçada nos zelosos trabalhos empreendidos pelos outros dois citados atores, para desgosto de antigos e contumazes dilapidadores do erário, tem proferido destemidas e surpreendentes decisões que os tem levado à prisão e ao ressarcimento dos danos causados ao patrimônio público.

Casos houve em que supremos mandatários da nação brasileira foram depostos por cometimento de crimes de responsabilidade, como foi o do Fernando Collor de Mello e, mais recentemente, da Dilma Rousseff. Por cometimento de

crime comum não temos conhecimento que tenha havido algum. Pois bem, não é que o atual presidente, sucessor da presidenta deposta, tornou-se o primeiro mais alto mandatário do País a ser denunciado por cometimento de crime comum, mais precisamente por corrupção passiva. E não fica por aí. O Ministério Público Federal vislumbra a possibilidade de denunciá-lo pelo cometimento, no mesmo cenário, de outras ilicitudes comuns.

O MINISTÉRIO PÚBLICO E O EXERCÍCIO DE SUAS PRERROGATIVAS

O Ministério Público, a nível federal e estadual, por inexplicáveis razões, por muito tempo deixou a desejar quanto ao uso das prerrogativas que lhe foram atribuídas pela nossa Carta Constitucional. O ingresso na carreira de jovens sem vícios e, portanto, com os ensinamentos familiares e sentimentos de justiça que lhes foram lapidados nos bancos acadêmicos incólumes, deu a dinâmica que se esperava do órgão a quem a Constituição Federal delegou a incumbência de defender a ordem jurídica, o regime democrático de direito e os interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127 da C.F.). Mas isso não foi - e não é - do agrado de muitos, especialmente da promiscuída classe política nacional. As mais tímidas incursões do Ministério Público para cumprir o múnus que lhe compete, especialmente aquelas situações que envolvem figurões e – por laço corporativo - até figurinhas do enlameado meio político nacional ensejam insurreições. Por incrível que possa parecer, essas oposições encontravam, e ainda encontram, inconformismo no seio do Poder Judiciário. Do Poder Judiciário sim; até na mais Alta Corte de Justiça do Brasil se constata essa oposição e tentativa de ingerência na atuação do Ministério Público, a quem a Constituição confere o poder de exercer o seu mister com total independência. Reza o § 1º do retro citado art. 127: § 1º: **“São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional”**.

O povo brasileiro é um povo bom, digno da misericórdia Divina. “Para o bem de todos e felicidade geral da Nação” o Ministério Público – a nível Federal e Estadual - até então vem desempenhando suas funções com gallardia, com destemor, não se deixando abater pelos históricos gritos daqueles que, para a consecução de fins egoístas e, acima de tudo, ilícitos, olvidam os interesses e as necessidades da grande maioria dos brasileiros.

O CENÁRIO E AS CONDUTAS CENSURÁVEIS DO PRESIDENTE

Como antes dito, vem sendo uma constante nas manchetes midiáticas nacional a corrupção. Todo santo dia uma decepção. Aquela figura que se nos apresentava como de conduta ilibada, de quem jamais se esperaria qualquer dúvida quanto à sua retidão, especialmente no trato com a coisa pública, de uma hora para outra nos é apresentada como portadora de predicados inimagináveis; sua até então elogiável biografia deixava de sê-lo. Essas descobertas já não nos tomava de surpresa. Mas a última exibição da mídia causou surpresa e impacto em todos. E não era pra menos: o envolvimento do senhor Michel Miguel Elias Temer Lulia acusado de corrupção em pleno exercício do cargo de Presidente da República Federativa do Brasil.

Como antes dissemos, hoje há um implacável combate à corrupção em que está mergulhada a administração pública em todos os seus níveis. Os envolvidos nas maquinações contra o erário estão “de orelha em pé”. Sabem, ou pelos menos presumem, que mais cedo ou mais tarde “a casa cairá”.

A vexatória situação em que está envolvido o Presidente da República, que já é do conhecimento do povo em geral, não valendo a pena, pois, aqui reproduzi-la nos mínimos detalhes, ainda motivará, segundo a Procuradoria Geral da República, duas outras denúncias - já em elaboração e “com forte materialidade”, mas que para robustecê-las a PGR está à espera de elementos provenientes de esperadas delações inéditas: uma denúncia por obstrução da justiça e a outra por formação de organização criminosa.

Se a forma como se conduziu o Presidente da República no diálogo que manteve com o empresário Joesley Batista naquela noite de 07 de março do corrente ano foi estranha, inconcebível é que a comprometedor conversa tenha sido travada e gravada - sem conhecimento do Presidente, no porão do Palácio do Jaburu, o espaço reservado (por opção dele, Presidente, já que se recusou a ocupar o Palácio da Alvorada) a agasalhar o Chefe de um dos pilares da República Federativa do Brasil.

Era do conhecimento público que a JBS – grupo liderado pelo empresário Joesley Batista - estava sendo investigada pela “Força Tarefa Anti Corrupção”. Segundo a PGR, na certeza de que suas falcaturas estavam ao alcance dos

investigadores, os empresários Batista, de posse do passaporte (a conversa gravada) a eles concedido pelo Presidente, procuraram a “Força Tarefa” para oferecer colaboração condicionada, o que, à vista da imputação criminosa feita contra o Presidente da República e do teor do material por eles apresentado, foi aceita, sendo o entabulamento posteriormente homologado pelo STF. O quanto estabelecido no acordo sofreu e continua sofrendo severas críticas, com o que, “permissa vênia”, não concordamos, pois celebrado em condições “sui generis”: os delatores não se encontravam presos e os crimes por eles levados ao conhecimento do Ministério Público não eram pretéritos. Mesmo com a efetiva atuação da “Força Tarefa Anti Corrupção” estavam sendo acintosamente levados adiante e precisavam, mesmo que a custo alto, ser obstados. Não poderia a Procuradoria Geral da República fazer “ouvido de mercador” à vista do que lhe foi exposto, sob pena de prevaricar. O interesse público reclamava sua atuação para evitar o prosseguimento da delinquência. Para salvaguardar bens e interesses nacionais a PGR teve que se curvar à contrapartida imposta pelos delatores.

Creemos que o que também motivou os empresários Batista a fazerem o acordo de delação premiada foi o fato de já estarem fartos das extorsões praticadas por inescrupulosos políticos. Diante da sangria de seus cofres, certamente presumiram, ver-se-iam sem condições de até mesmo patrocinar suas defesas nas ações penais e civis reparatórias de danos que inevitavelmente haveriam de enfrentar, como realmente estão enfrentando aqui e no exterior.

A REAÇÃO E AS DESCABIDAS JUSTIFICATIVAS DO PRESIDENTE

Queremos aqui deixar claro que nestas mal traçadas linhas não existe nenhuma opinião de conotação político-partidária; que não somos simpatizantes de qualquer agremiação política; que, a bem da verdade, se em algum dia alimentamos esperança em ver este País administrado por brasileiro com sentimento altruísta hoje não mais existe em nós o nutriente desse sonho; e, por último, dizemos, que se não se conseguir ver este escrito como um trabalho jurídico, contentamo-nos com o simples fato de ser visto como uma manifestação de indignação

Essa situação embaraçosa em que se envolveu o Presidente da República nos fez chegar, infelizmente, a conclusões decepcionantes, especialmente por se tratar ele de pessoa que – embora não tivéssemos apreço (nem desapreço) - não nos dava

margem a por em dúvida sua idoneidade moral e, especialmente, intelectual, pelo que até então não o víamos como indigno de exercer o múnus de Gerente da Nação brasileira. Mas divulgado o teor da conversa gravada pelo empresário, essa imagem que até então tínhamos caiu do pedestal. A cada declaração que dava para justificar o injustificável mais se via envolto na teia de aranha em que foi apanhado. Foram manifestações desesperadas.

Sua primeira reação foi: "Não renunciarei. Repito, não renunciarei". Não agiu o Presidente com a serenidade que se era de esperar. Foi um rebate próprio de tirano; de uma pessoa prepotente sedenta de poder, como outrora já demonstrara lhe ser próprio. Isso ficou muito evidente nas eleições de 2010, quando não sendo da preferência nem de Lula nem de Dilma, se impôs como o candidato único do PMDB a vice-presidente na chapa petista. Essa sua postura o faz ser visto não como um estadista, mas, sim, como uma "Temeridade" na condução do destino da nação brasileira.

Nesse mesmo passo diz: "Sei o que fiz e sei a correção dos meus atos. Exijo investigação plena e muito rápida para os esclarecimentos ao povo brasileiro. Essa situação de dubiedade ou de dúvida não pode persistir por muito tempo". Desde então não é o que se tem visto. Tem usado de expedientes antiéticos para que esses seus atos não sejam submetidos à apreciação do Poder Judiciário, no caso o Supremo Tribunal Federal, a quem a Constituição concedeu o poder para aferir "essa situação de dubiedade ou de dúvida" e, por fim, através de veredicto, concluir por sua inocência ou não – "para os esclarecimentos ao povo brasileiro". Cômico da sua inocência, que não se esperasse um licenciamento do cargo até a apuração dos fatos; mas sua imprópria ingerência na manifestação de vontade de deputados, contrariando a vontade dos outorgantes dos mandatos aos mesmos conferidos, é deplorável. Claramente, depreende-se que é de seu interesse que o povo brasileiro não tenha os devidos esclarecimentos e que 'essa situação de dubiedade ou de dúvida' persista por muito tempo, ou nunca fique esclarecida.

Em seguida admite: "**Ingenuidade. Fui ingênuo ao receber uma pessoa naquele momento**". Caros eventuais leitores, essa maravilha de pronunciamento foi feita pelo senhor Michel Miguel Elias Temer Lulia, bacharel em Direito, advogado, ex Procurador de Justiça do Estado de São Paulo, ex Secretário de Segurança Pública do Estado de São Paulo, professor de **Direito Constitucional**, escritor de obras jurídicas de cunho constitucional, ex Deputado Federal - por três

(3) vezes (foi Deputado Constituinte), ex Vice-Presidente da República por duas vezes (2) vezes e, agora, Presidente da República.

O § 3º do art. 14 da Constituição Federal estabelece:

“São condições de elegibilidade, na forma da lei: ...;

VI - idade mínima de: a) trinta e cinco anos para Presidente e Vice-Presidente da República e Senador; ...”.

Da leitura do retro citado dispositivo conclui-se que só é admitido a ocupar o cargo de Presidente e Vice-Presidente da República e Senador pessoas maduras, dotadas de discernimento o bastante para entender as responsabilidades inerentes a essas instituições. Sobre os ombros do Presidente da República recai o encargo de administrar os destinos da nação. O próprio Presidente Michel Temer, reconhecendo-se ingênuo, desqualificou-se para ocupar o cargo mais cobiçado no Brasil.

Não temos dúvida de que o Presidente Temer assinou sua sentença de morte para a política. A melhor saída seria a renúncia, como o aconselhou o ex-presidente Fernando Henrique Cardoso. O povo não o perdoará. Mas nós, sinceramente, acreditamos na sua ingenuidade, na sua imaturidade, na sua falta de preparo para assumir um cargo de tamanha significância. Ele só reconheceu gravidade no ato de **“receber uma pessoa naquele momento”**, o que na realidade não configura transgressão legal. Consubstanciou-se a infração ao deixar ele de observar as cautelas recomendadas para a segurança da instituição Presidência da República. .

Deixamos claro: para o exercício do cargo de Presidente da República não se concebe que seja o seu detentor ingênuo. Navegando no mar das hipóteses, se na Presidência da República tivesse tomado assento, o Excelentíssimo Senhor Deputado Francisco Everardo Oliveira Silva (**Tiririca**), pelo deslize, maior probabilidade teria de ser perdoado pelo povo, E com muita razão, pois grande parte de sua vida dedicou ao entretenimento de crianças ingênuas em picadeiros de circos e, em época mais recente, auditórios de televisão, e com as quais por algum tempo se fez confundir. Não teve chance de alisar bancos acadêmicos. Mas conseguiu por duas vezes eleger-se deputado federal pelo Estado de São Paulo: a primeira vez, claramente, por votos majoritários de protesto contra a podridão

política; mas a segunda vez por votos conscientes que lhe reconheceram amadurecimento, discernimento e qualidade o bastante para vê-lo diferenciado na podridão política reinante no País. Nessas mesmas águas, acreditamos, não teria a mesma sorte o Presidente Temer. Conspiraria contra si o grande e rico currículo.

Os esperneios do Presidente foram verdadeiros desastres e o levou a se embaraçar cada vez mais na teia de aranha. Em passo seguinte, tomando por base precária análise de perito contratado por um periódico, arguiu: **“Essa gravação clandestina foi manipulada e adulterada com objetivos nitidamente subterrâneos”**. **“Incluir (isso) no inquérito sem a devida e adequada averiguação levou pessoas ao engano induzido e trouxe grave crise ao Brasil”**. Ora, ele ouviu a gravação logo que publicada. Por que não fez tal protesto incontinenti?

Essa tardia manifestação foi também agasalhada em sua defesa, que visa obstinadamente obstar o encaminhamento da denúncia para apreciação pelo STF. No tópico 6 da peça é arguida a **“Ilicitude decorrente de gravação ambiental clandestina”**. Seu patrono argumenta que a gravação da conversa entre Joesley e o Presidente Temer foi feita de forma clandestina “sem aquiescência ou mesmo conhecimento” do presidente, ferindo as “garantias da intimidade e da vida privada, que possuem status constitucional”. O causídico pondera que **não se trata de “intimidade e privacidade de qualquer”, mas da do presidente da República, que envolve “questões de segurança nacional”**. Por esse motivo, entende ele que deve ser considerada como prova ilícita. Não vemos como prosperar essa arguição. Ora, se o STF já admitiu que gravações que tais, promovidas por um dos interlocutores e que não envolviam questões de segurança nacional, devem ser havidas como válidas, com maior razão deve admiti-la em questão que envolva a segurança nacional.

Repetimos: de início não se viu ou ouviu, em momento algum, o Presidente contestar o teor da conversa por ele mantida com o empresário; vimos, sim, reconhecer que, por ingenuidade, o recepcionou no Palácio Jaburu na calada da noite. E justificou essa recepção: **“Mas veja bem. Ele é um grande empresário. Quando tentou muitas vezes falar comigo, achei que fosse por questão da Carne Fraca. Eu disse: ‘Venha quando for possível, eu atendo todo mundo’”**. E, em seguida reforçou a justificativa: **“Recebi, sim, o maior produtor de proteína animal do mundo. Descobri o verdadeiro Joesley, o bandido confesso, junto com todos brasileiros, quando ele revelou os crimes que cometeu ao Ministério Público”**.

Se a prepotência do Presidente não chega ao ponto de dispensar assessoramento, vislumbra-se um total desentrosamento entre ele e sua equipe de assessores. As jogadas não foram bem ensaiadas. Como visto acima, disse o Presidente que imaginou que o empresário delator pretendia falar consigo “por questão da Carne Fraca”. Imediatamente a mídia notou a inconsistência da declaração, chamando a atenção para o fato de que a operação “Carne Fraca” foi desencadeada no dia 17 de março e, portanto, não poderia o empresário pretender falar com ele no dia 07 de março a respeito daquela operação.

O Presidente asseverou que descobriu o verdadeiro Joesley junto com todos os brasileiros. Não Presidente! Terminantemente, não Presidente! Sobre esse trecho da gravação, a Secretaria Especial de Comunicação Social da Presidência da República divulgou uma nota afirmando que "o presidente Michel Temer não acreditou na veracidade das declarações. O empresário estava sendo objeto **de inquérito e por isso parecia contar vantagem**". **"O presidente não poderia crer que um juiz e um membro do Ministério Público estivessem sendo cooptados"**. Outrossim, em seu segundo pronunciamento, o Presidente asseverara: **"Joesley é conhecido falastrão exagerado"**. Percebe-se mais uma jogada mal treinada. Fica claro, pois, que o Presidente sabia muito bem de quem se tratava o empresário.

A gravação da conversa e a superveniente denúncia atingiram o Presidente como que um soco cruzado desferido por um lutador de boxe peso pesado. Cambaleante vociferou: **"Reinventaram o Código Penal e criaram uma nova categoria: a denúncia por ilação"**. Beijando a lona, grogue, desequilibrado e talvez delirando em decorrência do nocaute, e, pois, irresponsavelmente – já que fora do seu juízo normal -, por ilação, contragolpeou o vento, pensando atingir o Procurador Geral da República: **"Pela nova 'lei da ilação', ora criada nessa denúncia, poderíamos concluir nessa hipótese que os milhões em honorários não viessem unicamente para o assessor de confiança que deixou a procuradoria. Mas não farei ilações. Tenho a absoluta convicção de que não posso denunciar sem provas nem fazer ilações. Não posso ser irresponsável"**. O que fez o Presidente senão uma irresponsável ilação com referência ao Procurador Geral da República? A denúncia a que ele chama de ilação foi feita com base em sólidos indícios, os quais tenta impedir que sejam apreciados pelo STF. A acusação que ele fez ao Procurador Geral da República é uma ilação desesperada, que fez sem

qualquer indício de veracidade; feita por mera represália. Foi irresponsável, sim.

O INCONTROVERSO CONVENCIMENTO DA PGR E SUA ESTRATÉGIA

O conteúdo das gravações e dos desastrados pronunciamentos do Excelentíssimo Senhor Presidente da República Federativa do Brasil, nos levaram a crer no acerto da Procuradoria Geral da República em reconhecer o cometimento dos crimes de corrupção passiva, obstrução da justiça e formação de organização criminosa pelo Mais Alto Mandatário do País.

A Procuradoria Geral da República tem sofrido muitas críticas pelo fato de não ter reunido em única denúncia os crimes atribuídos ao Presidente da República; de “fatiar” a denúncia com propósitos políticos. Assim não entendemos a condução adotada pelo Ministério Público Federal. É uma inteligente estratégia para alcançar seu objetivo. A equipe da PGR não é ingênua. Frente às agressões que vem sofrendo tem se mostrado sabiamente elegante, serena. Enganam-se aqueles que a subestimam, que a veem passiva, acovardada, diante dos impropérios que lhe são dirigidos. Age com inteligência; com cautela, pois sabe perfeitamente com quem estão lidando. Está, por enquanto, na retaguarda, mas pronta para desferir golpes contundentes contra seus detratores.

Não estamos aqui fazendo defesa da PGR, mesmo porque **não concordamos** com a estratégia que presumimos está ela adotando – mais adiante externaremos nossas razões. Mas entendemos plenamente justificável eleger o crime de corrupção passiva como o primeiro a ser apreciado em uma das denúncias contra o Presidente da República. Temos quase certeza de que a PGR “fatiou” a denúncia e ingressou com a representação só por cometimento de crime por corrupção passiva porque viu esgotadas as chances de obter provas ou mesmo mais indícios que robustecessem o pleito para apuração dos fatos. Ora, quem chuta mais vezes tem maior probabilidade de fazer um gol. Passo atrás dissemos que a Procuradoria Geral da República, segundo ela própria, pretendia oferecer duas outras denúncias - já em elaboração e “com forte materialidade” -, mas que para consubstanciá-las ainda mais estava à espera de elementos provenientes de delações condicionadas inéditas: uma denúncia por obstrução da justiça e a outra por formação de organização criminosa. Portanto, justificável e prudente é esperar

as melhores oportunidades para oferecer as denúncias. Não logrando êxito nessa primeira investida, tem mais duas chances para tentar marcar o gol.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA

A pessoa investida no cargo de Presidente da República se despe, parcialmente, da individualidade que lhe é atribuída pela legislação civil; deixa, temporariamente, de ser havido como uma simples pessoa física; enquanto no exercício do cargo personifica a instituição Presidência da República,

Reza o art. 76 da nossa Carta Magna: “O Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, ...”. Essa personificação é vinculativa. No palácio, no teatro, no cinema, na rua, na praia, no estádio de futebol,..., ele é o Chefe de um dos pilares da República Federativa do Brasil; é, como antes dito, a personificação da instituição Presidência da República, é o mais Alto Mandatário do País.

“Ingenuidade. Fui ingênuo ao receber uma pessoa naquele momento”. “Mas veja bem. Ele é um grande empresário. Quando tentou muitas vezes falar comigo, achei que fosse por questão da Carne Fraca. Eu disse: 'Venha quando for possível, eu atendo todo mundo'”.

Ingênuo? Não é crível! Uma pessoa com o invejável currículo que tem o Excelentíssimo Senhor Presidente Michel Temer e que o fez se vangloriar quando chamado pela mídia a prestar esclarecimentos sobre a denúncia? Nem um verdadeiro ingênuo (como aquela criança entretida pelo palhaço Tiririca) acreditaria nessa assertiva. Foi, sim, irresponsável ao extremo; disto não sobeja qualquer dúvida; sua irresponsabilidade foi desmedida e, acima de tudo, inconcebível e criminosa.

COMETIMENTO DE CRIMES DE RESPONSABILIDADE

Não só as conversas gravadas que convenceram a PGR da necessidade de se apurar os crimes imputados ao Presidente da República no exercício do cargo mais ambicionado do País nos fizeram crer que, indubitavelmente, do lamentável acontecimento se extrai fatos que, num país sério, jamais ficariam sem ser devidamente apurados. As esfarrapadas, desesperadas e comprometedoras justificativas do Presidente após a divulgação da gravação e sua defesa apresentada

à Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados em muito contribuíram para isso.

Não há como se deixar de reconhecer que com o promíscuo quadro político que se nos apresenta hoje nas Casas Legislativas do País os caminhos para se fazer chegar à apuração de crimes e, se for o caso, punição de crimes cometidos pelo Presidente da República são bastante tortuosos.

Reza o art. 86 da Constituição Federal:

“Admitida a acusação contra o Presidente da República, por dois terços da Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns, ou perante o Senado Federal, nos crimes de responsabilidade”.

Creemos que essa sinuosidade do caminho para se chegar a um julgamento do Presidente da República fez com que a Procuradoria Geral da República tivesse uma visão oblíqua da situação em que está envolvido o Presidente Michel Temer. Em vista disso traçou a estratégia que, embora louvável, repetimos, não concordamos. Vislumbrou nas investigações tão somente cometimento de crimes comuns - **Crimes de Corrupção Passiva, de Obstrução da Justiça e de Organização Criminosa**. Certamente vislumbrou maior probabilidade de que o oferecimento de denúncia pelo cometimento de infrações penais comuns contra o Presidente da República, por ser o julgamento de competência originária do STF, ultrapassadas as esperadas manobras da Câmara dos Deputados, teriam maior chance de serem apreciados com maior brevidade, como também com isenção (nem tanto) de paixões e interesses escusos. Mas com isso, no nosso modesto entendimento, pecou. E é contra essa visão torta da PGR que nos insurgimos.

Não percebeu a PGR que o Presidente da República cometeu vários **crimes de responsabilidade**. E para constatá-los e tipificá-los não se faz necessário maiores esforços, pois se extrai as provas das gravações e das declarações públicas do Presidente da República, que, “sponte propria”, as corroborou – enfatize-se, sem indução de quem quer que seja. E não parou nesses crimes, como adiante restará demonstrado.

Fora o estado de terror por que foi tomada a PGR ao saber dos tenebrosos acontecimentos e do local – o porão do palácio em que foram feitas as gravações, e se não houve essa falta de percepção, só podemos concluir que o Ministério Público imaginou que se oferecesse uma denúncia por cometimento de crime de responsabilidade, a ser submetido, após superadas as nada surpresas falcatruas da Câmara dos Deputados, a julgamento pelo Senado, o pretendido esclarecimento dos fatos, sem qualquer sombra de dúvida, delongar-se-ia por inimaginável lapso de tempo e, ao final, ver-se-ia proclamada a impunidade. Mas essa opção, na nossa modesta embaçada visão, não seria o menos pior caminho para se chegar aos fins pretendidos pela PGR. Modestamente, entendemos que de bom alvitre seria que ele fizesse denúncias por cometimento de crimes comuns e, concomitantemente, de responsabilidade. As parcas probabilidades de sucesso no seu intento aumentariam.

Estabelece o art. 85 da Constituição Federal:

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

I - a existência da União;

II - o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação;

III - o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais;

IV - a segurança interna do País;

V - a probidade na administração;

VI - a lei orçamentária;

VII - o cumprimento das leis e das decisões judiciais.

CRIMES CONTRA O EXERCÍCIO DOS DIREITOS POLÍTICOS, INDIVIDUAIS E SOCIAIS

Prescreve o art. 7º da Lei nº 10.079, de 10 de abril de 1950:

“São crimes de responsabilidade contra o livre exercício dos direitos políticos, individuais e sociais:

1- impedir por violência, ameaça ou corrupção, o livre exercício do voto; ...”.

Com o concurso de asseclas – deputados objetos de investigações, o Presidente da República montou verdadeiros balcões de negócios nos

palácios, onde, para se ver livre das investigações por ele clamadas com tanta veemência, de forma explícita, acintosa, covarde, humilhante, vergonhosa, está a negociar votos pela negativa de admissão da denúncia por corrupção passiva em troca de cargos e liberação de emendas parlamentares e, quem sabe, de dinheiro vivo. O crime está em curso, e a ele, Presidente, aos seus copartícipes sobeja falta de escrúpulos; se expõem a toda hora na mídia enfatizando as represálias a serem adotadas contra aqueles que não se dispuseram a compactuar com os malfeitos. Crime gravíssimo, pois o povo, involuntariamente, através dos votos dos parlamentares que não têm firmeza de caráter, acabará dando respaldo a uma eventual negativa de encaminhamento da denúncia à devida apreciação pelo Supremo Tribunal Federal.

CRIME CONTRA A SEGURANÇA INTERNA DO PAÍS

Não há motivos para se fazer censura ao fato de o Presidente da República, no exercício de suas funções e, pois, no interesse da Nação brasileira, atender quem quer que seja, em qualquer lugar, em qualquer dia e em qualquer hora.

Ao Presidente da República o povo proporciona conforto e mordomias que nem todo grande empresário brasileiro goza e, com toda certeza, segurança que nem um ouro brasileiro tem ao seu dispor – estão à sua disposição nada mais nada menos do que as Forças Armadas do Brasil.

É o Presidente da República o Mais Alto Mandatário do País, Mas isso não quer dizer que esse poder de mando deva ser exercido ao bel prazer de quem esteja no exercício do cargo. No mesmo instrumento, a Carta Constitucional, que lhe concede os poderes estão estabelecidas normas de conduta que se por ele inobservadas podem levá-lo a ser não só destituído do Poder, mas também a ser processado no termos das legislações penal e civil pátrias.

O inciso IV do art. 85 da Constituição Federal, supra transcrito, diz que são crimes os atos do Presidente da República que atentem contra a segurança interna do País. A [Lei nº 1.079, de 10 abril de 1950, no seu art. 8º](#), reza:

”São crimes contra a segurança interna do país: ...;

4 - praticar ou concorrer para que se perpetre qualquer dos crimes contra a segurança interna, definidos na legislação penal”; ...;”.

Ao Presidente da República o povo proporciona conforto e mordomias que nem todo grande empresário brasileiro goza e, com toda certeza, segurança que nem um ouro brasileiro tem ao seu dispor – estão à sua disposição nada mais nada menos do que as Forças Armadas do Brasil.

Como dito, nada obsta a que o Presidente da República atenda quem quer que seja, no local e hora que bem desejar, sejam eles mandatários e representantes de nações, parlamentares nacionais, empresários probos, empresários investigados, prostitutas, amantes, criminosos, enfim “todo mundo”, Contudo não pode usar dessa faculdade olvidando as normas de conduta que lhe são estabelecidas pela Lei Maior do País, a quem deve obediência prometida em solene juramento.

Para deixar claro o fio da meada repetimos: **"Mas veja bem. Ele é um grande empresário. Quando tentou muitas vezes falar comigo, achei que fosse por questão da Carne Fraca. Eu disse: 'Venha quando for possível, eu atendo todo mundo'".**

“Palavras da salvação”, melhor dizendo, da autoincriminação. Proferidas por quem? Pelo Presidente da República Michel Miguel Elias Temer Lulia. A quem ele se referia? Ao empresário Joesley Batista. Até esse ponto denota-se algo de anormal? Não. Depreende-se um pedido de audiência e uma disposição do Presidente de atender a solicitação feita quando bem desejasse o solicitante. Bem, no dia 07 de março do corrente ano foi possível ao solicitante ir ao encontro do Presidente da República para a realização da audiência solicitada. Como lhe prometera, o Presidente o recebeu. Vislumbrou-se algo de anormal até então? Não.

Contudo, divulgada a gravação da conversa que teve o empresário com o Excelentíssimo Presidente da República, veio à tona o fato de que aquele malfadado encontro foi marcado por anormalidades jamais ocorridas na República – se porventura ocorreu nunca chegou ao conhecimento público.

ENCONTRO FURTIVO

Em tópico anterior já falamos do cenário em que ocorreu a conversa gravada entre o Presidente da República e o empresário Joesley Batista. Aqui voltamos ao tema para elucidarmos a circunstância que vemos de

irresponsabilidade tamanha ao ponto de não podermos deixar de enxergá-la criminosa.

Teve o empresário acesso ao Palácio do Jaburu sem que fosse identificado pela segurança palaciana. Disse ele que sua ida ao palácio estava, inicialmente, programada para ser feita em companhia do deputado Rodrigo Santos da Rocha Loures, que de última hora alegara impedimento para acompanhá-lo, mas que lhe dissera que sua ausência não seria impediante para a realização do encontro marcado com Presidente; que para ter acesso ao palácio bastaria ir com o automóvel cuja placa já teria sido informada à segurança do portão de entrada. Assim o fez: parou o carro frente ao portão, declinou o nome Rodrigo, sem que nada lhe fosse perguntado, e lhe foi permitido o acesso ao palácio. Foi recebido pelo Presidente e por ele levado ao porão do palácio onde se desenvolveram as conversas gravadas.

Caros eventuais leitores, o Procurador Geral da República, disse que ficou estarecido ao ouvir o conteúdo das gravações. Não era pra menos; hoje todos sabem: gravíssimo. Confesso-vos, só a descrição do cenário, pra nós particularmente, foi de causar assombro. Desde que dele tomamos conhecimento, não conseguimos desvincular Brasília da Transilvânia; o Palácio do Jaburu do castelo do “Conde Drácula”; e, o porão do Palácio do Jaburu do porão do castelo onde o vampiro se fazia recolher ao raiar o sol.

O povo brasileiro sustenta uma estrutura colossal chamada, hoje, de Gabinete de Segurança Institucional – GSI, de custo elevadíssimo, cujo chefe possui “status” de Ministro de Estado e que - dentre outras essenciais e imprescindíveis finalidades - tem por mister realizar a segurança pessoal do Presidente da República, do Vice-Presidente da República e de seus familiares e, quando determinado pelo Presidente da República, dos titulares dos órgãos essenciais da Presidência da República e de outras autoridades ou personalidades, como também dos palácios presidenciais e das residências do Presidente da República e do Vice-Presidente da República, sendo-lhe sempre assegurado o exercício do poder de polícia. Vê-se pois, um aparato altamente especializado e treinado para salvaguardar as instituições e edificações importantes para a segurança nacional. Seu corpo é integrado por pais de família e jovens de futuro promissor, preparados para, se necessário, darem a vida para cumprirem a missão que lhes é confiada.

O Excelentíssimo Senhor Presidente da República não só se deu ao pretenso direito de por em risco a si, pessoa física, e a instituição por ele ora representada, como também de expor e por em dúvida a credibilidade da instituição a quem, em nome da segurança nacional, cabe a obrigação de, a todo custo, preservar sua integridade. Permitiu o acesso do senhor Joesley Batista ao Palácio de Jaburu de forma sorrateira. Proporcionou-lhe um acesso que ninguém, hoje, com o clarão do dia, tem a um prédio residencial, por mais simples que seja. Um acesso que não tem um censor do IBGE, devidamente identificado, ao prédio em que reside o homem Michel Temer. Ao Presidente não é dado fazer dos Palácios e das Residências Oficiais “Casa de Noca”.

“o presidente Michel Temer não acreditou na veracidade das declarações. O empresário estava sendo objeto de inquérito e por isso parecia contar vantagem”. “Joesley é conhecido falastrão exagerado”.

O Presidente da República sabia muito bem que não estava lidando com o Anjo Gabriel. Recebeu no Palácio do Jaburu um homem que já vinha sendo investigado e que era um conhecido falastrão. Ora, é de se imaginar que uma pessoa falastrona seja de caráter duvidoso. E de um mau caráter, objeto de inquérito e, pois, na iminência de ser preso e perder grande parte de seu patrimônio e, ainda e por cima de tudo, cansado de extorsões, pode-se ter a expectativa de inesperadas reações. Pergunta-se: o homem Michel Temer correu risco de morte? A instituição Presidência da República esteve ameaçada? O Gabinete de Segurança Institucional teve sua credibilidade desgastada, ou até mesmo posta em dúvida sua utilidade?

CRIME CONTRA A PROIBIDADE NA ADMINISTRAÇÃO

Reza o art. 37 da nossa Carta Magna: **A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: ...”.**

“Recebi, sim, o maior produtor de proteína animal do mundo. Descobri o verdadeiro Joesley, o bandido confesso, junto com todos brasileiros, quando ele revelou os crimes que cometeu ao Ministério Público”.

O que está acima transcrito é suficientemente claro; e são palavras do Excelentíssimo Presidente Michel Temer, um dos interlocutores.

Pois é, pacientemente, talvez sorvendo um cálice de bom vinho – vocês podem até não acreditar, mas não conseguimos nos apartar da Transilvânia; agora mesmo estamos imaginando o Conde Drácula degustando sangue tipo O- em uma taça de cristal reluzente - ouviu a confissão do senhor Joesley Batista em que revelava o cometimento de vários crimes. Nas gravações, em momento algum se percebe que os fatos a si narrados o tenham constrangido; pelo contrário, suas intervenções monossilábicas deixam transparecer que aprovava os relatos do empresário bandido.

Prevaricação

Prescreve o art. 9º da Lei nº [Lei nº 1.079, de 10 abril de 1950:](#)

“ São crimes de responsabilidade contra a probidade na administração:
...;

7 - proceder de modo incompatível com a dignidade, a honra e o decôro do cargo”.

O Código Penal pátrio, no art. 319 do **TÍTULO XI - DOS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, CAPÍTULO I - DOS CRIMES PRATICADOS POR FUNCIONÁRIO PÚBLICO CONTRA A ADMINISTRAÇÃO EM GERAL**, assim define o crime de prevaricação: “.

“Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal”.

“Permissa vênia”, entendemos que o Presidente da República encabeça – sendo, assim, o mais importante - a lista de funcionários públicos da Administração Geral. Não se concebe, pois, que dele partam ações ou se esperem omissões que atentem contra a Administração em Geral.

Insistimos, o Presidente ouviu do senhor Joesley Batista o relato de inúmeros crimes, respeitantes, principalmente, à Administração Pública e nada fez. Não demonstrou qualquer indignação com o relato dos fatos, o que, se houvesse ocorrido, o mínimo que se esperaria seria o convite para que “o bandido confesso” se retirasse espontânea e imediatamente do Palácio. Caso se recusasse a fazê-lo, não precisaria, como todo brasileiro,

se valer de ligação para o **190** para se ver socorrido por força policial. Bastaria um simples tilintar daquele sininho que sempre se encontra em castelos e palácios e ver-se-ia, como num passo de mágica, cercado da polícia palaciana pronta para cumprir suas determinações. Mas não; preferiu prevaricar. E essa omissão do Presidente o coloca, a nosso ver, em cena como conivente, copartícipe dos crimes; não como simples "caro ouvinte". Prevaricou e, pelo cometimento do crime, deve merecer a respectiva punição.

UM FIO, FORTE, DE ESPERANÇA

"Sei o que fiz e sei a correção dos meus atos. Exijo investigação plena e muito rápida para os esclarecimentos ao povo brasileiro. Essa situação de dubiedade ou de dúvida não pode persistir por muito tempo".

Palavras do Presidente. Mas o que fez ele desde então para que o imbróglio em que se envolveu fosse esclarecido. Nada! Aliás, tem feito de tudo para que o Supremo Tribunal Federal não aprecie a denúncia contra si apresentada pela Procuradoria Geral da República. Ouviu-se, sim, muitas bravatas que, como aqui já demonstrado, à medida em que eram pronunciadas, cada vez mais o embaraçaram. Cômico da insustentabilidade de seus inconsistentes argumentos restou-lhe tão somente contar com a venalidade das consciências de deputados federais para que não autorizem o encaminhamento da denúncia por corrupção passiva para a apreciação pela Egrégia Superior Corte de Justiça do País. As manobras para a consecução de seu propósito chegam a ser imorais. Chega ao ponto de querer incutir na mentalidade do povo brasileiro que a improbidade deve prevalecer sobre a honra. Ledo engano, o povo brasileiro é um povo que muito estima a honra; preferirá enfrentar a crise econômica, o desemprego a que já está acostumado, a não ver esclarecido o episódio em que ele está envolvido. O povo brasileiro está saturado; não suporta mais conviver com a impunidade de políticos desonestos, com a promiscuidade na política.

Vale a pena aqui transcrever novamente o art. 86 da Constituição Federal:

"Admitida a acusação contra o Presidente da República, por dois terços da Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento perante o

Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns, ou perante o Senado Federal, nos crimes de responsabilidade”.

O legislador Constituinte ao condicionar a admissão de libelo acusatório contra o Presidente da República à aprovação de dois terços (2/3) da Câmara dos Deputados jamais imaginou a possibilidade de essa proporção – ou mais, ser composta de indivíduos de idoneidade moral duvidosa; pelo contrário, fez com a convicção de que a Câmara, na sua quase totalidade, seria preenchida por pessoas de condutas ilibadas, e que, em defesa da Constituição e, especialmente, em respeito ao voto popular e ao que a Instituição Presidência da República representa, a apreciação de acusações contra o ocupante do cargo de gestor do País fosse feita pelo livre convencimento de cada membro da Casa e à luz da letra da Carta Magna, a quem, quando da diplomação, juram respeito e obediência.

Mas a Assembleia Nacional Constituinte, tendo à frente da coordenação dos trabalhos o saudoso deputado Ulysses Silveira Guimarães - o maior de todos de todos os tempos -, foi de prudência elogiável. Para conter eventuais abusos de prerrogativas por ela própria concedidas, estabeleceu no seu art. 102: **“Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: ...”** (grifos nossos).

Pois é, em nenhum momento de nossa história o Poder Constituinte brasileiro delegou ao Supremo Tribunal Federal a nobre atribuição de velar, de salvaguardar, nossa Lei Maior. Facultou-lhe para tal fim, se necessário, o emprego das Forças Armadas nacionais (Marinha, Exército e Aeronáutica) – art. 142.

E não lhe delegou só a guarda; determinou-lhe como **função precípua** essa guarda. Isso nada mais nada menos significa do que atribuir-lhe a primazia para o controle de constitucionalidade de nossas leis. Tem, pois, o Supremo Tribunal Federal como função primeira fazer respeitar os princípios estabelecidos na Carta Constitucional; reconhecer a constitucionalidade ou não de nossos diplomas legais e, também, de obstar quaisquer atos de seus jurisdicionados, sem exceção - aí, pois, incluídos os demais Poderes, que atentem contra a ordem jurídica nacional, mantendo com isso a paz social.

Portanto, essa prerrogativa da Câmara dos Deputados para encaminhamento de denúncias contra o Presidente da República para apreciação pelo Supremo

Tribunal Federal ou pelo Senado Federal, se abusiva, encontra limitações. Não podem, pois, prosperar negativas de encaminhamento de denúncias visivelmente inadmitidas contrariando preceitos constitucionais ou de legislação derivada. Isso ocorrendo pode e deve o Supremo Tribunal Federal, a contragosto daqueles que por interesses escusos não se dispuserem a contribuir com seus votos para o esclarecimento de fatos graves de interesse público denunciados, avocar a apreciação da denúncia. Verifica-se com relativa facilidade o acerto desta assertiva ao estabelecermos a hipótese, que, com toda sinceridade, jamais queremos ver concretizada, de numa reunião formal o Presidente Michel Temer, achando-se traído pelo participante deputado Rodrigo Maia, tomado por violento rancor, saca um revólver e – à vista de ministros de Estado, dezenas de parlamentares e da imprensa - contra o mesmo atira, provocando sua morte imediata. Pergunta-se: admitir-se-ia a negativa de encaminhamento da denúncia por cometimento de crime de homicídio pelo Presidente da República para a apreciação pelo Supremo Tribunal Federal. por mero capricho e interesses escusos da Câmara dos Deputados? Similar hipótese pode ser levantada no que diz respeito ao cometimento de crime por responsabilidade.

Certos estamos de que o Supremo Tribunal Federal, hoje em grande parte renovado, com magistrados retos, que à luz da lei formam seu livre convencimento e não se deixam levar por tendenciosos pareceres de pares contaminados, e muito menos por influências externas, cômico do “sui generis” poder que lhe foi outorgado pelo constituinte de 1988, dessa prerrogativa fará uso em defesa do princípio da moralidade pública, da probidade. É o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL nosso fio, forte, de esperança..

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA SUBMISSÃO DE DETENTO A CONDIÇÕES DEGRADANTES DE CUMPRIMENTO DE PENA E A (IM)POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO POR REMIÇÃO.

FREDERICO COSTA BEZERRA:
Bacharelado em Direito e Especialização
em Direito Processual. Universidade
Estadual do Piauí.

RESUMO: É evidente que a maioria dos presos brasileiros são submetidos a condições desumanas e degradantes de cumprimento da pena em razão da superlotação e da insalubridade dos presídios nacionais, o que se apresenta como “Estado de Coisas Inconstitucional”. Desta forma, este artigo busca ajudar a difundir à comunidade jurídica uma reflexão sobre a situação caótica vivida pela população carcerária nacional, o que acaba gerando um círculo de violência que reflete diretamente na sociedade como um todo, sendo capaz inclusive de desviar políticas públicas para pagamento de indenizações a presos. Assim, para a construção deste trabalho abordam-se os parâmetros adotados pelo Supremo Tribunal Federal para configuração da responsabilidade civil do Estado Brasileiro, concluindo-se pela adoção da teoria do risco administrativo, que dispensa análise de culpa, mas admite excludentes de responsabilidade, e pela possibilidade de fixação de indenização aos detentos pelas condições violadoras da dignidade humana de cumprimento de pena a que são submetidos pelo Estado, apresentando ao final a figura do pagamento de indenização *in natura*, mormente por meio de remição de pena, que trazem benefícios aos detentos, ao sistema carcerário e ao sistema fiscal, não sendo aceita, até o momento pelo Órgão de Cúpula do Judiciário Nacional.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil do Estado. Sistema Prisional. Violação à Dignidade Humana. Indenização. Remição da Pena.

ABSTRACT: It is evident that most Brazilian prisoners are subjected to inhuman and degrading conditions of punishment due to overcrowding and unhealthiness of national prisons, which is presented as "State of Things Unconstitutional." Thus, this article seeks to help spread to the legal community a reflection on the chaotic situation experienced by the national prison population, which ends up generating a circle of violence that reflects directly in society as a whole, and is even capable of diverting public policies for payment of compensation to prisoners. Therefore, the construction of this work addresses the parameters adopted by the Federal Supreme Court to set up the civil responsibility of the Brazilian State, and concluded by adopting the theory of administrative risk, which exempts analysis of fault, but admits mutually exclusive of responsibility, and by the possibility of

fixing compensation to the prisoners for the conditions violating the human dignity of fulfillment of sentence to which they are submitted by the State, presenting at the end the figure of the payment of indemnity *in natura*, mainly by means of remission of sentence, that bring benefits to the detainees, to the prison system and the tax system, which has not been accepted until now by the National Judicial Body.

Key words: State Liability. Prison System. Violation of Human Dignity. Remorse of the Penalty

1. Introdução

O presente trabalho busca trazer uma abordagem quanto aos parâmetros adotados pelo Supremo Tribunal Federal-STF para configuração da responsabilidade civil do Estado Brasileiro em razão da submissão de detentos a condições degradantes de cumprimento de pena privativa de liberdade em presídios, bem como sobre a (im)possibilidade de indenização por meio da remição da pena.

Neste caminhar, em um primeiro momento será abordada de forma breve a evolução história da responsabilidade civil do estado para ao final apresentar a teoria hodiernamente adotada pela corte suprema nacional quanto ao tema.

Em seguida apontaremos se é possível estabelecer indenização aos detentos pelas condições desumanas e degradantes de cumprimento de pena a que são submetidos pelo Estado.

Por fim, o texto analisará a possibilidade ou não de se estabelecer indenização *in natura* aos detentos, em especial por remição de pena com objetivo de difundir o conhecimento quanto ao tema para fins de reflexão da comunidade jurídica, que deve voltar os olhos à situação caótica vivida pela população carcerária que acaba por gerar um círculo de violência refletido diretamente na sociedade como um todo.

2. Da Evolução da Responsabilidade Civil do Estado

No que se refere à discussão acerca da evolução da responsabilidade civil do Estado, os estudos teóricos revelam a passagem por três fases básicas, iniciando-se com a teoria da irresponsabilidade do Estado, passando pela teoria da responsabilidade do Estado tendo como suporte as normas de direito privado para, então, aplicação das normas de direito público ao tema.

Num primeiro momento, assim, vigorou a ideia de irresponsabilidade do Estado pelos atos praticados por seus agentes. Esta teoria foi adotada na época dos Estados absolutos e era fundamentada na soberania (Estado como autoridade incontestável perante o súdito, onde se pregava que o rei não pode errar – *the king can do no wrong* (DI PIETRO, 2014)).

A visão de que o Estado não deveria se responsabilizar pelos prejuízos que seus agentes causassem a terceiros vigorou até meados do século XIX (FURTADO, 2016). Aponta Di Pietro (2014, p 717) que “os Estados Unidos e a Inglaterra abandonaram a teoria da irresponsabilidade, por meio do *Federal Tort Claim Act*, de 1946, e *Crown Proceeding Act*, de 1947, respectivamente”.

Passamos então à segunda fase da responsabilidade civil do Estado, onde se admitiu esta com aplicação das regras de direito privado: teoria civilista da culpa. Para esta teoria, todo aquele que por ação ou omissão, por negligência, imperícia, imprudência ou dolo, cause prejuízo a terceiro é obrigado a ressarcir o dano causado (CARVALHO FILHO, 2012).

No Brasil, no âmbito do direito privado, esta última é a teoria adotada conforme expressa previsão no Código Civil vigente (artigos 186, 187 e 927):

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Inicialmente a teoria civilista da culpa foi aplicada com temperamentos, pois se distinguiam os atos de império dos atos de gestão, adotando-se somente a estes. Para àqueles continuou vigorando a irresponsabilidade estatal (CARVALHO FILHO, 2012).

Faz-se importante frisar que atos de império são os praticados pela Administração com todas as prerrogativas e privilégios de direito público. Por sua vez, atos de gestão são os praticados pela Administração em situação de igualdade com os particulares, para a conservação e desenvolvimento do patrimônio público e para a gestão de seus serviços (DI PIETRO, 2014).

Evoluindo na aplicação da teoria civilista da culpa abandonou-se a distinção acima citada. A partir de então não era mais necessário apontar-se atos de império ou atos de gestão (CARVALHO FILHO, 2012).

Desenvolveu-se, desta feita, a denominada teoria da culpa do serviço ou da falta do serviço. Era necessário, assim, para se atribuir culpa ao Estado a demonstração da falta ou ausência do serviço; do atraso na prestação do serviço; ou prestação defeituosa do serviço que resultassem em prejuízo para os particulares (FURTADO, 2016).

Finalmente, então, superando a teoria civilista da culpa administrativa passou-se a adotar as regras de direito público para verificação da responsabilidade civil do Estado: teoria publicista da culpa. A responsabilidade civil deixa, aqui, de se fundamentar na culpa e o fundamento principal para impor o dever de indenizar passa a ser o risco da atividade estatal, bem como no princípio da repartição dos encargos. De forma simplória tem-se que por ser mais poderoso que o particular o Estado deveria arcar com os riscos naturais se suas atividades (CARVALHO FILHO, 2012).

É aqui que se desenvolve a modalidade objetiva de responsabilização do Estado, a qual para Mello (2015, p 1034) “é a obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento lícito ou ilícito que produziu uma lesão na esfera juridicamente protegida de outrem. Para configurá-la basta, pois, a mera relação causal entre o comportamento e o dano.”

Extrai-se, então, que é dispensada a demonstração da culpa, sendo esta a teoria atualmente adotada, em regra, no Brasil e tem fundamento no parágrafo 6º do art. 37 da Constituição Federal:

“Art. 37.

(...)

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

Neste ponto é importante esclarecer que existem duas modalidades de responsabilidade objetivas adotadas, são elas: teoria do risco administrativo e teoria do risco integral. A primeira admite excludentes de responsabilidade civil e a segunda não (ALEXANDRINO, M., PAULO, V. 2016).

No Brasil a regra é a aplicação da teoria do risco administrativo. Assim, existente alguma causa excludente de responsabilidade, como caso fortuito, força maior, culpa exclusiva da vítima ou culpa exclusiva de terceiro, capazes de romper o nexo causal afasta-se o dever de indenizar do estado (FURTADO, 2016).

Esta é a teoria adotada pelo Supremo Tribunal Federal, que alcança todas as pessoas de direito público (art. 41 do Código Civil^[1]) e as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, conforme decidido Recurso Extraordinário nº 591874 RG/MS, que teve repercussão geral reconhecida.

Excepcionalmente adota-se no Brasil a teoria do risco integral, como nos casos de dano ambiental, conforme decidido sob a sistemática dos recursos repetitivos pelo Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais nº 1374284/MG e 1354536/SE.

3. Do dever de indenizar os detentos em razão da condição degradante dos presídios do Brasil

Na premissa de adoção da teoria da responsabilidade civil na modalidade risco administrativo tem-se que é atribuível ao Estado a conduta de enviar pessoas a cárceres superlotados e insalubres e de mantê-los nestas condições, assumindo a posição de garante em relação aos presos, aspecto que lhe confere deveres de vigilância e de proteção aos direitos dos internos, em especial sua integridade física e psíquica, sua saúde e sua vida (art. 5, XLIX da Constituição Federal).

Passo outro, quanto ao dano moral, Cristiano Chaves (2014, p. 331) aponta que “não há, na ordem jurídica brasileira, um conceito legal de dano moral” e propõe um, qual seja: lesão a um interesse existencial concretamente merecedor de tutela (p. 336).

Prossegue o autor apontando que na doutrina e jurisprudência do STJ há consenso de que a lesão à dignidade da pessoa humana provoca dano moral indenizável.

Nesse aspecto, especialmente quanto ao tema tratado, parece ser incontroverso que a maioria dos presos brasileiros são submetidos a condições desumanas e degradantes de cumprimento da pena em razão da superlotação e insalubridade dos presídios nacionais, condições estas que agredem fortemente a dignidade da pessoa humana. Para tanto, basta lembrar das rebeliões ocorridas nos presídios dos Estados do Amazonas^[2] e de Roraima^[3] no início do corrente ano de 2017, que resultaram na morte de quase uma centena de presidiários.

No que se refere à realidade do estado do Piauí, a superlotação dos presídios não é exceção. Segundo divulgado no site oficial do Governo do Estado

em maio de 2017, existe excedente de 1.780 presos nas 2.230 vagas dos 15 presídios existentes. Ou seja, existe um excesso de 79% (setenta e nove por cento) de presos no sistema penitenciário piauiense^[4].

Assim, é insofismável que o encarceramento em condições degradantes causa um dano moral ao preso em razão da violação à dignidade humana.

Noutro vértice, quanto ao nexo de causalidade, aponta Flávio Tartuce (2017. P 345) que se constitui do elemento imaterial ou virtual da responsabilidade civil, constituindo a relação de causa e efeito entre a conduta culposa – ou o risco criado –, e o dano suportado por alguém.

Nesta senda, para o caso proposto, é evidente que a insuficiência de políticas públicas prisionais aliadas à remessa de pessoas a presídios que não contam com o mínimo de condições humanas dignas são a causa dos danos sofridos pela população carcerária submetida a estas.

Quanto ao tema, destacamos que o Supremo Tribunal Federal decidiu o Recurso Extraordinário nº 580252/MS, submetido à sistemática da repercussão geral (recurso repetitivo^[5]), que:

Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento.

4. (Im)possibilidade de se estabelecer indenização por meio de remição de pena

Etimologicamente indenizar significa tornar indene. Ensina Paulo Nader (2016, p 133) que o vocábulo indene provém do latim *indemne* e quer dizer incólume, ileso, livre de perda. Assim, indenizar é eliminar o dano. Diante disso, questiona-se: é possível eliminar o dano moral sofrido?

Nesse patamar, Cristiano Chaves (2014, p. 352) aponta que “não se pode restaurar o *status quo* em matéria de violação a honra, a intimidade, a integridade psicofísica e demais atributos existenciais da pessoa”.

Importante transcrever, aqui, pela profundidade e pertinência, o trecho do voto do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, do Superior Tribunal de Justiça no Resp 959.565/SP:

“É certo que os danos extrapatrimoniais, por não possuírem conteúdo econômico ou patrimonial, em regra, não comportam a reparação *in natura* (restituição de bem semelhante ao subtraído, destruído ou danificado), embora haja doutrina nacional e estrangeira que entenda ser ela viável. Citam-se exemplos no ordenamento jurídico brasileiro de reparação desse jaez: a retratação do ofensor, o desmentido, a retificação de notícia injuriosa, a divulgação de resposta e a publicação de sentenças condenatórias, todas constantes da revogada Lei n. 5.250/1967 (Lei de Imprensa). Contudo, eles não constituem propriamente reparação natural, pois não elidem completamente os danos extrapatrimoniais, apenas minimizam seus efeitos, visto não ser possível a recomposição dos bens jurídicos sem conteúdo econômico, tal como ocorre com os direitos de personalidade. Dessarte, se insuficiente a reparação *in natura*, resta a indenização pecuniária quantificada por arbitramento judicial, instrumento tradicionalmente utilizado no Direito brasileiro para a reparação dos danos extrapatrimoniais. Anote-se que as duas formas de reparação (natural e pecuniária) não se excluem por respeito ao princípio da reparação integral (arts. 159 do CC/1916 e 944 do CC/2002), que pode ser invocado tanto na reparação natural (de forma aproximada ou conjectural no caso de dano extrapatrimonial) quanto na indenização pecuniária.”

A resposta ao questionamento, então, é negativa, prevalecendo, ao que parece, a forma de reparação monetária do dano moral a fim de minimização dos efeitos causados ao ofendido.

Por outro lado, é inegável que há fortes vozes que defendem a reparação *in natura* do dano extrapatrimonial, o que se encontra condensado no enunciado 589 do CFJ/STJ, que teve como coordenador da comissão de trabalho o próprio Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Vejamos:

Enunciado 589/CJF. A compensação pecuniária não é o único modo de reparar o dano extrapatrimonial, sendo

admitida a reparação *in natura*, na forma de retratação pública ou outro meio.

Embasando tal enunciado foi apresentada a seguinte justificativa:

Não há, no Código Civil, norma que imponha a indenização pecuniária como meio exclusivo para reparação do dano extrapatrimonial. Causado dano desta natureza, nasce para o ofensor a obrigação de reparar (art. 927), o que deverá ocorrer na forma de uma compensação em dinheiro e/ou de ressarcimento *in natura*, conforme tem admitido a doutrina (por todos: SCHREIBER, Anderson. *Reparação Não-Pecuniária dos Danos Morais*. In: Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (Org.). *Pensamento crítico do Direito Civil brasileiro*. Curitiba: Juruá Editora, 2011). No plano constitucional, tal entendimento revela-se compatível com o quanto dispõe o art. 5º, inc. V, que, dirigido ao ofendido, assegura o direito de resposta, além de indenização em função do dano causado. Por último, o ressarcimento *in natura* revela-se compatível com uma lógica de despatrimonialização da responsabilidade civil, de modo a garantir ao ofendido a reparação integral do dano, o que nem sempre é alcançado mediante simples pagamento em dinheiro^[6].

Noutro vértice, a nossa Carta Magna prevê a indenização pelos danos morais (art. 5º, V e X), mas não elege um meio determinado para seu ressarcimento.

De outra banda, remição é benefício ressocializador que permite, no âmbito da execução penal, que o sentenciado reduza o tempo de cumprimento da pena privativa de liberdade em razão do trabalho ou do estudo (BRASILEIRO, 2017).

Pois bem, nessa perspectiva quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 580252/MS (acórdão não publicado), após o voto do Ministro Teori Zavascki (Relator), que conhecia e dava provimento ao recurso extraordinário para reconhecer a responsabilidade civil do estado na obrigação de ressarcir os danos morais causados ao detento em razão das condições degradantes de cumprimento de pena, mantendo a condenação estipulada na origem em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), no que foi acompanhado pelo Ministro

Gilmar Mendes, o Ministro Roberto Barroso (3ª a votar) apresentou proposta alternativa à forma de reparação dos danos morais^[7], qual seja:

Em razão da natureza estrutural e sistêmica das disfunções verificadas no sistema prisional, a reparação dos danos morais deve ser efetivada preferencialmente por meio não pecuniário, consistente na remição de 1 dia de pena por cada 3 a 7 dias de pena cumprida em condições atentatórias à dignidade humana, a ser postulada perante o Juízo da Execução. Penal. Subsidiariamente, caso o detento já tenha cumprido integralmente a pena ou não seja possível aplicá-lhe a remição, a ação para ressarcimento dos danos morais será fixada em pecúnia pelo juízo cível competente.

Como fundamento, o Ministro, criticando a lógica patrimonialista que ainda governa a reparação do dano moral no direito brasileiro (precificação dos direitos da personalidade e da dignidade da pessoa humana) aduziu que: a) compensação estritamente pecuniária confere uma resposta pouco efetiva aos danos existenciais suportados pelo recorrente e pelos presos em geral; b) o detento que postular a indenização continuará submetido às mesmas condições desumanas e degradantes após a condenação do Estado; c) a reparação em dinheiro, além de não aplacar ou minorar as violações à sua dignidade, tende a perpetuá-las, já que recursos estatais escassos, que poderiam ser empregados na melhoria do sistema, estariam sendo drenados para as indenizações individuais.

Para tanto, o eminente julgador da Corte Suprema usa de analogia ao art. 126 da Lei de Execução Penal, que prevê que “[o] condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena.”

Acrescenta ainda que:

“a remição da pena nada mais é do que um dos diversos mecanismos possíveis de reparação específica ou *in natura* de lesões existenciais. O preso confinado em celas superlotadas, insalubres e sem mínimas condições de vida digna experimenta inevitavelmente uma diminuição mais acelerada de sua integridade física e moral e de sua saúde. O tempo de pena vivido pelo preso nessas condições é um tempo agravado, que não guarda proporção com a pena cominada abstratamente. Assim, ao abreviar a duração da pena, o

remédio cumpre o papel de restituir ao detento o exato “bem da vida” lesionado.”

Assim, ao que se vê, a proposta do Ministro Roberto Barroso se mostra adequada sob a ótica do preso que tem abreviado o tempo de vivência sob condições desumanas, do sistema prisional com a diminuição da população carcerária e do sistema fiscal nacional que poderá dispensar recursos à políticas públicas, dentre as quais a própria melhora do sistema carcerário brasileiro.

De outra sorte, trata-se da aplicação do Direito Civil sob os olhares da Constituição Federal, no que a doutrina vem se denominando de Direito Civil Constitucional, que tem como princípios a dignidade da pessoa humana, a solidariedade social e a isonomia (TARTUCE, 2017).

A solução proposta pelo Ministro Roberto Barroso foi seguida pelos Ministros Luiz Fux e Celso de Mello, restando vencida pelos demais sob o argumento de ausência de objeto do recurso, pois esta possibilidade não fora debatida nas instâncias ordinárias e, portanto, não fora devolvida ao tribunal e de falta de substrato legislativo a ancorar a figura proposta, tendo a Ministra Rosa Weber acrescentado que a remição pressupõe ação e vontade do detento pelo sistema de mérito.

De toda sorte, os Ministros do Supremo Tribunal Federal receberam bem a brilhante proposta do Ministro Roberto Barroso e não esgotaram a discussão quanto ao tema, tendo a Suprema Corte se reservado ao debate do tema de forma mais profunda em outra oportunidade.

Noutro vértice, é importante ressaltar que existem ao menos dois projetos de lei em trâmite no Senado Federal, sob os números 576[8], de 2015 e 147[9], de 2017, que preveem hipótese de remição de pena, para o preso em situação degradante e de flagrante desrespeito à sua integridade física e moral. As matérias estão submetidas à consulta popular pelo sistema e-cidadania do Senado Federal, instrumento de participação popular para a tomada de decisões políticas, que vem sendo conceituado para a doutrina alienígena como Crowdsourced Constitution (LENZA, 2015).

Por fim, encontra-se pendente de análise de mérito pelo Supremo Tribunal Federal a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF nº 347, na qual se reconheceu em sede de medida liminar o “Estado de Coisas Inconstitucional” onde se verifica a existência de um quadro de violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais, causado pela inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura, de modo que apenas transformações estruturais da atuação do Poder Público e a atuação de uma pluralidade de autoridades podem alterar a situação

inconstitucional (CAMPOS, 2015). Esta ADPF tem como uns dos pedidos principais o de abatimento do tempo de prisão, se constatado que as condições de efetivo cumprimento são, na prática, mais severas do que as previstas na lei.

5. Conclusão

Considerando o que foi dito ao norte, conclui-se que o Supremo Tribunal Federal adota, em regra, a responsabilidade objetiva na modalidade risco administrativo para fins de reparação de danos causados pelo estado a terceiros.

Assim, a vítima é dispensada de comprovar a culpa do ente público pelo evento danoso. Inobstante, é possível existência de alguma causa excludente de responsabilidade, como caso fortuito, força maior, culpa exclusiva da vítima ou culpa exclusiva de terceiro, capazes de romper o nexu causal afastando-se, assim, o dever de indenizar do estado.

Por sua vez, com base nessa teoria, a Suprema Corte nacional fixou entendimento, por meio de precedente obrigatório, de que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, sendo de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento.

Porém, o Órgão de Cúpula do Judiciário brasileiro não aceita, até o momento, a remição da pena como forma de indenização aos detentos submetidos a condições desumanas e degradantes, mesmo diante dos judiciosos argumentos favoráveis à proposta encampada por parte dos integrantes daquela corte, que terá nova oportunidade de se manifestar sobre o tema, com mais profundidade, quando do julgamento da ADPF nº 347.

O tema serve de reflexão para comunidade jurídica que deve voltar os olhos à situação caótica vivida pela população carcerária, o que acaba gerando um círculo de violência que reflete diretamente na sociedade como um todo.

Referências bibliográficas

ALEXANDRINO, M., PAULO, V. **Direito administrativo descomplicado**. 24. ed. rev. e atual. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.

BARROSO, Luiz Roberto. **Indenização a presos**. Voto vista em esboço no Recurso Extraordinário 580.252/MS. Disponível em: . Acesso em 5 de jul. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 de jun. 2017.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Brasília, 2002. Disponível em: . Acesso em: 30 de jun. 2017.

BRASIL. **Projeto de Lei nº576/2015**. Senado Federal. Brasília, 2015. Disponível em: < <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/122952>> - Acesso em em 5 de jul. 2017.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 147/2017**. Senado Federal. Brasília, 2017. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/129159>> - Acesso em 5 de jul. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1374284/MG** – Distrito Federal. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 05 de setembro de 2014. Disponível em: . Acesso em: 30 jun. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1354536/SE** – Distrito Federal. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 05 de maio de 2014. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201202466478&dt_publicacao=05/05/2014>. Acesso em: 30 jun. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 959.565/SP** – Distrito Federal. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 27 de junho de 2011. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200701336367&dt_publicacao=27/06/2011>. Acesso em: 05 de jul. 2017.

BRASIL. **VII Jornada de Direito Civil - Enunciado 589**. Brasília, 2015. Disponível em: < <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/834>> - Acesso em 5 de jul. 2017.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural**. Consultor Jurídico. ISSN 1809-2829, 1 de setembro de 2015. Disponível em: . Acesso em: 26 jul. 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25. Ed. rev, ampl. e atual. – São Paulo: Atlas, 2012.

FÁRIAS, ROSENVALD, BRAGA NETTO. **Curso de Direito Civil**. vol 3: responsabilidade civil. Salvador: Juspodivm, 2014.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. 5. Ed. rev. e atual. - Belo Horizonte: Fórum, 2016.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 19. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal comentado**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32. Ed. rev. e atual. - São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil**. vol 7: responsabilidade civil. 6. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2016.

RÊGO, Israel. **Novos presídios reduzirão superlotação no sistema prisional do Piauí**. Governo do Estado do Piauí. [home page da internet]. Disponível em: . Acesso em 30 de jun. 2017.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. 7. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense? São Paulo: MÉTODO, 2017.

NOTAS:

[1] Art. 41. São pessoas jurídicas de direito público interno:

I - a União;

II - os Estados, o Distrito Federal e os Territórios;

III - os Municípios;

IV - as autarquias, inclusive as associações públicas; (Redação dada pela Lei nº 11.107, de 2005)

V - as demais entidades de caráter público criadas por lei.

[2]<http://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2017/01/conheca-interior-de-presidio-onde-ocorreu-massacre-com-56-mortes.html> - acessado em 28 de julho de 2017

[3]<http://g1.globo.com/rr/roraima/noticia/2017/01/mais-de-30-presos-sao-mortos-na-penitenciaria-de-roraima-diz-sejuc.html> - acessado em 28 de julho de 2017

[4] <http://www.pi.gov.br/materia/justica/segunda-novos-presidios-reduzirao-superlotacao-no-sistema-prisional-do-piaui-1190.html> – acessado em 30 de junho de 2017

[5] Trata-se de precedente obrigatório a ser observado por juízes e tribunais a teor do art. 927, III do Código de Processo Civil de 2015, *verbis*: “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos.”

[6] <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/834> - acessado em 5 de julho de 2017

[7] Voto em elaboração disponibilizado no site pessoal do Ministro Roberto Barroso http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2015/05/Voto-Indenizacao-a-presos_versao-final_6mai2015.pdf - acessado em 5 de julho de 2017

[8] <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/122952> - acessado em 5 de julho de 2017

[9] <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/129159> - acessado em 5 de julho de 2017

DIREITO DE SUPERFÍCIE NO ÂMBITO TRIBUTÁRIO

MARIA MIRACELIA FARIAS DE OLIVEIRA ROCHA:
Graduada em Direito, com especialização em Direito Tributário.

RESUMO: O presente artigo tem como escopo delinear as principais controvérsias existentes no instituto da superfície, incorporado na legislação brasileira através do Estatuto da Cidade e do Código Civil. As duas legislações trouxeram importante inovação no cenário do direito imobiliário; a primeira, em linhas gerais, trata da política de desenvolvimento urbano e da função social da propriedade consagrada na Constituição Federal, em seus artigos 182 e 183; na segunda, prepondera o direito privado, sem abstrair o interesse social. Pela nova figura jurídica, o proprietário de imóvel urbano ou rural poderá conceder a terceiro, de modo gratuito ou oneroso, por tempo determinado ou indeterminado, o direito de edificar ou plantar em seu terreno, atendida a legislação urbanística. Ocorre que, por tratar-se de uma inovação, bem como pelo fato de constar em duas legislações distintas e bem próximas, surgiram muitas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais sobre a sua aplicabilidade. Em se tratando de matéria tributária, muitas lacunas ainda pairam sobre o tema, o que tem gerado conseqüentemente ações judiciais sobre incidência e base de cálculo, tópicos que serão melhor explorados no decorrer deste artigo.

Palavras-chave: Direito de superfície. Direito real. Política de desenvolvimento. Incidências tributárias.

ABSTRACT: This article has the objective to outline the major controversies in the surface of the institute incorporated in Brazilian legislation through the City Statute and the Civil Code. The two laws have brought significant innovation in the scenario of real estate law; the first, in general, deals with the urban development policy and the social function of property enshrined in the Federal Constitution, in Articles 182 and 183; in the second, preponderates private law without abstracting the social interest. The new legal form, the urban or rural property owner may grant to a third party free or costly manner, for fixed or indefinite period, the right to build or plant on his land, attended the planning legislation. It happens that, because it is an innovation, and the fact included in two distinct and very close legislation, there were many doctrinal and jurisprudential controversy about its applicability. When it comes to tax matters, many gaps still hang on the

subject, which has consequently generated lawsuits on incidence and calculation basis, topics that will be further explored throughout this article.

Keywords: Surface law. real law. development policy. tax implications.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 BREVE HISTÓRICO. 3 CONFLITO APARENTE DE NORMAS – ESTATUTO DA CIDADE E NOVO CÓDIGO CIVIL. 4 O DIREITO DE SUPERFÍCIE E A ENFITEUSE. 5 ASPECTOS TRIBUTÁRIOS. 5.1 IPTU/ITR. 5.2 ITBI/ITCMD. 6 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

A escolha da matéria em questão, direito de superfície, deu-se pelo fato de tratar-se de um instituto relativamente novo, e, por conseguinte, de escassa literatura nacional a seu respeito. O tema a ser discutido ainda é desconhecido para muitos e, para outros, representa um conhecimento apenas superficial. Tem-se como objeto de estudo neste trabalho a legislação brasileira, com destaque na distinção do instituto nos dois diplomas legais, Estatuto da Cidade e Código Civil, bem como uma abordagem mais profunda da incidência dos tributos e sua base de cálculo. A discussão do último tópico, incidência de tributação, é ainda mais escassa, sendo o presente trabalho direcionado para esse aspecto com o fito de auxiliar aqueles que atuam na Fazenda municipal, bem como notários e registradores, e ainda os que participam direta ou indiretamente desse negócio jurídico. A abordagem aqui exposta, porém, não tem a pretensão de englobar todo o seu conteúdo nem de considerar esgotado o tema, tamanha a sua envergadura e dada a limitação do presente estudo.

Os dados foram coletados por meio de pesquisas bibliográficas, doutrinas, artigos científicos, decisões judiciais, teses e dissertações com informações pertinentes ao assunto.

No presente estudo, objetiva-se traçar linhas gerais sobre a instituição do direito de superfície na legislação brasileira. A abordagem será concentrada nos pontos principais e controversos: a incidência tributária e sua base de cálculo. Para que se tenha um melhor alcance do objetivo pretendido, o trabalho foi dividido em quatro seções. A primeira aborda o conceito de direito de superfície

diante das duas legislações que o regem, em um breve histórico; a segunda volta-se ao conflito aparente entre as normas; a terceira abrange a sutil semelhança do objeto com o instituto da *enfiteuse*; por fim, a quarta e última seção aprofunda a abordagem quanto aos aspectos tributários. O intuito desta pesquisa é auxiliar todos que tenham interesse de aprimorar o conhecimento dessa nova figura jurídica prevista no direito civil e na legislação urbanística e, conseqüentemente, sua ligação com o direito tributário.

2 BREVE HISTÓRICO

O direito de superfície foi instituído previamente pelo Estatuto da Cidade, Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, que regulamentou os artigos 182 e 183 da Constituição Federal e estabeleceu diretrizes gerais da política urbana, sendo novamente recepcionado pelo Código Civil, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

O direito de superfície é definido como direito real, dado sua inclusão no rol legal de tais direitos. São direitos reais considerados no art. 1.225 do Código Civil: a propriedade, a *superfície*, as servidões, o usufruto, o uso, a habitação, a usucapião, o direito do promitente comprador do imóvel, o penhor, a hipoteca, a anticrese, a concessão de uso especial para fins de moradia e a concessão de direito real de uso.

Conforme FIUZA (2003, pg. 900):

Direito de superfície é um direito real sobre um terreno, conferido a uma pessoa, o superficiário, a fim de que nele possa construir e/ou plantar a título gratuito ou oneroso.

Em virtude da omissão do Estatuto da Cidade e do Código Civil quanto à natureza jurídica do modelo (ROSENVALD, 2006, p. 406), repercute-se na doutrina uma polêmica. Seria o direito real de superfície uma verdadeira propriedade ou um direito real sobre coisa alheia? A resposta é: ambos. O direito de superfície é um direito real sobre coisa alheia (lote ou gleba), pois sua formação resulta de uma concessão do titular da propriedade para fins de futura edificação (sobre ou sob o solo) ou plantação que, quando concretizada pelo superficiário

(concessionário), converterá o direito inicialmente incorpóreo em um bem materialmente autônomo à propriedade do solo do concedente.

Quanto a seu conteúdo, assim define o instituto Loureiro (2002, p. 273):

A superfície é um direito real, fixado por tempo determinado ou indeterminado, que confere ao superficiário a propriedade da construção ou plantação, ainda que em caráter resolúvel, gratuito ou mediante o pagamento de uma pensão periódica e que pode ser transmitido por atos inter vivos ou causa mortis.

Segundo Rezende (2010, p. 37):

Direito de Superfície é um direito real onde se constata a existência de duas partes em uma relação jurídica. O primeiro polo, denominado proprietário ou concedente transfere ao segundo, chamado superficiário, o direito de construir ou plantar em imóvel de seu domínio.

*Tradicionalmente, vigora o princípio **superfície solo cedit** que expressa o vínculo indissociável existente entre o solo e a superfície, de sorte que tudo aquilo que se planta ou se constrói pertence ao dono do solo. Porém, o direito de superfície excepciona tal princípio, já que permite a separação entre o domínio daquilo que é construído ou plantado e a propriedade do solo que abriga a construção ou plantação, não se apresentando nesta situação, a figura jurídica da propriedade, mais coexistência de dois direitos reais distintos.*

Pode-se perceber a importância da constituição desse instituto, pela pequena quantidade existente, até então, de locações ou arrendamentos de terrenos por parte de seus proprietários, temendo eles prejuízos tanto dos alugueis quanto dos encargos contratuais, e levando-se em conta ainda a lentidão da Justiça, tanto para despejar o inquilino ou arrendatário inadimplente como para cobrar os alugueis ou encargos atrasados. Tais temores certamente se apresentavam como um desestímulo para os proprietários colocarem seus bens em mãos de terceiros, mesmo que em uma locação ou arrendamento aparentemente proveitosos.

Nesse sentido, a característica do contrato de superfície é algo inovador e não se pode desconsiderar os aspectos comerciais altamente positivos para aqueles que têm terreno nu e não possuem condições de nele promover investimentos, passando, por conseguinte, ao superficiário o direito de exploração. Além do valor acertado contratualmente, ainda poderá usufruir das benfeitorias realizadas ao término do contrato.

Outra vantagem primordial do direito de superfície sobre o contrato de locação surge no momento da extinção do daquele (por encerramento do prazo ou por descumprimento das obrigações do superficiário), pois, nesse caso, o proprietário pode interpor uma ação possessória para recuperar o terreno cedido, enquanto que, no contrato de locação ou arrendamento, o locador conta apenas com a ação de despejo. Isso pode significar uma agilidade muito grande na recuperação do terreno e, portanto, um risco menor de prejuízos para o proprietário.

3 CONFLITO APARENTE DE NORMAS – ESTATUTO DA CIDADE E NOVO CÓDIGO CIVIL

Levando-se em conta que o direito de superfície foi instituído e regulamentado pelo artigo 21 da Lei nº10.257, de 10 de julho de 2001, denominada de Estatuto da Cidade, sendo novamente recepcionado pela Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Novo Código Civil, em seu artigo 1.225, inciso II, e no título IV, artigos 1.369 a 1.377, cujo anteprojeto teve impulsionamento anterior ao Estatuto da Cidade, porém sancionado depois,

parece haver entre os dispositivos legais em questão conflito de normas, já que os artigos que tratam do tema no Estatuto da Cidade não foram derogados.

Nesta seção, são analisados os dois diplomas legais e suas divergências sob diversos ângulos, como localização – se urbano ou rural; aspecto temporal do contrato – se por prazo determinado ou indeterminado; abrangência do objeto da concessão – solo, subsolo e espaço aéreo; causas de extinção, entre outros.

Como vimos, o Estatuto da Cidade, Lei nº 10.257/2001, foi que instituiu inicialmente a superfície ao ordenamento jurídico, como reflexo da iniciativa estatal de atingir a plena utilização da propriedade, podendo ser considerada como um marco de referência para questões ligadas ao uso, ocupação e parcelamento do solo urbano e servindo ainda de parâmetro às práticas de gestão urbana, sobretudo as municipais, tendo como principal diretriz o processo de urbanização em atendimento ao interesse social, por meio da cooperação mútua entre a iniciativa privada e o poder público.

Segundo análises realizadas pelos principais centros de pesquisa acadêmica no cenário internacional, o século XXI é tido como o “século das cidades”. Destarte, o conceito de cidade e sua ocupação, passa por um amplo processo de revisão e redefinição, desafiando pesquisadores e especialistas. Não se pode esquecer que, para ser atingido o pleno desenvolvimento social das cidades, deve haver, por parte dos órgãos públicos, um planejamento no intuito de evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e suas consequências.

Já o Código Civil, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, elencou o direito de superfície no rol dos direitos reais abrangendo tanto as edificações como as plantações localizadas em área rural, admitindo, assim, a constituição do direito de superfície e abolindo o surgimento de novas *enfiteuses*, mantidas as existentes até sua extinção.

Ainda se discute se o regime do contrato de superfície tratado no Estatuto da Cidade teria sido revogado, mas a melhor doutrina já pacificou o entendimento de que o Código Civil, apesar de ser uma lei posterior ao Estatuto da Cidade e de tratar do mesmo assunto, não o derogou nesse ponto. O contrato de superfície passa a ter duas facetas: uma, prevista no Estatuto da Cidade, que somente se aplica aos terrenos urbanos; e outra, tratada no Código Civil, que se

aplica a todos os outros terrenos, ou seja, aos terrenos e glebas rurais (valendo também as normas do Código Civil, mesmo em relação aos contratos de superfície de solos urbanos, nos casos em que o Estatuto da Cidade for omissivo).

Fazendo um estudo sistêmico em Rezende (2010, p. 54), conclui-se que o direito de superfície no Código Civil e no Estatuto da Cidade não possui substanciais diferenças, apenas algumas particularidades que podem ser esquematizadas:

QUADRO 1– ESQUEMA COMPARATIVO DAS LEIS Nº10.406/02 E Nº10.257/01

Código Civil (Lei nº10.406/02)	Estatuto da Cidade (Lei nº10.257/01)
É constituído sempre por prazo determinado, quer em áreas urbanas ou rurais – art. 1.369	Pode ser constituído por prazo determinado ou indeterminado, sempre em áreas urbanas – art. 21
Em regra, não autoriza obra no subsolo – art. 1.369, parágrafo único	Permite a utilização do subsolo, desde que atendida a legislação urbanística – art. 21, § 1º
É omissivo em relação a ter por objeto o espaço aéreo	Expressamente permite ter por objeto o espaço aéreo, desde que atendida a legislação urbanística – art. 21, § 1º
Determina que o sujeito passivo das obrigações tributárias incidentes sobre o imóvel é o superficiário – art. 1.371	De forma pormenorizada, determina que as obrigações tributárias serão distribuídas nos termos do documento que deu origem à superfície, estipulando previamente que o superficiário deve arcar com os encargos e tributos na proporção de sua ocupação efetiva – art. 21, § 3º
Proíbe expressamente a cobrança de valor por ocasião da transferência da superfície - art. 1.372, parágrafo único	É omissivo em relação ao pagamento pela transferência
Prevê a extinção por desapropriação – art. 1.376	É omissivo em relação à extinção por desapropriação

Não impõe expressamente a necessidade de averbação da extinção	Determina que a averbação da extinção no Cartório de Registro de Imóveis é necessária – art. 24, §2º
--	--

Fonte: Elaborado pela autora.

Quando o Código Civil dispõe, em seu artigo 1.369, parágrafo único, que não é permitida obra no subsolo, salvo se for inerente ao objeto da construção, não fica evidente a intenção do legislador. Assim não seria viável um direito de superfície para a construção de uma garagem subterrânea, mas seria possível a construção de tal garagem, desde que sobre ela fossem edificados diversos andares, como, por exemplo, uma superfície tendo como objeto a construção de um centro comercial.

Perceba-se que o parágrafo primeiro do artigo 21 do Estatuto da Cidade regula diferentemente que o Código Civil, pois, expressamente, se refere à utilização do subsolo, da superfície e do espaço aéreo.

O que a maioria ainda desconhece é a possibilidade de compra do espaço aéreo à frente de um imóvel, através do direito de superfície, sendo compreensível e natural a insatisfação de alguém que efetuou a compra de um imóvel com uma bela vista da cidade e se depara futuramente com uma construção vizinha, tirando assim a privacidade e desvalorizando seu imóvel.

É importante salientar que a extinção automática do direito de superfície no Estatuto da Cidade ocorre pelo término do prazo contratual ou pelo descumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo superficiário. Assim, em tese, não é necessário, nesses casos, requerer ao Judiciário a rescisão do contrato, podendo o proprietário desde logo pedir a sua reintegração na posse, liminarmente, bastando provar, já na petição inicial, por documentos, a causa da extinção do direito de superfície (descumprimento das obrigações do superficiário ou término do contrato). Ocorre aqui mais uma divergência entre as duas leis, pois no Código Civil não há previsão de extinção automática, sendo recomendado que, nos contratos de superfície de áreas rurais, as partes insiram cláusula expressa de extinção no caso de descumprimento das obrigações do superficiário ou de término do prazo, independentemente de prévia notificação.

Analisando-se a obra de Rima Gorayb (2007, p. 113), nota-se que a intenção do legislador ao criar um instituto jurídico que possibilitasse uma nova modalidade do uso do solo foi louvável e necessária. Todavia, daí resultou instituto de denominação nitidamente administrativa e que, no entanto, cria entre nós um novo direito real que passou a ser denominado concessão de direito real de uso; um instituto híbrido, portanto, de denominação ambígua. Percebe-se que seu objetivo principal é provocar a utilização de terrenos que permanecem estéreis, tanto aqueles pertencentes aos poderes públicos como os de particulares.

Afinal, qual a utilização prática desse instituto? Alguns exemplos podem ser citados:

- a) instalação e exploração de estacionamento;
- b) construção de hotel ou restaurante em terreno de outrem, para exploração dessas atividades;
- c) instalação de equipamentos e estruturas para transmissão de telecomunicações por rádio, TV ou outro veículo de comunicação;
- d) construção para abrigar eventos esportivos, como alojamentos ou arenas esportivas;
- e) plantação de hortaliças em terreno alheio, para exploração do ramo de alimentos orgânicos;
- f) outros;

Interessante notar o crescente interesse pelo direito de superfície por parte do Poder Público, visto que o mesmo poderá ter larga utilização nos planos de urbanização sobre terras públicas e nos planos habitacionais destinados ao assentamento de famílias de baixa renda.

Dentre outros interesses sociais, os mais significativos no entanto, seriam àqueles voltados para os planos habitacionais. Com efeito, valendo-se do negócio superficiário, o Poder Público disporia de ampla margem de liberdade para modelar o contrato de acordo com os objetivos especificamente perseguidos.

4 o DIREITO DE SUPERFÍCIE E A ENFITEUSE

No elenco de direitos reais, definido pelo antigo e novo Código Civil, o que mais se assemelha em sua essência conceitual, ao Direito de Superfície é a Enfiteuse, visto que os dois institutos se referem ao uso de coisa alheia. Apesar deste último não mais constar elencado nos direitos reais no novo Código Civil, tendo sido abolido pelo artigo 2.039, não foi declarada a sua extinção, quanto aos seus efeitos *extunc*, continuando em vigor os seus contratos, até se exaurirem.

A enfiteuse constitui um direito real sobre coisa alheia, constituído por ato “*inter vivos*”, ou de última vontade, pelo qual o proprietário atribui a outrem o domínio útil do imóvel, pagando o enfiteuta uma pensão ou foro anual e invariável ao senhorio direto.

O desdobramento da propriedade (REZENDE, 2010, p. 136) é característica comum a ambos os direitos. Afinal, na superfície o concedente permanece com a propriedade do solo e o superficiário, ainda que de forma resolúvel, com a propriedade das construções e plantações. Na *enfiteuse*, semelhantemente, há o enfiteuta com o domínio útil, enquanto o proprietário permanece apenas com a posse indireta.

Assim como a superfície, a enfiteuse constitui direito real sobre coisa alheia, no entanto não havendo dualidade de domínio, sendo o verdadeiro proprietário do bem o senhorio direto. Somente com o resgate do aforamento, após dez anos da constituição da enfiteuse, é que o enfiteuta pode vir a ser titular do direito real do bem, consolidando a plenitude do domínio. Com o exercício do direito de resgate, extingue-se a enfiteuse e o foreiro adquire a propriedade plena. Esse direito inexistente na superfície.

Algumas diferenças básicas, porém, os distinguem claramente segundo Fiuza (2003, p.900):

A superfície pode ser gratuita ou onerosa; a enfiteuse será sempre onerosa. A superfície pode ser temporária ou não; a enfiteuse será sempre perpétua. O

superficiário poderá tão somente plantar ou edificar na superfície do terreno, usufruindo do que houver semeado ou edificado; o direito do enfiteuta é bem mais amplo. Em primeiro lugar, não se restringe à superfície do imóvel. Em segundo lugar, não diz respeito somente às construções e plantações, mas a todo o bem. Em terceiro lugar o enfiteuta poderá alugar ou emprestar o imóvel, o que é defeso ao superficiário.

Denota-se pelas características dessas duas figuras jurídicas, que o instituto da superfície é mais dinâmico, mais abrangente e possui um papel social bem mais marcante no atual cenário do Século 21, que segundo análises realizadas pelos principais centros de pesquisa acadêmica no cenário internacional, o século 21 é considerado o *século das cidades*. Hoje, o conceito de cidade passa por um amplo processo de revisão e redefinição, desafiando pesquisadores, especialistas, gestores, agentes e sujeitos sociais de diversas matizes.

O debate atual sobre a reforma urbana, e de modo mais amplo o futuro desejável para as cidades e regiões brasileiras, têm na figura do direito de superfície um aliado para um melhor atendimento ao princípio da função social da propriedade, conforme prevê a Constituição Federal e o Estatuto da Cidade, enfocando num melhor aproveitamento do uso do solo urbano e na manutenção do homem na zona rural.

5 ASPECTOS TRIBUTÁRIOS

5.1 IPTU/ITR

Para uma maior compreensão dos aspectos tributários relacionados ao direito de superfície, devem ser ressaltados, inicialmente, alguns artigos do Código Tributário Nacional e o que dispõem o Código Civil e o Estatuto da Cidade.

CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL

Art. 29. O imposto, de competência da União, sobre a propriedade territorial rural tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de imóvel por natureza, como definido na lei civil, localização fora da zona urbana do Município

Art. 30. A base do cálculo do imposto é o valor fundiário.

Art. 31. Contribuinte do imposto é o proprietário do imóvel, o titular de seu domínio útil, ou o seu possuidor a qualquer título.

Art. 32. O imposto, de competência dos Municípios, sobre a propriedade predial e territorial urbana tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil, localizado na zona urbana do Município.

Art. 33. A base do cálculo do imposto é o valor venal do imóvel.

Parágrafo único. Na determinação da base de cálculo, não se considera o valor dos bens móveis mantidos, em caráter permanente ou temporário, no imóvel, para efeito de sua utilização, exploração, aformoseamento ou comodidade.

Art. 34. Contribuinte do imposto é o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil, ou o seu possuidor a qualquer título.

Os artigos 123 e 128 do Código Tributário Nacional possuem também suma importância e devem ser ressaltados:

Art. 123. Salvo disposições de lei em contrário, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública,

para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes.

Art. 128. Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação.

Dispõe o Código Civil:

Art. 1.371. O superficiário responderá pelos encargos e tributos que incidirem sobre o imóvel.

Estatuto da Cidade, in verbis:

Art.21

§3º O Superficiário responderá integralmente pelos encargos e tributos que incidirem sobre a propriedade superficiária, arcando, ainda, proporcionalmente à sua parcela de ocupação efetiva, com os encargos e tributos sobre a área objeto da concessão do direito de superfície, salvo disposição em contrário do contrato respectivo.

Em uma análise sistêmica, podem parecer claras e simples as definições dos três diplomas legais citados, porém, uma visão mais detalhista revela algumas discrepâncias que merecem ser melhor analisadas.

Rezende (2010) menciona que ao ler-se o artigo 1.371 do Código Civil, pode-se quase afirmar que o sujeito passivo único e exclusivo de todos os encargos e obrigações tributárias é a pessoa do superficiário, durante o período em que explorar a construção ou plantação. Continua ainda Rezende (2010, p.92):

Mas a questão não é tão simples. Em homenagem à liberdade de contratar, o Estatuto da Cidade de forma mais percuciente que o Código Civil, previu a hipótese de as partes envolvidas, pactuarem a forma pela qual será distribuída as responsabilidades por encargos e tributos incidentes sobre o imóvel e, ainda, na segunda parte do parágrafo 3º do artigo 21, dispôs que caso omissis o contrato, o ônus tributário será repartido na proporção da área objeto da concessão.

Desta forma, se o superficiário tiver a posse direta de 80% de um imóvel rural onde plantou, pagará, por óbvio, 80% do Imposto Territorial Rural que incidir sobre a totalidade da área. Se o imóvel for urbano existirá um complicador, pois o valor da construção, vem, em certos municípios, de forma separada da terra nua. Quando isto acontecer, deverão as partes, caso não tenham pactuado em sentido diverso, apreciar o valor do imposto antes da construção e cotejá-lo com o valor após as obras erigidas pelo superficiário, para assim, poderem distribuir entre as partes (concedente e superficiário) o ônus tributário na medida do grau de utilidade do imóvel para cada.

Eis o que dispôs, nesse sentido, o enunciado nº 94 (o qual dar uma interpretação ao artigo 1.371 do Código Civil), da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal^[1], realizada em setembro de 2002, aduzindo a possibilidade de as partes transigirem a respeito da responsabilidade tributária:

I Jornada de Direito Civil, Enunciado 94:

94 - Art. 1.371 As partes têm plena liberdade para deliberar, no contrato respectivo, sobre o rateio dos encargos e

tributos que incidirão sobre a área objeto da concessão do direito de superfície.

Em outra análise, Andrade (2009, p.152) dispõe:

A análise dos artigos 21 § 3º, do Estatuto da Cidade, e 1.371 do Código Civil, com referência à distribuição de encargos e tributos, não revela discrepância de monta. O código Civil dispõe que o superficiário responderá pelo encargos e tributos que incidirem sobre o imóvel. Ora, o imóvel compõe as duas propriedades, a do solo e a da superfície. O limite da responsabilização do superficiário está correto, porque além de proprietário das construções e plantações, ocupa o solo utilizando-o. O Estatuto da Cidade não se refere a imóvel, estabelecendo as diferenças das propriedades, que formam o seu conjunto ao mencionar a superficiária e a do solo. Pela redação de seu texto, o superficiário responde pelos encargos e tributos referentes à propriedade superficiária, e, proporcionalmente à sua ocupação, ou melhor, ao seu uso efetivo da área, na pressuposição de que parte dela poderá permanecer sob utilização do proprietário do solo. Forçosamente, a posição adotada no Código Civil chega ao mesmo parâmetro. A parte do imóvel pela qual o superficiário é responsável com relação aos encargos e tributos é a construção ou plantação e a área do solo ocupada, nas dimensões estabelecidas no contrato de concessão. Só nos resta convir que há consonância entre essas normas.

Conclui-se que, derivada de negócio jurídico, a superfície também gera obrigações a seu titular. Porém, não é um dever absoluto, acarretado pelo simples fato da realização da negociação, pois a regra que decorre do art. 1.371 do Código Civil, como já vimos, não é absoluta, podem as partes atribuir tal dever ao proprietário do solo.

O enunciado 94 veio clarear a redação do artigo 1.371 do Código Civil, que poderia ter sido mais bem redigido, já que a expressão “imóvel” não define a extensão – se o todo ou apenas a parte superficiária. No caso de somente parte do imóvel ser objeto da superfície, cada titular deve suportar os respectivos ônus, conforme disposto no artigo 21, parágrafo terceiro, do Estatuto da Cidade.

No direito real de superfície, existem dois detentores de direitos reais: o superficiário e o fundiário, este sobre o solo e o outro sobre as edificações ou plantações.

Tramitou na Justiça de Minas Gerais sob o Processo nº 1.0704.01.000988-1002, ação em que foi discutido o desmembramento de uma propriedade, decorrente de uma arrematação. Segue trecho do acórdão:

É princípio básico de direito que o acessório segue o principal, ressalvadas situações excepcionais previstas em lei, tal como exemplo o direito de superfície disciplinado pelo Novo Código Civil, o que também dá guarida ao pedido de restituição, vez que provada a arrematação do principal, cujo auto expressamente relaciona algumas das benfeitorias objeto do litígio.

No caso concreto, o Tribunal entendeu que o terreno arrematado não engloba as acessões (caixa d'água, plantação de eucaliptos) que ali foram feitas por terceiros, tendo como respaldo para a decisão o disposto no direito de superfície, que permite àqueles que investiram seus recursos exigir que essas acessões lhes sejam restituídas em separado do solo e das demais acessões do terreno, conforme ementa:

Ao exposto, ACOLHO os embargos e, em decorrência da omissão apontada, que reconheço presente, imprimo-lhe efeitos infringentes, para, reformulado o julgamento, dar parcial provimento ao recurso, determinando a restituição dos bens arrolados no auto de arrematação.

Muito embora no direito brasileiro vigore o princípio de que “o acessório segue o principal”, existem, excepcionalmente, situações jurídicas em que tal princípio não se aplica, como no direito de superfície, caso em que o superficiário detém o domínio das acessões, enquanto o fundiário é o proprietário do solo.

5.2 ITBI/ ITCMD

No direito tributário, elencam-se os impostos que têm como fato gerador a transferência da propriedade: o ITBI, Imposto de Transmissão de Bens Imóveis – de competência municipal –, e o ITCMD, Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação – de competência estadual –, conforme definições e peculiaridades de cada um.

É sabido que, no contrato de superfície, há a transferência para o superficiário do chamado “domínio útil” do terreno, que permite ao contratante usar, gozar, reivindicar a coisa, além da possibilidade de alienar seus direitos, restando ao proprietário o “domínio direto”, que, por sua vez, seria o possuidor indireto e o real proprietário do imóvel, perdendo, no entanto, o poder de uso sobre seu imóvel enquanto perdurar o direito do superficiário.

Em todos os casos, o contrato do direito de superfície, que pode abranger a totalidade ou parte ideal do imóvel será sempre registrado em escritura pública, com a devida averbação na matrícula do imóvel, o que gera a necessidade do recolhimento do ITBI ou ITCD, incidindo o primeiro no caso de uma transação ser onerosa e o segundo no caso de transação de natureza gratuita. Quanto ao prazo, poderá ser por tempo determinado ou indeterminado, porém não perpétuo.

De regra, caberá ao superficiário a responsabilidade pelo pagamento dos tributos e encargos incidentes sobre o imóvel, observado o disposto na legislação.

Portanto, conforme já explicitado, o negócio jurídico do direito de superfície deve se revestir de toda a forma legal aplicada aos tradicionais contratos de compra e venda, ou seja, é precedente de escritura e registro. Tal fato gera, portanto, a incidência do ITBI se a transferência for onerosa ou do ITCD se a transferência for gratuita, calculados sempre sobre o valor do negócio.

Muitas causas já tramitam nos tribunais superiores no que se refere aos tributos relacionados ao direito de superfície, algumas das quais mencionaremos:

Na Apelação Cível Nº 70062186994, da Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, tendo como Relatora Marilene Bonzanini, Julgado em (14/11/2014), determinada empresa ingressou com uma ação ordinária contra o Estado do Rio Grande do Sul pela cobrança de ITCD de uma extinção de direito de superfície, negócio celebrado entre a empresa demandante e um particular, alegando, além da inexistência de fato gerador, também o prazo decadencial. Por fim, foi proferida a sentença pela improcedência do pedido da autora.

Inconformada, a autora impetrou Recurso de Apelação, defendendo que o referido instituto não pode ser enquadrado como direito real e de posse, sendo impossível considerá-lo como fato gerador do ITCD; alega que a extinção do contrato de cessão do direito de superfície é automática e não constitui novo fato gerador tributável e sustenta a decadência do direito da Fazenda Estadual em efetuar a cobrança do ITCD.

O Egrégio Tribunal conheceu do Recurso da Apelação, porém não pelos motivos expostos, mas exclusivamente pela não configuração do fato gerador de ITCD, sendo ele hipótese de incidência apenas na transação de bens móveis e imóveis por morte ou doação do titular e que, por conseguinte, o caso em tela consiste em fato gerador de ITBI, imposto de competência municipal.

Sobre a égide dos argumentos do Egrégio Tribunal, teceremos alguns comentários sobre as circunstanciais diferenças entre os dois impostos.

O ITCMD (Art. 155, I, CF) tem por grande característica a gratuidade (transmissão não onerosa), ou seja, uma transmissão gratuita ou doação de qualquer bem ou direito que pode acontecer em decorrência do falecimento – chamada de *causa mortis*– ou então por meio de doação *inter vivos*.

Já o ITBI (Art.156, II, CF), não incide sobre qualquer bem ou direito, mas somente sobre bens imóveis, sendo as transmissões de caráter oneroso excluindo-se a sucessão.

Quanto às hipóteses possíveis de desencadear a ocorrência do fato gerador do ITBI, forçoso é buscar embasamento na legislação de direito privado (Código Civil), principalmente no artigo 1.225 (Lei nº 10.406, CC/2002), o qual diz serem “direitos reais”:

*I - a propriedade; **II - a superfície**; III - as servidões; IV - o usufruto; VI - a habitação; VII - o direito do promitente comprador do imóvel; VIII - o penhor; IX - a hipoteca; X - a anticrese. XI - a concessão de uso especial para fins de moradia; XII - a concessão de direito real de uso.*

O contrato de superfície há de ser realizado obrigatoriamente através de escritura pública e registrado no registro de imóveis competente; por sua vez, sua extinção deve ser averbada à margem da matrícula do imóvel. Ambas as operações envolvem custos, portanto, é possível a interpretação de caracterização nas duas situações do fato gerador de um dos impostos: ITBI ou ITCMD.

A concessão da superfície, como já conhecido o direito real de que trata o inciso II, do art. 1.225 do Código Civil brasileiro, é fato gerador da DOI, Declaração sobre Operações Imobiliárias (DOI) porque encerra a ideia de alienação de direito sobre imóvel. A transmissão da superfície, por ato de concessão realizado pelo proprietário do imóvel, ou por ato de transferência “inter vivos”, já que é direito transmissível a terceiros pelo superficiário, ou, ainda, por ato de

transferência “causa mortis”, já que é direito pertencente ao acervo hereditário da pessoa falecida, pode ocorrer a título gratuito ou oneroso. Por caracterizar a transmissão de direito sobre imóvel, a superfície pode ser, ainda, fato gerador dos tributos ITBI ou ITCD, a depender da legislação municipal ou estadual, respectivamente, de situação do imóvel. E se a parte transmitente (proprietário ou superficiário) for empresa, nos termos do Regulamento da Previdência Social – RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99, ser-lhe-á exigível, como condição para a prática do ato notarial, a comprovação de inexistência de débitos relativos às contribuições destinadas à manutenção da seguridade social feita por meio da apresentação das Certidões Específica e Conjunta, nos termos da Lei nº 8.212/91 e de seu decreto regulamentador. (HERACE FILHO, 2015, p. 18-19).

Em um Recurso de Apelação no Município de São Paulo, nº 0186585-25.2007.8.26.0000, o Apelante contesta a decisão de primeiro grau por ter sido negado provimento ao Recurso de Mandado de Segurança, sob a égide de violação de direito líquido e certo, em razão da exigência do ITBI ao ensejo do registro de escritura de constituição de direito real de superfície, firmado entre as partes interessadas, sustentando-se ainda que a exigência viola o dispositivo no art. 150, IV, da Constituição Federal, o qual veda o confisco, enfatizando a ilegalidade da lei municipal utilizada para impedir o registro sem o recolhimento do aludido tributo.

A Apelação, no entanto, não logrou êxito, tendo sido entendido pelo Tribunal competente que o magistrado prolator da sentença agiu com acerto ao denegar a segurança, uma vez que não se vislumbrou a violação de direito líquido e certo, negando, portanto, provimento ao Recurso de Apelação, tendo sido entendido por àquele tribunal a existência do fato gerador do ITBI.

Cabe observar que o entendimento do Egrégio Tribunal têm como pilar o ordenamento jurídico do aludido direito de superfície, que o define como um direito real, inegável por conseguinte, que, com o advento do [Novo Código Civil](#), o direito real de superfície que figura no rol exaustivo do art. [1.225](#) (inciso II) é fato gerador do ITBI. E ainda, segundo disciplina o art. [1.369](#) do [Código Civil](#), o direito de superfície somente se constitui por escritura pública devidamente registrada no cartório de registro de imóveis.

No mesmo sentido, o art. [21](#) da Lei nº10.257/2001 ([Estatuto da Cidade](#)) prescreve que “[...] o proprietário urbano poderá conceder a outrem o direito de superfície do seu terreno, por tempo determinado ou indeterminado, mediante escritura pública registrada no cartório de registro de imóveis.” (BRASIL, 2001). Consubstancia-se, pois, que inegavelmente incide o imposto sobre a transação envolvendo o direito de superfície, seja ele municipal, seja ele estadual.

Sob a égide dos Tribunais, outro julgado trata do tema:

No Tribunal de Justiça de São Paulo transitou o processo de nº 623.0975/4-01, cujo julgamento ocorreu em 2007 tendo como relator Geraldo Xavier, que versa sobre um mandado de segurança impetrado contra a cobrança do ITBI, bem como sobre a inadequação da base de cálculo do tributo, não logrando êxito em sua demanda, segue trecho do acórdão:

[...] exigência de pagamento do imposto, contra a qual se volta o mandado de segurança, não foi feita por ocasião da lavratura, mas sim do registro da escritura de aquisição do direito de superfície. A exação foi formulada corretamente, quando surgiu o fato gerador do tributo (registro da escritura). Assim, ausente “fumus boni juris”. Posto isso, rejeitam-se os embargos.

Tal decisão reforça que o direito real de superfície tem seu surgimento somente após o ato que transcreve a escritura pública devidamente lavrada no Cartório de Registro de Imóveis, ocorrendo neste momento o fato gerador da obrigação tributária de pagar o imposto de transmissão de bens imóveis, estando

claro o posicionamento do Tribunal com relação ao surgimento de um novo domínio sobre o imóvel concomitantemente com a propriedade do solo, através da constituição da superfície.

É importante frisar alguns pontos constantes no modelo de escritura do direito de superfície, destacando-se os mais importantes:

- a) construir nos termos do memorial descritivo, no prazo estipulado;
- b) zelar pela construção erigida;
- c) pagar ao concedente o valor anual, reajustado pelo índice mencionado;
- d) pagar o IPTU e todas as taxas incidentes sobre o imóvel objeto da escritura;
- e) utilizar o imóvel somente para o objetivo pretendido, podendo locá-lo, desde que no dia da extinção desta superfície devolva ao concedente completamente desocupado;
- f) permitir que o concedente vistorie o imóvel sempre que desejar, mediante prévio aviso de 5 (cinco) dias;
- g) devolver o imóvel rigorosamente no prazo acordado, com todas as acessões e benfeitorias erigidas.

Fica clara diante do exposto que a concessão da superfície, reconhecida um direito real, é fato gerador dos tributos ITBI ou ITCD, a depender da legislação municipal ou estadual, respectivamente.

Nos contratos de direito de superfície com prazo determinado, haverá o exaurimento do negócio jurídico, cessada a produção dos seus efeitos, através da extinção interna, tendo porém outros meios de extinção, as chamadas causas externas.

Segundo ANDRADE (2009, pg 159), para exposição mais adequada foram consideradas as causas internas à extinção, como aquelas que, necessariamente, estão no contrato e outras que, normalmente, vêm abrigadas na lei. Daí a divisão temática, agora, proposta. As causas internas abrangem o termo contratual, a destinação diversa dada à superfície, em confronto com a prevista na avença, e o

descumprimento das obrigações ajustadas. Como causas externas foram priorizadas a desapropriação, a renúncia, a confusão, o distrato, o perecimento do objeto do direito real da superfície, a decadência e a prescrição, reservada ainda observação sobre o abandono e o não uso da coisa superficiária.

Haverá portanto a incidência do imposto de transmissão nos casos de extinção? Vejamos, Seja qual for o motivo da extinção ou termo do respectivo contrato, uma vez extinta a concessão, o proprietário passa a ter a propriedade plena sobre o terreno, construção ou plantação. Portanto, partindo da premissa de que, como na constituição, na extinção do direito de superfície também ocorre a lavratura de escritura pública e posterior registro imobiliário, é possível afirmar que ocorrerá o fato gerador da obrigação tributária do imposto de transmissão.

Qualquer município poderá cobrar os tributos do instituto em questão, ou precisará de lei específica para tal prática?

Neste sentido disserta Luís Alberto Garcia de Sousa:

...]Cabe consignar, inicialmente, que não é certo, a rigor, que os Municípios já possam, hoje, exigir o ITBI nos negóciossuperficiais que venham a ser concretizados. O óbice à cobrança decorreria do fato de que, sendo ainda muito recente a introdução deste novo direito real no ordenamento jurídico brasileiro, certamente poucas terão sido as legislações tributárias municipais já “adaptadas” ao novo instituto. Daí porque, em princípio, os Municípios só estariam autorizados a exigir o imposto sobre as concessões de direito de superfície a partir do momento em que suas leis ordinárias contemplassem, especificamente, esta nova fattispécie.http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistapro/revproc2002/arti_luizgarcia.pdf

Assim, conclui-se que é indiscutível a ocorrência do fato gerador do ITBI na constituição do Direito de Superfície, vislumbrando-se no entanto, a arguição ao Poder Judiciário sobre a exigência de lei municipal específica para a sua exação, tendo em vista que a maioria das leis englobam o assunto apenas de forma genérica quanto aos direitos reais, que à época de sua edição nem sequer existia

ainda o referido instituto em estudo, sendo necessária norma regulamentando o fato gerador (se a extinção ou somente a transmissão da superfície), a base de cálculo e a alíquota, para que se caracterize por completo a obrigação tributária;

Segundo ainda Luis Alberto Garcia de Sousa, se “vier a prevalecer a disciplina do ITBI, tal como hoje está posta— seja por aplicação direta das leis em vigor, seja pela edição de novas leis que estendam tal regulação ao direito real de superfície —, situações manifestamente absurdas não de ocorrer. Dois exemplos ilustrarão a afirmação. O primeiro é o da concessão de direito de superfície sobre terrenos públicos, no âmbito de planos habitacionais para populações de baixa renda. Como não há isenção alguma prevista para esta hipótese específica, e tampouco sendo possível o emprego da analogia, o negócio superficiário sofreria um ônus adicional que, se não inviabilizasse, no mínimo desestimularia, e muito, a utilização deste novo instrumento.

O outro exemplo é o do direito de superfície constituído por prazo determinado, onerosamente, entre particulares, com cláusula de reversão da propriedade superficiária ao dominus soli, afinal, sem indenização. Neste caso, como é fácil perceber, o negócio, em sua dinâmica econômica, se assemelhará em tudo e por tudo a uma locação. Como já se viu acima, pode suceder que as partes, por conveniências suas, perfeitamente lícitas e morais, queiram se valer do direito de superfície, e não da locação. Poucos provavelmente, porém, se animarão a fazê-lo, já que teriam que arcar com um ônus duplo: pagariam o ITBI uma vez, na constituição do direito de superfície, e, findo o termo contratual, pagariam outra vez, desta feita em razão da extinção da superfície. O custo financeiro, por evidente, seria tão pesado que as partes certamente desistiriam do negócio superficiário.”

6CONCLUSÃO

Podemos concluir, em síntese, que o direito de superfície é um direito real autônomo; e que, indiscutivelmente, por tratar-se de um instrumento novo, se corretamente utilizado, pode trazer importantes mudanças no relacionamento entre os proprietários de terrenos urbanos ou rurais e aqueles que deles pretendem se utilizar, ocorrendo apenas a transmissão da posse temporária da superfície, continuando a propriedade do solo pertencendo ao fundeiro ou cessionário.

Observam-se divergências entre os dois diplomas legais, o Estatuto da Cidade e o Código Civil, sob diversos ângulos, como localização, aspecto temporal do contrato, abrangência do objeto da concessão, causas de extinção, entre outras. No entanto, apesar das discrepâncias não se mostrarem tão acentuadas a ponto de incompatibilizar a aplicação das duas legislações concomitantemente, suas particularidades são suficientes para que sejam suscitadas dúvidas sobre sua aplicação. Portanto, em sua essência, o direito de superfície é análogo, no que concerne a sua filosofia e estrutura e conflitante em seu aspecto físico e temporal, cabendo, pois, ao aplicador do direito buscar harmonia e integração dos dois textos legais, visto que há detalhes que não se identificam.

É possível abstrair que as duas leis coexistem com aplicação subsidiária do Código Civil em relação ao Estatuto da Cidade.

Quanto ao objeto, a doutrina majoritária se posiciona no sentido de que o direito de superfície somente pode ser constituído tendo como objeto um terreno, pois este termo é claramente explicitado pelo legislador.

No que se refere ao aspecto tributário por ocasião da introdução do direito de superfície no nosso ordenamento jurídico, surgiu a questão sobre a necessidade de leis tributárias específicas para a cobrança dos impostos sobre a sua transmissão, uma vez que, quando da promulgação da Constituição Federal e das leis municipais que lhe seguiram, não existia esse direito. São recomendáveis, portanto, leis e regulamentos que estabeleçam critérios necessários para a cobrança dos impostos, em especial, os relativos à definição do sujeito passivo e à apuração da base de cálculo.

A passos crescentes têm aumentado as discussões judiciais no âmbito tributário. Tratando-se, como visto, de direito real passível de ser transmitido, a concessão de direito de superfície se enquadra no fato eleito pela Constituição Federal como passível de ser objeto de norma de incidência tributária de competência dos Municípios ou dos Estados conforme o previsto em seus artigos 155 e 156 respectivamente.

Não se objetivou aqui, tampouco seria possível, o esgotamento do tema, procurou-se o enfoque da compreensão de pontos de vistas conflitantes na esfera das duas legislações e a cobrança dos tributos incidentes. Destarte, diante

desta problematização e diante da omissão do legislador em indicar expressamente o sujeito passivo decorrente do contrato do direito de superfície bem como a sua real base de cálculo, não paira dúvidas de que, ainda será matéria de grandes discussões jurisprudenciais, posto que, fica evidente a lacuna sobre elementos de sua hipótese de incidência, a correta composição da base de cálculo imponível, bem como a discussão sobre a necessidade de lei específica.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, M. V. **Superfície à Luz do Código Civil e do Estatuto da Cidade**. Curitiba: Juruá Editora, 2009.

ASCENSÃO, J. O. **Direito civil: reais**. 5.ed. Coimbra: Coimbra, 1993.

BRASIL. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 10 jul. 2001. Disponível em: . Acesso em: 07 março 2016.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 2002. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 10 jan. 2002. Disponível em: . Acesso em: 07março 2016

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Direito das Coisas. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FIUZA, C. **Direito Civil**– Atualidades. Belo horizonte: Del Rey, 2003.

HERANCE FILHO, A Declarações sobre operações imobiliárias (DOI): direito de superfície. **Jornal do Notário**, São Paulo, 18, jan./fev., p. ??-??, 2015.

LOUREIRO, L. G. **Registros Públicos**. São Paulo: Método, 2002.

REZENDE, É. N. **Direito de Superfície**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

ROSENVALD, N. **Direitos reais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2006.

TEIXEIRA, J. G. B. **O Direito Real de Superfície**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

VENOSA, S. S. **Direito Civil**. São Paulo: Método, 2011.

http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2002/arti_luizgarci_a.pdf acessado em 20 julho 2016

NOTAS:

^[1]As Jornadas de Direito Civil são uma realização do Conselho da Justiça Federal (CJF) e do Centro de Estudos Jurídicos (CEJ). Nessas jornadas, compostas por especialistas e convidados do mais notório saber jurídico, são elaborados enunciados de direito civil, baseados sempre no Novo Código Civil, que buscam uma melhor interpretação de seus dispositivos.

AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO ABANDONO AFETIVO PATERNAL

CARLOS HENRIQUE ROSA DOS SANTOS:

Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Alagoas- UFAL em 2014; Bacharel em Segurança Pública pela Academia de Polícia Militar Senador Arnon de Melo em 2008; Especialista em Direitos Humanos pela Polícia Militar do Estado de Alagoas em 2012 e Pós Graduação em Direito Processual Penal e Legislação Penal pela Universidade Candido Mendes em 2017.

RESUMO: A falta da figura do pai no grupo familiar faz com que a criança perca uma referência imprescindível para o seu desenvolvimento. Exemplo de força e liderança perante a família, o pai é extremamente importante para o desenvolvimento sociológico do menor. A justiça brasileira, diante da ausência do pai na família, impõe o pagamento de uma pensão mensal, enquanto o menor estiver em desenvolvimento, com o fito de compensar o abandono e proporcionar ao filho o suporte necessário ao seu crescimento. Porém, percebe-se que apenas o pagamento de pensão não é o suficiente para compensar a ausência de um pai durante a vida, fazendo com que as indenizações comecem a surgir no cenário nacional com o objetivo de reparar os danos morais sofridos pelos filhos em decorrência do abandono afetivo parental. As formas e os conceitos de abandono afetivo e suas consequências jurídicas serão o cerne desse artigo.

Palavras-chave: Criança. Abandono. Paternal.

ABSTRACT: The lack of the father figure in the family group causes the child to lose an essential reference for its development. An example of strength and leadership towards the family, the father is extremely important for the sociological development of the child. The Brazilian court, in the face of the absence of the father in the family, imposes the payment of a monthly pension, while the minor is in development, in order to compensate for the abandonment and provide the child with the necessary support for their growth. However, it is noticed that only the pension payment is not enough to compensate for the absence of a father during the life, causing that the indemnifications begin to appear in the national scene with the objective of repairing the moral damages

suffered by the children as a result Of parental affective abandonment. The forms and concepts of affective abandonment and their legal consequences will be at the heart of this article.

Keywords: Child. Abandonment Paternal

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. As consequências jurídicas do abandono afetivo paternal. 3. A indenização como forma de compensação do abandono afetivo familiar. 4. Os entendimentos jurisprudenciais acerca do abandono afetivo paternal. 5. Considerações finais. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A família é a instituição mais sólida de uma sociedade. É no seio familiar que são introduzidos os primeiros princípios para uma vida em sociedade. A figura dos pais é imprescindível para o crescimento saudável e equilibrado de qualquer indivíduo.

O artigo 227 da Constituição Federal de 1988, disciplina que:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com **absoluta prioridade**, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (grifo nosso).

De modo semelhante, o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece em seu artigo 3º que:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as

oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Parágrafo único. Os direitos enunciados nesta Lei aplicam-se a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem.

A necessidade de guarda familiar pelos pais também se encontra disponível no artigo 1.631, que dispõe:

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

I- dirigir-lhes a criação e a educação;

Acontece que em várias famílias, a falta de um dos pais é constante, seja por motivo de morte, ou por motivos de abandono deste perante aquele filho, ficando este numa situação de extrema falta de apoio, seja financeira ou afetiva.

Hoje, o direito de família criou mecanismos suficientes para que a criança não fique desamparada financeiramente, tendo este ramo do direito em muito evoluído na busca de sua efetivação e garantias. Não são raros os casos de prestação de caráter alimentício pagos pelos pais aos seus filhos, recaindo até, em casos de indisponibilidade de recursos do genitor, a seus avós e tios. Deve-se observar que hoje, no ordenamento jurídico pátrio atual, apenas a prisão por falta de pagamentos alimentícios é executada na esfera cível.

Diante de tais medidas, percebe-se que no lado financeiro, em muito evoluiu o direito de família para cobrar do pai, o que é de direito do filho, qual seja, o cumprimento integral de suas obrigações, observadas as possibilidades

financeiras do genitor. Porém, outro viés vem ganhando seu espaço nas discussões tanto na doutrina, quanto na jurisprudência nacional, de modo que tal tema vem tornando-se o cerne em diversos debates jurídicos, que nada mais é do que a possibilidade do pai que abandona seu filho afetivamente, não cumprindo com a sua obrigação social de educar e estar presente em sua vida como um todo, ser responsabilizado por tal ato, devendo indenizar ou cumprir de alguma maneira este papel.

O presente artigo visa apresentar este embate de uma maneira geral, abrindo espaço para a doutrina e para os novos posicionamentos jurisprudenciais a cerca do tema, abrangendo os limites do que vem a ser abandono afetivo paternal, a evolução histórica das prestações alimentícias na lei e na jurisprudência e, por fim, apresentar quais as perspectivas futuras que se pode observar sobre o tema.

É de extrema importância que haja esse debate no direito atual, pois cada vez mais se percebe que apenas imputar um pagamento mensal das despesas do filho não é o necessário para o seu fiel desenvolvimento como ser humano em sociedade. Não há como se eximir das obrigações afetivas valendo-se apenas do caráter financeiro. Deve o genitor cumprir também com a presença em todas as fases do desenvolvimento da criança.

Vale lembrar que o outro genitor, em regra a mãe, torna-se responsável pela execução dos papéis de pai e mãe, além de ter, na grande maioria dos casos, a obrigação também de trabalhar para garantir a outra parte dos gastos do filho, além dos seus, sendo extremamente incoerente e injusto que apenas ela tenha a obrigação de manter a saúde, segurança e educação de seu filho. Portanto, não há como mensurar a importância deste tema para várias famílias brasileiras, fazendo com que o direito de família busque, o mais próximo possível, de sua real função, que nada mais é do que a efetiva evolução de seus pares para a vida em sociedade. Ressalte-se que já há em nossa jurisprudência, julgados que corroboram com o entendimento explicitado neste trabalho, tornando-se um caminho sem volta, em busca da real justiça.

2. AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO ABANDONO AFETIVO PATERNAL

Com a evolução dos direitos de terceira geração, a noção da família como responsável inicial pelo desenvolvimento completo do cidadão ganha contornos jurídicos, de modo que valores inerentes ao crescimento de uma criança saudável vem sendo tratado como uma questão de direito, cabendo, em caso de abandono ou demais maus tratos, reparações financeiras.

A ideia central deste entendimento está balizada no conceito de que o dano cometido por um dos pais causa enormes transtornos psicológicos e de identidade no menor, fazendo com que seus ideais, valores e exemplos sejam distorcidos quando se comparam com crianças que tiveram uma estrutura familiar normal, tornando-os desiguais perante estes.

Por esses motivos, torna-se mais fácil identificar um indivíduo que cresceu sem o apoio, a cooperação, a dedicação e o amor comuns em uma família bem estruturada, principalmente pelo comportamento que a criança e/ou adolescente assume no meio social. Dessa forma, a assistência moral e afetiva representa importante valor para o adequado desenvolvimento do filho. Caso contrário, a sua ausência gera danos irreparáveis, capazes de comprometer toda existência do indivíduo. (PERSPECTIVA, p.20)

No entanto, a forte agressão causada pelo abandono afetivo se dá após muitos anos de sofrimento, quando o caráter do menor abandonado se forma como adulto. Nestes casos, percebe-se a forte tendência ao alcoolismo e as drogas.

Heloísa Szymanski (2000), aduz o forte trauma causado pelo abandono afetivo segundo a psicologia:

(...) Desde Freud, família e, em especial, a relação mãe-filho, têm aparecido como referencial explicativo para o desenvolvimento emocional da criança. A descoberta de que os anos iniciais de vida são cruciais para o desenvolvimento emocional posterior focalizou a família como o *locus* potencialmente produtor de pessoas

saudáveis, emocionalmente estáveis, felizes e equilibradas, ou como núcleo gerador de inseguranças, desequilíbrios e toda sorte de desvios de comportamento.

A doutrina também observa que frequentemente o pai não possui o animus de prejudicar ou atrapalhar o desenvolvimento do menor. Muitas vezes, o pai se afasta do núcleo familiar sem, contudo, perceber que tal distanciamento causa graves danos a criança / adolescente.

Existem diversos fatores que contribuem com esse fenômeno social, como, por exemplo, o excesso de trabalho, a mudança de domicílio ou, como normalmente acontece, o desentendimento com a mãe do menor ou com a sua família, fazendo com que tal situação repercuta em sua relação com o filho.

Rolf Madaleno brilhantemente analisa a situação supracitada:

Foi-se o tempo dos equívocos das relações familiares gravitarem exclusivamente na autoridade do pai, como se ele estivesse acima do bem e do mal apenas por sua antiga função provedora, sem perceber que deve prover seus filhos muito mais carinho do que dinheiro, de bens e de vantagens patrimoniais. Têm os pais o dever expresso e a responsabilidade de obedecerem às determinações judiciais ordenadas no interesse do menor, como disto é exemplo o dever de convivência em visitação, que há muito deixou de ser mera faculdade do genitor não guardião, causando irreparáveis prejuízos de ordem moral e psicológica à prole, a irracional omissão dos pais. (MADALENO, 2007, p. 124).

Tais situações se intensificam quando o menor é dependente do pai no momento da separação, fazendo com que o sofrimento seja aguçado a cada dia/mês/ ano de abandono. Em razão disso, a doutrinadora Gisele Martorelli divulgou uma pesquisa realizada nos Estados Unidos, na qual retrata as reais consequências do abandono afetivo paternal:

Meninas sem um pai nas suas vidas têm 2,5 vezes mais propensão a engravidarem na adolescência e 53% mais chances de cometerem suicídio. Meninos sem um pai nas suas vidas têm 63% mais chances de fugirem de casa e 37% mais chances de utilizarem drogas. Meninos e meninas sem pai têm duas vezes mais chances de acabarem na cadeia e aproximadamente quatro vezes mais chances de necessitarem de cuidados profissionais para problemas emocionais ou de comportamento (MARTORELLI, 2004).

Deste modo, não há como negar que tal abandono além de ser um problema familiar, se envereda para um problema social, que deve ser combatido, debatido e encarado pela sociedade de maneira séria.

O desenvolvimento familiar depende muito da visão que cada menor possui da sociedade, sendo seus familiares, e os pais em primeiro lugar, os principais exemplos da formação do caráter do cidadão.

Por fim, cabe destacar as brilhantes colocações do magistrado Dr. Mário Romano Maggioni, dando provimento a uma ação na qual se pleiteou o direito a uma indenização no caso de abandono afetivo paternal. Segundo o excelentíssimo juiz:

A função paterna abrange amar os filhos. Portanto, não basta ser pai biológico ou prestar alimentos ao filho. O sustento é apenas uma das parcelas da paternidade. É preciso ser pai na amplitude legal (sustento, guarda e educação). Quando o legislador atribuiu aos pais a função de educar os filhos, resta evidente que aos pais incumbe amar os filhos. Pai que não ama filho está não apenas desrespeitando função de ordem moral, mas principalmente de ordem legal, pois não está bem educando seu filho. (...) Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos (artigo 22, da lei nº 8.069/90). A educação abrange não somente a escolaridade, mas também a convivência familiar, o afeto,

amor, carinho, ir ao parque, jogar futebol, brincar, passear, visitar, estabelecer paradigmas, criar condições para que a presença do pai ajude no desenvolvimento da criança. (...)"É menos aviltante, com certeza, ao ser humano dizer 'fui indevidamente incluído no SPC' a dizer 'fui indevidamente rejeitado por meu pai.

Portanto, torna-se cada vez mais necessário que o poder judiciário volte seus olhos para este problema social.

3. A INDENIZAÇÃO COMO FORMA DE COMPENSAÇÃO DO ABANDONO AFETIVO FAMILIAR

A indenização é encarada no direito brasileiro como uma forma de reparação de danos, de caráter punitivo e educativo, buscando fazer com que o agressor/agente do ato danoso seja responsável pela ação/omissão cometida. Porém, sabe-se que a utilização da indenização como forma de reparação de danos deve ser vista de maneira criteriosa. A indenização teria o poder de restabelecer os fatos? Poderia a aplicação de uma indenização restaurar o amor de um pai ao seu filho? Obviamente, a resposta é não. Não há compensação financeira que faça com que os traumas afetivos sejam restaurados.

Por isso, deve o operador do direito observar as condições nas quais estão a lesão pela ausência do integrante do grupo familiar. Caso ainda seja possível a reaproximação, é necessário que a reparação seja de modo afetivo, com o pai convivendo com seu filho, mesmo que apenas aos fins de semana. Porém, caso não seja mais possível a integração do abandonante, necessário se faz uma reparação punitiva e educativa.

O dano é ainda considerado como moral quando os efeitos da ação, embora não repercutam na órbita de seu patrimônio material, originam angústia, dor, sofrimento, tristeza ou humilhação à vítima, trazendo-lhe sensações e emoções negativas. Neste último caso, diz-se necessário, outrossim, que o constrangimento, a tristeza, a humilhação, sejam intensos a ponto de poderem facilmente distinguir-se dos aborrecimentos e dissabores

do dia-a-dia, situações comuns a que todos se sujeitam, como aspectos normais da vida cotidiana (PEREIRA, 2012, p.8).

Em vários casos, não há mais volta, sendo certo que o dano já está configurado. Nesse contexto, a justiça busca maneiras de apaziguar a situação, fazendo com que haja a responsabilidade civil do pai no abandono do menor.

O sofrimento psicológico não se estancará com a moeda corrente. Portanto, a função do dinheiro no âmbito do dano moral é configurada de forma derivada, ou seja, a quantia estabelecida como referência não esta direcionada ao pagamento da dor ou do sofrimento experimentado. A sua importância maior está exatamente no lado contrário ao da vítima, ou seja, o ofendido. Ele é a principal razão para a aplicação da quantia em pecúnia quando se fala em dano moral. (RESEDÁ, p.180)

Segundo Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2010) “O pressuposto do dever de indenizar é a existência de uma relação paterno-filial, ou seja, o pai ou mãe deve saber da existência do filho. O abandono pode ocorrer tanto por pais que se encontram presentes, quanto por aqueles ausentes”. O dano, a culpa e o nexo de causalidade, segundo os doutrinadores que defendem a tese, estão presentes no abandono, de titularidade do ofendido, sendo o mesmo maior após o fim do vínculo afetivo.

Nas lições de Bittar, a respeito do surgimento do dano na esfera cível:

Havendo dano, produzido injustamente na esfera alheia, surge a necessidade de reparação, como imposição natural da vida em sociedade e, exatamente, para a sua própria existência e o desenvolvimento normal das potencialidades de cada ente personalizado. É que investidas ilícitas ou antijurídicas no circuito de bens ou de valores alheios perturbam o fluxo tranquilo das relações sociais, exigindo, em contraponto, as reações

que o Direito engendra e formula para a restauração do equilíbrio.

A culpa, seguindo os entendimentos da tese, está presente na atitude negligente ou imprudente do pai, que ao abandonar seu filho, torna-se responsável direto pelo abalo psicológico. O nexo de causalidade, por sua vez, demonstra que o abandono se deu em decorrência do afastamento do pai da convivência familiar, de maneira culposa, renunciando seu papel na criação do menor, gerando assim, o abalo psicológico necessário para a arbitragem de uma indenização pecuniária.

Rodrigo da Cunha Pereira (2008) resume posicionando-se no sentido de que "como não é possível obrigar ninguém a dar afeto, a única sanção possível é a reparatória. Não estabelecer tal sanção aos pais significa premiar a irresponsabilidade e o abandono paterno". Em sentido contrário a corrente ora apresentada, também encontram-se sociólogos e doutrinadores, defendendo a impossibilidade de aplicações pecuniárias na reparação do afeto.

Sérgio Resende de Barros aduz que "o afeto em si, não pode ser incluído no patrimônio moral de um ou de outro, de tal modo que da sua deterioração resulte a obrigação de indenizar o "prejudicado". Além do renomado doutrinador, existe ainda uma resistência na doutrina que entende não ser passível de indenização o abandono afetivo do genitor.

TJ-SC - Apelação Cível AC 292381 SC 2010.029238-1
(TJ-SC)

Data de publicação: 30/06/2010

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS EMORAIS. SUSCITADO CERCEAMENTO DE DEFESA ANTE O JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. PRETENDIDA PRODUÇÃO DE PROVA TESTEMUNHAL. DESNECESSIDADE. EXISTÊNCIA NOS AUTOS DE ELEMENTOS DE PROVA, ESPECIALMENTE DOCUMENTAL, SUFICIENTES À PLENA CONVICÇÃO DO JULGADOR. PRELIMINAR AFASTADA.

ALEGADO ABANDONO MATERIAL EAFETIVO DO GENITOR. RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE REALIZADO APENAS MEDIANTE AÇÃO JUDICIAL. REQUISITOS DO ART. 186 DO CÓDIGO CIVIL NÃO CONFIGURADOS. DEVER DE INDENIZAR INEXISTENTE. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. 1. É curial que a produção de provas (pericial e testemunhal) é dirigida ao juiz da causa e portanto, para a formação de seu convencimento. Logo, se este se sentir habilitado para julgar o processo, calcado nos elementos probantes já existente nos autos, pode, sintonizado com os princípios da persuasão racional e celeridade processual, desconsiderar o pleito de produção de tais provas, sem cometer qualquer ilegalidade ou cerceamento de defesa. 2. Os sentimentos compreendem a esfera mais íntima do ser humano e, para existirem, dependem de uma série de circunstâncias subjetivas. Portanto, o filho não pode obrigar o pai a nutrir amor e carinho por ele, e por este mesmo motivo, **não há fundamento para reparação pecuniária por abandono afetivo.** (grifo nosso)

TJ-RS - Apelação Cível AC 70064689896 RS (TJ-RS)

Data de publicação: 22/07/2015

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PRETENSÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO EXTRAPATRIMONIAL. ALEGAÇÃO DE ABANDONO AFETIVO. INEXISTÊNCIA DE ATO ILÍCITO APTO A ENSEJAR REPARAÇÃO CIVIL. 1. No direito de família, a reparação por danos extrapatrimoniais é, em tese, cabível, sendo imprescindível para tanto, porém, que haja a configuração de um ato ilícito praticado com culpa, a existência de um dano e a demonstração do nexo causal entre ambos, nos moldes do que preconiza os arts. 927 e 186 do Código Civil. 2. Embora seja plausível que a autora, que já contava 54 anos de idade à época do ajuizamento

da ação, tenha sofrido ao longo de sua vida pela ausência do pai biológico, esta situação não pode ser atribuída somente ao genitor, que apenas teve comprovado conhecimento acerca do possível vínculo biológico entre ambos - vínculo este cuja existência restou confirmada pelo resultado do exame de DNA realizado neste feito - pouco tempo antes da propositura da demanda, conforme narra a própria autora na petição inicial. O fato de o demandado ter referido, em seu depoimento, que ficou sabendo da existência de uma criança que havia sido abandonada pela mulher com quem havia se relacionado anteriormente não é capaz de configurar o abandono afetivo que respalda o pedido indenizatório deduzido pela autora, porquanto não há qualquer elemento probatório que indique que o demandado tivesse ciência, desde então, que aquela criança abandonada seria sua filha. 3. Não se enquadrando a... conduta do demandado no conceito jurídico de ato ilícito apto a gerar o dever de indenizar, não merece reparos a sentença que julgou improcedente o pedido de indenização por dano moral, decorrente de alegado abandono afetivo. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70064689896, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 16/07/2015).

Portanto, percebe-se que o tema ora tratado está longe de um alinhamento natural de ideias, levando a crer que teremos ainda longos debates, com os mais diversos entendimentos.

4. OS ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS ACERCA DO ABANDONO AFETIVO PATERNAL

Como dito anteriormente, com a evolução dos direitos de família, hoje podemos perceber diversas posições acerca deste tema, de modo que, cada vez mais, as concepções vão se aprofundando, tornando a temática ainda mais importante. A indenização pecuniária em decorrência do abandono afetivo

paternal, aos poucos vai sendo incorporada à atual jurisprudência, sendo cada vez mais utilizada no meio jurídico.

Os entendimentos são atuais e polêmicos, tendo que existir critérios minuciosos na hora de aplicar as teses ao caso concreto. Deve-se levar em consideração que as separações afetivas entre casais estão eivadas de bastante ódio, e com o ódio, acompanha-se a vingança, de modo que o magistrado, ao debruçar-se sobre a situação, deve estar atento a estes sentimentos.

Também se deve entender que não cabe ao poder judiciário coagir qualquer pessoa a ter o sentimento de pai, porém, aquele que se dispôs a fazê-lo e, estabelecendo os laços afetivos, o rompeu, sem qualquer justificativa, deve sim ser responsabilizado por tal ato. Havendo vínculo afetivo, deverá este desempenhar sua função de pai, cabendo a ele, em caso de rejeição, o dever de reparar.

Por óbvio que o Poder Judiciário não pode obrigar ninguém a ser pai. No entanto, aquele que optou por ser pai – e é o caso do autor – deve se desincumbir de sua função, sob pena de reparar os danos causados aos filhos. Nunca é demais salientar os inúmeros recursos para se evitar a paternidade (vasectomia, preservativos, etc.). Ou seja, aquele que não quer ser pai deve se precaver. Não se pode atribuir a terceiros a paternidade. Aquele, desprecavido, que deu origem ao filho deve assumir a função paterna não apenas no plano ideal, mas legalmente. Assim, não estamos diante de amores platônicos, mas sim de amor indispensável ao desenvolvimento da criança (TJ/ RS apud MELO, 2008, p. 8).

Deve-se ressaltar que a educação e o tratamento afetivo é obrigação dos pais, devendo ser entendido que o conceito de educação está além da escolaridade, sendo também incluído neste prisma os valores éticos e sociais adquiridos pela criança.

Nesta esteira, encontram-se vários julgados sobre o tema:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE.

1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família.

2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. [227](#) da [CF/88](#). 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia de cuidado, importa em vulneração da imposição legal, insurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes, por demandarem revolvimento de matéria fática, não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. Recurso Conhecido e Provido. 7. Votação Unânime.

A questão, como se pode imaginar, suscita diversos entendimentos, de modo que três correntes apresentam-se como as mais concretas, entendendo a primeira ser inviável qualquer indenização por danos morais em decorrência do abandono afetivo paternal, a segunda, entende que para que haja a necessidade

de reparação moral é imprescindível a existência de vínculo afetivo anterior ao abandono, de modo que caso não o tenha havido, impossível será qualquer reparação e, por fim, a corrente que entende o pai, por si só, já deve indenizar o filho em caso de abandono.

Apresentando a primeira corrente, entende-se que a aplicação de uma indenização como forma de reparação moral não torna eficaz a sua aplicação, de modo que condenar um pai por não amar o seu filho é algo extremamente além das possibilidades do poder judiciário, sendo ineficiente sua invasão à instituição familiar.

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS - ABANDONO AFETIVO REQUISITOS PARA RESPONSABILIDADE CIVIL - INEXISTÊNCIA - A responsabilidade civil assenta-se em três indissociáveis elementos, quais sejam: ato ilícito, dano e nexo causal, de modo que, não demonstrado algum deles, inviável se torna acolher qualquer pretensão ressarcitória. O abandono paterno atém-se, a meu ver, à esfera da moral, pois não se pode obrigar em última análise o pai a amar o filho. O laço sentimental é algo profundo e não será uma decisão judicial que irá mudar uma situação ou sanar eventuais deficiências. O dano moral decorre de situações especiais, que causam imensa dor, angústia ou vexame, não de aborrecimentos do cotidiano, que acontecem quando vemos frustradas as expectativas que temos em relação às pessoas que nos cercam.

APELAÇÃO CÍVEL nº 2007.001.63727/RJ Relator DES. JOSÉ C. FIGUEIREDO – DÉCIMA PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. RELAÇÃO DE AFETIVIDADE. AUSÊNCIA. DANO MORAL. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. Ninguém é obrigado a amar ou continuar amando outrem. Hipótese em que o filho postula a compensação por dano moral em face de seu pai ao argumento da falta de amor. Com a separação dos pais, a regra geral é a de que haja um natural

afastamento daquele que se ausentou do lar em relação aos filhos. Em casos tais, é mesmo comum a dificuldade de relacionamento entre ascendentes e descendentes, o que pode resultar em questões como as narradas nestes autos. Eventuais discórdias e mágoas recíprocas, além de outros infortúnios oriundos da conturbada relação, não podem ensejar a compensação pretendida. RECURSO PROVIDO.

Por outro lado, existem entendimentos no sentido de somente condenar o pai ao pagamento de uma indenização pecuniária em razão do abandono afetivo, nos casos em que esteja comprovada a existência de vínculo afetivo.

Não havendo qualquer aferição de afetividade entre pai e filho, não há o que se falar em abandono afetivo, pois, o cerne da questão está justamente no abandono afetivo, de modo que a rejeição do pai ao amor do filho enseja no pagamento da referida indenização.

Neste prima, diversos julgados corroboram com o entendimento ora afirmado:

[TJ-RJ - APELACAO APL 00013128420128190034 RJ 0001312-84.2012.8.19.0034 \(TJ-RJ\)](#)

Data de publicação: 21/01/2014

Ementa: "DIREITO DE FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO E MATERIAL. INDENIZAÇÃO. "Discute a demanda sobre a possibilidade do filho que não recebeu do pai biológico assistência material e afetiva receber a correspondente indenização. Toda indenização decorre de uma conduta geradora de dano. Dependendo da natureza da responsabilidade, exigir-se-á o elemento culposo ou não. No caso concreto, embora se trate de indenização que decorre de danos produzidos na esfera das relações familiares, não será diferente. Corretamente, o juiz a quo afastou o pedido de indenização material

porque, primeiramente, uma vez comprovada a paternidade, em havendo necessidade, restaria ao autor a ação de alimentos amparada pela relação parental. Não seria a indenizatória o meio mais propício na medida em que para a indenização haveria de ser comprovado o dano material. No que toca ao dano decorrente a falta de assistência moral e afetiva, o tema é complexo e gera polêmicas. O autor, somente após a maioridade civil, com quase 30 anos de idade, já plenamente formado, sem indicação de sequelas emocionais, resolveu buscar a verdade real sobre seus pais biológicos. O réu, pai biológico, só tomou conhecimento da possibilidade do autor vir a ser seu filho quando citado na ação investigatória. Se dano houvesse, somente após a confirmação da paternidade é que nasceria, em tese, o autor o direito do autor de pleitear do seu pai os cuidados e afetivos e materiais decorrentes da paternidade. Dos autos decorre que o autor pretende através da indenização por dano moral compensar-se pelo valor dos bens que, segundo informa, foram doados, por simulação, a terceiros (grifo nosso). Aqui o dano moral não existe in re ipsa e precisa ser provado. Eventuais prejuízos decorrentes de ações simuladas devem ser postulados no momento certo e pela via processual adequada. Recurso desprovido."

[TJ-RS - Apelação Cível AC 70063562151 RS \(TJ-RS\)](#)

Data de publicação: 26/06/2015

Ementa: APELAÇÃO

CÍVEL. ABANDONO AFETIVO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL À FILHA. DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DE ATO ILÍCITO ENSEJADOR DA INDENIZAÇÃO. AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO. 1. Não é conhecido o agravo retido, por não ter sido postulada sua apreciação ao ensejo da apelação. 2. No direito de família, o dano moral é, em tese,

cabível. No entanto, imprescindível que haja a configuração do ato ilícito. 3. É preciso distinguir duas situações possíveis. A primeira consiste em que, tendo o filho sido criado pelo genitor dentro de determinado padrão de afeto e cuidado, vem o casal a separar-se e, a partir daí, o pai se comporta como se a separação do casal conjugal significasse também o rompimento da relação parental (com os filhos). Nesse caso, é razoável que seja esse comportamento objeto de reparação por dano moral, porque houve um rompimento injustificável da relação pai-filho, que antes era consolidada. Na segunda hipótese, que é a dos autos, jamais houve qualquer relação afeto e cuidado por parte do genitor, que somente veio a ser declarado tal por decisão judicial, no bojo de uma ação investigatória. Neste contexto, não se justifica a imposição de reparação moral, porque jamais existiu um laço de cuidado e afeto entre pai e filho. E esse laço não pode ser imposto por decisão judicial (grifo nosso). NÃO CONHECERAM DO AGRAVO RETIDO. NEGARAM PROVIMENTO AO PRIMEIRO APELO E DERAM-NO AO SEGUNDO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70063562151, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz... Felipe Brasil Santos, Julgado em 18/06/2015).

Ilustrando o disposto acima, Pereira (2012) faz uma colocação pertinente sobre a imposição de uma indenização ao pai que abandona seu filho, aduzindo que:

Ademais, embora de fato o judiciário não possa obrigar um pai a amar seu filho, por outro norte, deve puni-lo por não ter participado de sua formação, pois, quando há o dever de agir, a omissão deve ser repreendida, sobremaneira quando dela resulta dano irreversível (PEREIRA, 2012, p. 73).

Tal entendimento possui hoje caráter majoritário, sendo diversas vezes utilizado pela doutrina nacional, tornando-se cada vez mais consolidado. Por fim, apresenta-se como terceira corrente, com menos eficácia, a possibilidade de indenização por danos morais em decorrência do abandono afetivo parental, mesmo nos casos em que não há um liame afetivo entre as partes, de modo que, a indenização deve ser aplicada pelo fato de que, por si só, o pai já é obrigado a fornecer todo o amparo devido a seu filho.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo tratou das consequências cíveis acerca do abandono afetivo paterno, levando em conta todos os aspectos sociais, inclusive a possibilidade de responsabilidade civil sobre o pai que abandona seu filho. Percebeu-se que os danos causados a estes filhos são extremamente nocivos a convivência social destes, de modo que o abandono afetivo pode trazer inúmeros traumas psicológicos e sociais.

O desenvolvimento social de um adulto passa pelos paradigmas adquiridos durante a vida, com seus familiares, amigos e demais pessoas que cruzam seu caminho ao longo da vida. Os pais, de certo modo, são os primeiros agentes da sociedade com que o menor convive diariamente, sendo eles os exemplos da criança, como profissional ou como integrante de um lar. Sendo assim, é necessário que haja uma integração afetiva entre estes, de modo que os filhos possam se espelhar nos pais e tê-los como exemplos a serem seguidos. Porém, quando o abandono é caracterizado, o forte abalo causado pela rejeição afetiva faz com que a criança perca um de seus exemplos de caráter.

Já é comprovado que a ausência de algum integrante do seio familiar gera danos a formação social do menor, de modo que a lacuna deixada por este abandono jamais será reparada. Sendo assim, o direito, como agente da justiça social, entendeu ser possível a transposição de conceitos do direito civil para o direito de família, de modo que o menor poderá ser ressarcido em caso de abandono afetivo parental.

É certo que este entendimento ainda ganha força na doutrina, mas sabe-se que sua incorporação gera bastante expectativa nos adeptos de sua teoria. Hoje, já existem julgados que condenam o pai que abandona seu filho a pagar

uma indenização pelos danos sofridos, pois imensurável e irreparável é uma ausência numa vida. Mas, para isso, necessário se faz a existência de um vínculo afetivo antes do abandono, para que a falta seja sentida.

Por fim, ressalte-se que não há nada mais importante para o desenvolvimento social de uma criança do que a presença de pai e mãe em sua vida, sendo a ausência de algum destes algo extremamente traumático para o menor.

6. REFERÊNCIAS

BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação Civil por Danos Morais*. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1993.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. *In: Vade Mecum* Saraiva. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Código Civil. *In: Vade Mecum* Saraiva. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. *In: Vade Mecum* Saraiva. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Disponível em : <http://www.iusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=abandono+afetivo+parental>. Acesso em 26. Mar. 2016.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos – além da obrigação legal de caráter material**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=289> Acesso em: 27 ago. 2010.

MADALENO, R. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MARTORELLI, G. **Guarda Compartilhada: uma necessidade imperiosa**. 2004. Disponível em: . Acesso em: 14 mai. 2016.

PEREIRA, E. K. G.. **A Precificação do Abandono Afetivo**. Visão Jurídica. São Paulo: Escala, n. 75, p. 66-75, 2012.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Nem só de pão vive o homem**: responsabilidade civil por abandono afetivo. 2008. (Disponível em [ade+civil+por+abandono+afetivo](#)>. Acesso em abr 2015.

SZYMANSKI, Heloisa. **A família contemporânea em debate: Teorias e “Teorias” de Famílias**. P. 23. 3ª edição, 2000.

WEISHAUP, G.C. SARTORI, G.L. **Rev. Perspectiva Erechim**. v. 38, n.142, p. 17-28. Erechim, jun. 2014.

CONVOCAÇÃO DO CONCURSO PÚBLICO: IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA OU DO GESTOR PÚBLICO?

LUCIANA VIRGÍLIA AMORIM DE SOUZA:

Graduada em Serviço Social pela Faculdade Dom Luiz de Orleans e Bragança/BA, Graduada em Letras Vernáculas pela UNIT- SE; Graduada em Espanhol pela UNISEB - COC/SE; Especialista em Metodologia do Ensino de Linguagens - Eadcon/Bahia; Especialista em Metodologia da Língua Espanhola pela Face/BA . Especialista em língua inglesa- Face/BA; Especialista em Mídias da Educação/ Uesb/BA; Especialista em Linguística e Literatura pela Universidade Cândido Mesndes/ RJ; Especialista em Metodologia do Ensino Superior pela Faculdade São Luis de França/SE. Professora do Estado da Bahia na Educação Básica. E-mail: luvirgilia@hotmail.com.

RESUMO: De acordo com Lei de Improbidade Administrativa cabe ao gestor público, após a homologação do concurso público realizado, convocar os candidatos e quando isso não ocorre, infringe o princípio da eficiência, publicidade, isonomia e igualdade, além de ser um ato de improbidade da Administração Pública e do gestor público em não convocar os candidatos para investidura do cargo ou função pública. Baseado na Lei 8.429/92, e em artigos científicos de autores como: Silva, Costa, Moraes, Pinheiro, Neto, este artigo apresenta discursões a respeito do ato de improbidade da Administração Pública em não convocar os candidatos aprovados no concurso público e assim, demonstra um ato que contraria os princípios basilares da Administração Pública como eficiência, legalidade, publicidade, igualdade e moralidade.

Palavras-chave: Lei, Improbidade Administrativa; Candidatos; Cargo.

Os cargos públicos não podem se render somente a particulares ou privilegiados por isso que existe o concurso público para dar oportunidade à sociedade em geral. O concurso público surge com o aparecimento do Estado e do Direito. Antes o monarca, segundo a história política do Estado, tudo se

concentrava nas suas mãos, inclusive nomear cargos públicos, permanência e dispensa dos mesmos, bem como conceder garantias constitucionais, dentre outras prerrogativas.

O monarca exercia o poder político de forma como lhe conviesse e desejasse, ou seja, de forma ilimitada, o processo disciplinar, a carreira dos agentes públicos que serviam ao Estado era determinado de acordo com sua vontade.

Hoje existe o concurso público para dar vez e oportunidade a quem tem aptidões para o provimento de cargos e funções públicas com capacidade intelectual, física, psíquica de exercer.

Através de exames e provas num processo seletivo com concorrentes e candidatos que atinjam notas suficientes para serem aprovados e garantirem a melhor posição na ordem de classificação serão convocados pela Administração Pública para exercerem e assumirem as funções públicas determinadas pelo cargo.

Esses candidatos concorrentes à vaga do serviço público estão submetidos ao que a lei determina, observando os princípios da Administração Pública como a moralidade, eficiência, publicidade, legalidade, impessoalidade e assim ao exercer o cargo público preenchem os requisitos exigidos por ela.

No certame público, um dos princípios mais importantes para o candidato que concorre é o princípio da igualdade, sendo que é vedado, nestes casos, os privilégios a qualquer que seja e principalmente indicação, escolha ou nepotismo. Outro fato importante da igualdade é a competência para exercer o cargo, o que melhor realizar o exame e obter a melhor nota, fica na melhor colocação, a isso se dá por um instrumento denominado de concorrência e competência.

O princípio da publicidade é para a Administração Pública de extrema significação e importância, pois divulga todas as etapas do concurso, especialmente a lista de todos os envolvidos no certame, além das notas, recursos e a ampla concorrência, dentre outros procedimentos.

À Administração Pública cabe dentro do princípio da igualdade e legalidade dispor das condições de admissão para os aprovados no certame. Sendo que a convocação deve ser imparcial e impessoal. O concurso não deve ter como prioridade o preconceito e a discriminação em relação à convocação para assumir o cargo público na Administração Pública.

Normalmente o que se prevê no caso do candidato ser aprovado num concurso é a mera expectativa de direito à convocação e assunção do cargo público. No concurso realizado pela Administração Pública o candidato concorre às vagas. Entretanto há certames que oferecem cadastro de reserva ou uma só vaga e o candidato não convocado a assumir o cargo público e exercer a sua função pública.

Segundo a decisão do Recurso Extraordinário 598.099 de 2011, em seu julgamento, entende que o candidato deve ser logo e imediatamente nomeado ao cargo público, aprovado dentro do número de vagas oferecidas pelo certame público. O Mandado de Segurança, nestes casos, seria um direito obrigacional líquido e certo à nomeação, como meio de garantir a investidura do cargo.

O concurso público para investidura do cargo público está previsto na Lei e no Edital, oferecendo vagas para os melhores candidatos com aferição de conhecimento, aptidão, experiência de acordo com a abertura do Edital, com igualdade de tratamento, com regras que estão de acordo com o caráter competitivo do certame público (artigo 37, II da CF).

Todo concurso público tem um prazo de validade, de acordo com a Lei, sendo de dois anos prorrogados por igual período, que pode chegar até quatro anos, conforme com a Carga Magna de 1988. Quando houver a necessidade de prorrogação do concurso público, a Administração evita gastos públicos, fazendo necessária sua extensão, em conformidade com os princípios da eficiência, razoabilidade, e economicidade, seguindo as recomendações do Ministério Público ou ordem judicial.

Os candidatos podem requerer prorrogação junto à Justiça para maior possibilidade de convocação, o juiz pode estender o prazo de validade, que é de quatro anos para um maior de quatro anos, e Administração Pública por ordem judicial prorroga o prazo do concurso público mediante um ato administrativo.

O Princípio da Igualdade liga-se ao Princípio da Isonomia, pois o candidato ao submeter-se ao concurso público e aprovado, preenche todos os requisitos para o cargo público.

A Lei orienta que deve ser obrigatório à Administração Pública realizar concurso público efetivo ao invés de concurso público temporário devido ao desrespeito aos preceitos da Constituição Federal em que contraria o princípio da obrigatoriedade do concurso público. Deve realizar prioritariamente, concurso público e não processo seletivo.

Para isso, a Administração Pública deve exercer essa obrigatoriedade de forma justa, igualitária e eficiente transparente, com integridade pessoal e profissional no processo seletivo com um todo. Com observância aos princípios da Administração Pública.

Referências

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.htm. Acesso em : 20/11/2016.

<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/634724/ha-direito-liquido-e-certo-a-convocacao-do-candidato-aprovado-em-concurso-publico>. Acesso em : 20/11/2016.

<http://www.administradores.com.br/noticias/carreira/do-resultado-a-posse-o-que-fazer-enquanto-espera-a-convocacao-do-concurso/35630/>. Acesso em : 20/11/2016.

<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI238011,71043-Direito+a+nomeacao+do+candidato+aprovado+em+concurso+publico+fora+do> . Acesso em : 20/11/2016.

http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10870 .

Acesso em : 20/11/2016.

<https://jus.com.br/artigos/24698/a-exigencia-de-notificacao-pessoal-e-direta-de-nomeacao-em-cargo-e-emprego-publicos> . Acesso em : 20/11/2016.

<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI238844,11049-Concurso+publico+crise+financeira+e+direito+subjetivo+a+nomeacao+de> . Acesso em : 20/11/2016.

LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS À ATUAÇÃO PROBATÓRIA DO ESTADO: A INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO.

THAIS CRISTINA MUNIZ BLANCO: Técnico Superior Jurídico da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Graduação em Direito na UERJ. Pós Graduação em Direito Administrativo na UCAM.

RESUMO: A atuação probatória do Estado é limitada pela Constituição Federal especialmente no que tange à inviolabilidade do domicílio. O presente artigo visa pontuar a abrangência desta garantia, bem como as suas exceções. São destacadas a autorização do morador, o desastre ou prestação de socorro, a falsa representação da realidade, a determinação judicial e o flagrante delito. Estudam-se os elementos constitutivos de cada exceção, com destaque para a determinação judicial e a flagrância. É abordada, ainda, a consequência para a violação da citada garantia constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Atuação Probatória do Estado. Inviolabilidade do Domicílio. Ilícitude das Provas.

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. Desenvolvimento 3. Conclusão 4. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabelece limitações à atuação probatória do Estado. Dentre elas, podem ser citadas a inviolabilidade do domicílio, prevista no art. 5º, XI, CRFB, o sigilo de dados e comunicações telefônicas e o sigilo de cartas, dispostos no Art. 5º, XII, CRFB, a garantia a não ser obrigado a produzir prova contra si próprio, prevista não apenas no Art. 5º LXIII da CRFB, mas também no art. 8º, parágrafo 2, g do Pacto São José da Costa Rica .

O presente estudo analisará a inviolabilidade do domicílio, as suas limitações e a implicância da sua violação no que tange às provas colhidas.

2. Desenvolvimento

A doutrina define que a expressão “domicílio” do dispositivo constitucional é utilizada no sentido vulgar. Em verdade, “casa” é uma simbiose entre propriedade privada e centro da vida privada, que se estende à laborativa. Isto está claro no próprio Código de Processo Penal, no seu artigo 246^[1].

Assim, inclui-se neste conceito, ainda, o quarto de hotel não apenas quando servir de residência, mas também quando for mera hospedagem. No caso de bens móveis (carro, barco), estes seguem a mesma disciplina legal dispensada a pessoas (art. 244, CPP).

Um exemplo interessante de questão prática é o caso de um caminhoneiro que utiliza seu veículo para dormir em via pública. Neste caso, o caminhão não terá finalidade de residência. Porém, se ele utilizar um box no posto de gasolina, por exemplo, equivaleria a um quarto de hotel, agasalhado pelo art. 5º, XI, CRFB/88.

Este dispositivo alcança, inclusive, bens públicos de uso especial, como um gabinete, devendo haver autorização judicial.

Em que pese a regra geral ser a inviolabilidade do domicílio, o próprio texto constitucional traz algumas exceções que serão analisadas a seguir:

1) Autorização do morador:

Deve ser apontado que é necessária a autorização de apenas um dos moradores da casa. No entanto, tal autorização abrange apenas a área comum do imóvel caso a pessoa não tenha disposição sobre a intimidade dos outros moradores. Assim, se houver o quarto de um filho maior de idade, o consentimento dos pais não abrange o seu quarto.

Já no caso que houver o consentimento de um dos moradores, mas a dissidência de outro, deve prevalecer o dissenso, pois não se pode dispor da intimidade do outro, inclusive no caso de casal com filho maior.

Outro ponto importante é que o consentimento deve ser dado por pessoa que tenha poder de disposição no imóvel. Dessa forma, o consentimento do caseiro ou empregada doméstica não será válido.

Por sua vez, o morador do imóvel apenas pode autorizar a entrada no quarto da empregada doméstica e na casa do caseiro. Mas não pode autorizar o seu vasculhamento.

2) Desastre ou prestação de socorro:

Neste caso, entendeu o constituinte que deveria prevalecer, na ponderação entre o bem comum e a preservação da intimidade, a primeira.

3) Falsa representação da realidade:

Ocorre a falsa representação da realidade quando uma pessoa que não tem capacidade para consentir, mas ainda assim o faz, acarretando erro na autoridade. Isso ocorre, por exemplo, quando um morador menor de idade se apresenta como maior de idade ou quando a empregada doméstica se apresenta como a dona do imóvel.

Se o erro for absolutamente inescusável, a diligência será ilícita, apesar de o policial não responder por isso.

O mesmo ocorre se houver falsa representação de desastre ou prestação de socorro.

4) Determinação Jurisdicional:

A determinação judicial, instrumentalizada através do mandado, deve ser cumprida durante o dia. O Supremo Tribunal Federal não define um horário específico, mas entende que é dia enquanto houver luz solar.

Desse modo, de acordo com o entendimento do STF, em regra, se há o cumprimento do mandado à noite, qualquer morador pode se negar a permitir a sua execução, ocorrendo um exercício regular de direito na sua ação.

No entanto, há uma exigência relativa a esse respeito. Isso porque o Pleno do STF admite excepcionar a exigência diurna se a busca domiciliar estiver relacionada a uma medida cautelar probatória que seja imprescindível a sua efetividade. Essa determinação parte do juiz, devendo constar na sua decisão, e a

fundamentação consiste na demonstração de que seria impossível garantir o sigilo da diligência se realizada durante o dia.

O Código de Processo Penal estabelece os requisitos para o mandado de busca no seu artigo 243, incisos I e II[2]. Neste caso, o *fumus boni juris* se caracteriza como plausibilidade da condenação e *periculum in mora* na possibilidade de perecimento da prova.

Ademais, não pode haver mandado em branco ou que não determine o imóvel objeto da busca, indicando apenas casas em geral em determinada localidade. Tal impeditivo é de extrema importância no que tange aos mandados de busca e apreensão em branco referente a comunidades carentes, fundamentando-se no fato de que a carência de urbanização implica na necessidade de um mandado mais genérico.

Isso é insustentável em um Estado Democrático de Direito, já que o Estado viola garantias fundamentais duas vezes. A uma por não ter implementado a urbanização no local e a outra por se utilizar disso para violar os domicílios.

No caso de determinação jurisdicional expedida em desfavor de uma sociedade empresária, ela abrange todas as ramificações existentes desde que na mesma unidade imobiliária, sendo irrelevante que na ordem jurisdicional tenham se especificado apenas alguns andares. No entanto, tal orientação não abrange as filiais da sociedade empresária.

Outra premissa importante é a de que a inviolabilidade do domicílio será afastada proporcionalmente à finalidade do mandado. Ou seja, se há um mandado para apreensão de pássaros silvestres, não se pode vasculhar as gavetas do quarto do indiciado. A partir daí a diligência se mostra ilegal e todas as provas dali apreendidas seriam ilegais. Ocorre um verdadeiro *détournement du pouvoir*.

Por sua vez, se no curso regular do cumprimento de medida cautelar probatória forem encontrados bens distintos da finalidade originária do mandado, tais provas serão igualmente lícitas, pois não houve burla a lei por parte do Estado, pois haverá na verdade um encontro fortuito de provas, também chamado de *good faith exception*.

5) Flagrante delicto:

O flagrante delicto tem suas hipóteses no art. 302 do CPP[3]. Os incisos I e II se caracterizam como próprio; o inciso III trata do flagrante impróprio e o inciso IV, flagrante presumido.

Para fins de exceção à inviolabilidade do domicílio, no caso dos incisos III e IV do art. 302, CPP, o critério temporal é irrelevante, desde que a perseguição ou a investigação, respectivamente, sejam imediatas ao cometimento da infração e ininterruptas.

Há o questionamento a respeito de a inviolabilidade ao domicílio ser excepcionada por todas as prisões em flagrante ou se a interpretação do art. 5º, XI da CRFB/88 alcançaria apenas o flagrante próprio. Os Tribunais Superiores têm precedentes no sentido de que o constituinte elencou as hipóteses de flagrante delicto, que estão definidas no art. 302, CPP, sem qualquer diferenciação.

Entretanto, importa ser pontuado que deve haver circunstâncias fáticas que indiquem previamente aos policiais a situação de flagrância no interior do imóvel.

De fato, a decisão do STF no RE 603.616 (em 5 de outubro de 2015), em sede de repercussão geral, definiu que o ingresso forçado em domicílios sem mandado judicial apenas se revela legítimo, em qualquer período do dia (inclusive durante a noite), quando tiver suporte em razões devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto e que indiquem estar ocorrendo situação de flagrante delicto no interior da residência, sob pena de responsabilidade penal, cível e disciplinar do agente ou da autoridade, além da nulidade dos atos praticados[4].

3. Conclusão

Portanto, não se pode negar a importância no controle da atividade probatória estatal, consoante o disposto no art. 5º, XI da CRFB/88 que consagra a garantia da Inviolabilidade do domicílio, uma vez que a sua violação acarreta na nulidade das provas colhidas, por se considerarem ilícitas.

4. Referências Bibliográficas

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional, 7ª ed., Coimbra, Edições Almedina, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão – Teoria do garantismo penal; São Paulo, RT, 2002.

KLOEPFER, Michael. Verfassungsrecht II. Band I, München: C.H. Beck, 2011, p. 377 apud SARLET, Ingo Wolfgang; NETO, Jayme Weingartner Neto. A Inviolabilidade do Domicílio e seus limites: o caso do flagrante delito. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 14, n. 14, julho/dezembro de 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal/ Guilherme de Souza Nucci. – 10. Ed. Rev., atual. E ampli. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais 2013.

NOTAS:

[1] Art. 246. Aplicar-se-á também o disposto no artigo anterior, quando se tiver de proceder a busca em compartimento habitado ou em aposento ocupado de habitação coletiva ou em compartimento não aberto ao público, onde alguém exercer profissão ou atividade.

[2] Art. 243. O mandado de busca deverá:

I - indicar, o mais precisamente possível, a casa em que será realizada a diligência e o nome do respectivo proprietário ou morador; ou, no caso de busca pessoal, o nome da pessoa que terá de sofrê-la ou os sinais que a identifiquem;

II - mencionar o motivo e os fins da diligência;

[3] Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la;

III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

[4] Decisão do STF sobre violação do domicílio indica posição prudencial - Por Ingo Wolfgang Sarlet - Revista Consultor Jurídico, 13 de novembro de 2015.

RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS E O SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

DANIELE MEGALE SANTINI: Graduada em Ciência da Computação pela UNIFENAS (Universidade de Alfenas) - Pós-graduada em Direito Administrativo e Direito Penal pela FIJ (Faculdades Integradas de Jacarepaguá) -, bem como em Direito da Família pela UCAMPROMINAS - Universidade Cândido Mendes. Oficial do Ministério Público de Minas Gerais, atualmente lotada na Assessoria Técnico-Jurídica da Procuradoria Criminal.

RESUMO: O presente artigo trata sobre o sistema constitucional de crise na Constituição Federal de 1988, apresentando uma perspectiva histórica, bem como a forma analítica e também sistemática, onde serão apresentados os princípios basilares e também fundamentadores do sistema jurídico de crises, bem como comparações entre as constituições brasileiras com a de 1988. Ao final foi apresentada a descrição normativa dos institutos jurídicos brasileiros pertinentes. Neste sentido, o objetivo do artigo é discorrer sobre os sistemas constitucionais em crises – restrições dos direitos e garantias fundamentais do cidadão. A carta constitucional de 1988 foi desenvolvida com o objetivo de garantir os direitos aos cidadãos brasileiros que até então não eram tidos como essenciais, desta forma, ela passou a ser chamada também de carta cidadã. Por trazer uma gama de direitos e possibilitar melhores condições de vida aos cidadãos, a carta magna de 1988 recebeu o título de a carta que trouxe os direitos e garantias que até então não era essenciais para que todos os cidadãos tivessem seus direitos garantidos. Para o desenvolvimento do trabalho foi realizada uma pesquisa bibliográfica e legislativa sobre o sistema constitucional de crises, restrições dos direitos e garantias fundamentais do cidadão. Ao final foi possível perceber que quando não respeitado os requisitos impostos pela Constituição Federal de 1988 em relação aos sistemas constitucionais de crises, restringe-se os direitos e as garantias fundamentais dos cidadãos. Porém, foi possível perceber que esses direitos podem sofrer algumas restrições, desde que apresentados dentro do texto constitucional.

Palavras-chave: Constituição Federal. Direitos Fundamentais. Princípios.

INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais são discutidos desde os primórdios do constitucionalismo, fato este que a carta magna *Charta*, de 1215, já trouxe uma polêmica em relação à sociedade e o Estado. A busca pela garantia dos cidadãos se deu devido às lutas políticas e também do avanço de uma teoria científica em relação aos direitos fundamentais, uma vez que o Estado exercia um poder soberano sobre os indivíduos.

No que refere ao sistema constitucional das crises são compostos de medidas de exceção, bem como também de seus pressupostos, efeitos e procedimento de decretação, sendo assim, é um Direito Constitucional de Exceção, que no ordenamento jurídico brasileiro encontra-se representado pelo estado de sítio e de defesa. Em relação à supressão ou ainda da diminuição das garantias individuais, é uma alternativa de fortalecimento da democracia, fazendo com que seja garantido o retorno a normalidade assim que cessem os pressupostos da decretação.

É um direito garantido e encontra-se no título constitucional V da Carta Magna de 1988, denominado de Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas, traz de forma detalhada às normas aplicadas em relação às crises que não podem ser resolvidas através dos meios ordinários, trazendo limites claros e específicos, apresentando rol taxativo em relação aos direitos limitados.

Identificou ao longo do trabalho que os pontos mais polêmicos trazidos pelo Sistema Constitucional das Crises vêm de todo o Direito Constitucional, onde é possível verificar a importância do controle judicial em relação à decretação dos estados de sítio e de defesa bem como também dos atos editados em sua vigência, uma vez que a declaração é considerada como político.

Neste sentido, a problemática deste trabalho é: tem o sistema constitucional de crises garantido os direitos e garantias fundamentais?

A partir da problemática é importante destacar que a Constituição Federal de 1988 é considerada a carta cidadã devido a suas garantias e possibilitar os direitos aos cidadãos de forma clara e objetiva, porém, ao analisar a prática, é possível verificar que existem restrições de direitos e garantias fundamentais aos

cidadãos, pois, o que se encontra expresso na Carta Magna não tem sido praticado no dia a dia.

Para o desenvolvimento da pesquisa foi utilizado como método de pesquisa a revisão bibliográfica e também da legislação pertinente ao assunto, possibilitando a fundamentação teórica e também favorecer para a ampliação do conhecimento e ainda, identificar os pressupostos inerentes ao assunto apresentado.

DESENVOLVIMENTO

O nascimento dos direitos fundamentais trouxe mudanças significativas na consciência dos indivíduos, não se restringindo apenas a mera perda do poder e também a substituição das formas de governo.

De acordo com Mendes, Coelho e Branco (2008, p. 232-233):

Os direitos fundamentais assumem posição de definitivo realce na sociedade quando se inverte a tradicional relação entre Estado e indivíduo e se reconhece que o indivíduo tem primeiro, direitos, e, depois, deveres perante o Estado, e que os direitos que o Estado tem em relação ao indivíduo se ordenam ao objetivo de melhor cuidar das necessidades dos cidadãos.

A Constituição Federal traz de forma solene e também normativa das diversas transformações do pensamento da época. Inicialmente, os direitos fundamentais foram considerados como direitos humanos, e a partir da positivação na Constituição Federal foi considerado como um grande reconhecimento.

Percebe-se que os direitos fundamentais tiveram maior ênfase a partir da introdução no texto constitucional, porém, não se tem exatamente uma data do surgimento dos direitos fundamentais expressamente, porém, de acordo com Sarlet (2006, p. 51):

A despeito do dissídio doutrinário sobre a paternidade dos direitos fundamentais, disputada entre a Declaração de Direitos do povo da Virginia, de 1776, e a Declaração Francesa, de 1789, é a primeira que marca a transição dos

direitos de liberdade legais ingleses para os direitos fundamentais constitucionais.

Ao descrever a respeito da paternidade dos direitos fundamentais, é possível perceber que a Declaração dos Direitos do Povo da Virgínia foi a primeira a introduzir os direitos fundamentais, vindo em seguida a Declaração Francesa, dando assim o marco inicial dos direitos fundamentais.

Posteriormente veio a contribuição das experiências do México, Rússia e também da Alemanha. Desta forma, pode ser analisado, a Revolução Mexicana, sendo um dos pensamentos político contemporâneo, onde através da Constituição de 1917, que trouxe a proclamação do pioneirismo em relação a todo o Globo, estabelecendo os direitos dos trabalhadores e também a iniciativa de se realizar uma reforma agrária.

Mais adiante, tem-se a Revolução Russa que desencadeou a Declaração dos Direitos do Povo, dos trabalhadores e também dos explorados de 1918 e a Constituição de Weimar (1917), que buscou a inclusão dos princípios democráticos sociais, que fazia parte às franquias liberais do século anterior.

De acordo com Nemetz (2004, p. 237):

O Estado de Direito já não bastava, razão pela qual surge o Estado Social de Direito, e, a partir, daí segue-se: a Proclamação das Quatro Liberdades, De Roosevelt; a de palavra e expressão, a de culto, a de não passar a necessidade, a de não sentir medo – 1941; a Declaração das Nações Unidas (Washington, 1942); As Conclusões da Conferência de Moscou – 1943; as Conclusões da Conferência de Dumbarton Oaks – 1944; as conclusões da conferência de São Francisco – 1945; e, finalmente, o mais conhecido, importante e influente documento de “direitos humanos” da história. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948.

Atualmente tem-se a Constituição Federal de 1988, que foi declarada como a carta cidadã e que traz diversos benéficos e também garante os direitos

fundamentais e estabelece normas que os mesmos não podem ser violados, possibilitando assim a garantia dos direitos fundamentais.

No que refere à constitucionalização do sistema de crises e também de seus princípios informadores onde os sistemas de emergência que eram usados para os períodos de crise política, eram utilizados em Roma, na época da ditadura romana, conforme pode ser identificado nas palavras de Ferreira Filho (2007, p. 335): quando afirma que:

Caracterizava-se a ditadura clássica por ser uma instituição constitucional, prevista para as ocasiões de grave perigo, que consistia na atribuição de todo o poder a um magistrado extraordinário e temporário. Proclamada a ditadura, concentravam-se nas mãos do ditador os poderes que normalmente se distribuíram pelos vários magistrados romanos. Podia assim o dia tudo, ou quase, que fosse necessário para a salvação pública: *salus reipublicae suprema Lex esto*. Essa concentração de poder era, porém, temporária. Desfazia-se, desaparecido o motivo que a determinara; extinguiu-se, no máximo, pelo decurso do prazo de seis meses.

Em relação à suspensão da vigência da Constituição apareceu pela primeira vez na Constituição Francesa do 22 de setembro do ano VIII (13/12/1789) e no Brasil a partir da Constituição de 1937. Porém, foi somente a partir dos últimos anos do século XX que grande parte dos regimes democráticos passou a despertar para a necessidade de se institucionalizar o mecanismo de autodefesa, uma vez que não seria aceito que fosse destruída por amor à tese de ordem a liberdade.

A institucionalização foi realizada a partir da constitucionalização de mecanismos, uma vez que se trata de uma norma fundamental de todo o ordenamento jurídico, e é a Constituição que possui o poder de regulamentar as situações que estão ligadas a importe de restrições e também de sua eficácia em determinados aspectos.

Em relação ao Brasil, foi adotado em termos excepcionalmente constitucional, uma vez que o país adota do sistema do tipo rígido, contrário ao tipo flexível, não permite restrições às garantias constitucionais e que se encontram

expressamente enumeradas na ordenação das crises, de forma que seja possível a responsabilização política, civil e criminal dos agentes políticos que não se restringem ao cumprimento de todas as hipóteses e também dos requisitos constitucionais.

Conforme apontado por Silva (2006, p. 761-762):

São o princípio fundante da necessidade e o princípio da temporariedade, cuja incidência nos sistemas de legalidade especial determina: a) a declaração é condicionada à ocorrência de pressupostos fáticos; b) os meios de resposta têm sua excecutoriedade restrita e vinculada a cada anormalidade em particular e, ainda, ao lugar e tempo; c) o poder de fiscalização política dos atos de exceção é de competência do Legislativo; d) o controle judicial *a tempore* e *a posteriori* é do Judiciário (SILVA, 2006, p. 761-762).

Desta forma, percebe-se que é preciso que se atente ao princípio fundante levando em conta o princípio da temporariedade, ou seja, analisar a emergência existente para atender as necessidades sociais, possibilitando e contribuindo para a garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Entende-se por sistema constitucional de crises é um conjunto de normas constitucionais que bem como objetivo identificar as situações de crise e também por finalidade e por finalidade a manutenção ou também ao restabelecimento da normalidade constitucional. É entendido ainda como sendo um conjunto de prerrogativas, previstos na Constituição Federal de 1988, que em seu artigo 84, inciso IX, onde atribuem ao Poder Executivo, poderes de forma temporária e também excepcionais para a superação de situações de crise institucional.

O Sistema Constitucional de Crises ou também chamados de Sistemas Emergenciais encontram-se constituídos a partir de um conjunto de normas excepcionais que são aplicadas a partir de casos de instabilidade institucional, e que disciplinam os artigos 136 a 141 da Constituição Federal de 1988.

Neste sentido, é possível identificar que em um Estado Soberano, e também social pode desencadear o rompimento da normalidade constitucional, onde, não

sendo possível restaurar em um determinado tempo, poderá resultar em grave risco à instituições democráticas.

Conforme apresentado por Silva (2006, p. 83) a anormalidade constitucional, pode ser compreendida como sendo:

Quando uma situação dessas se instaura é que se manifesta a função do chamado sistema constitucional das crises, considerado por Aricê Moacyr Amaral Santos como conjunto ordenado de normas constitucionais, que, informadas pelos princípios da necessidade e da temporariedade, tem por objeto as situações de crises e por finalidade a manutenção ou restabelecimento da normalidade constitucional.

Desta forma, quando existir as situações de anormalidade institucional ou ainda a instabilidade institucional, é possível identificar a passagem do estado de legalidade ordinária para o estado e legalidade extraordinária, havendo desta forma a instalação dos estados de exceção, tendo apenas validade quando vem a ser informado através dos princípios informadores da necessidade e também da temporariedade.

Vale salientar ainda que quando os estados de exceção não encontram-se fundamentados na necessidade, e criados a partir de um golpe de estado, e se não estiverem dentro da previsão e dos requisitos da temporariedade, será instalado o chamado regime ditatorial. Desta forma, os estados e exceção são criados com o objetivo de defender a Carta Magna e também as instituições democráticas.

Os sistemas de crises estão classificados basicamente em: a) Sistemas de Crises Flexíveis e b) Sistema de Crises Rígidos. O sistema de crises flexíveis: são aqueles sistemas emergenciais onde não são predeterminados e também das ações resposta em relação às ocasiões de grave crise, onde são autorizadas as medidas necessárias, levando em conta cada caso concreto, para que seja restabelecida a normalidade. E o sistema de crise rígido é aquele onde todos os sistemas onde se encontra o rol de medidas extraordinárias, e sendo taxativamente enumerados através de lei. Como exemplo, o estado de sítio.

É importante destacar que os instrumentos de garantia da ordem e da segurança encontram-se regulamento através do título VI, da Carta Magna de 1988, onde tratada do Estado e das Instituições Democráticas, porém, no capítulo I (artigos 136 a 141), traz os dois instrumentos que em face de perigos reais ou também iminentes que são provocados através de agressões internas ou externas contra a Soberania do Estado tais como: O Estado de Defesa e o Estado de Sítio.

Ao longo da pesquisa foi possível perceber que os direitos fundamentais dos cidadãos são essenciais para que se tenham os direitos adquiridos garantidos e possibilitar que todos tenham acesso aos serviços essenciais e também a segurança entre outros fatores essenciais para a paz social.

Porém, percebe-se que esses direitos nem sempre são garantidos em sua totalidade, restringindo assim os direitos dos cidadãos, conforme garantido na Constituição Federal de 1988, traz diversos direitos e garante aos cidadãos, principalmente os direitos fundamentais.

O artigo 1º da Constituição Federal de 1988 traz os princípios fundamentais, tais como: “a soberania, cidadania, dignidade a pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e também do pluralismo político”.

Quando se fala em sistema constitucional de crises, onde são instituídos os Estados de Sítio e o Estado de Defesa quando instituído fora do que é estabelecido pela Constituição Federal de 1988 está restringindo os direitos e garantia de seus cidadãos.

Foi possível ser visto durante as pesquisas um número grande de governantes utilizaram tais métodos como forma de defesa aos adversários, ou seja, não respeitaram o que estava posto na Constituição Federal, conforme mencionado anteriormente.

Devido ao grande alcance que pode acontecer com o estado de sítio, sua decretação tem como pressuposto a ocorrência de situações que possui uma maior gravidade em relação ao estado de defesa. Desta forma, quando for decretado sem uma justificativa relevante ou que seja imprescindível, vai ocorrer o abuso injustificado, trazendo prejuízos e também restrições de direitos e garantias para os cidadãos.

Diante disto, é possível perceber que a decretação do estado de sítio, restringe os direitos e as garantias fundamentais imposta na Constituição Federal de 1988, fazendo com que os cidadãos tenham seus direitos violados, assim, ao impor o Estado de Sítio pelo Governo Federal é uma forma de tirar esses direitos dos cidadãos brasileiros.

Essa é uma questão que muito chama a atenção, porque a partir da decretação do Estado de Sítio o Governo Federal está agindo com um regime ditatorial, fato este que não é mais aceito no Brasil, onde os brasileiros conquistaram seus direitos a partir da promulgação da Carta Constitucional de 1988, trazendo, principalmente no artigo 5º os direitos fundamentais dos cidadãos.

Assim, é importante mencionar o que Rangel (2012, p. 8), deixa claro que:

O decreto responsável para instaurar a medida emergencial, comendo com a prévia manifestação dos Conselhos consultivos, os pressupostos de forma de previdência reportada, deverá conter, consoante clara dicção contida no §1º do artigo 136 do Texto Constitucional, além da indicação do tempo de sua duração, a especificação das áreas abrangidas e a explicitação das medidas coercitivas a serem estabelecidas. Em complemento, as providencias excepcionais a serem estabelecidas pelo estado de defesa e constitucionalmente permitidas compreendem: 1) restrições aos direitos de: a) reunião, ainda que exercida no meio de associações; b) sigilo de correspondência; c) sigilo de comunicação telegráfica e telefônica; d) ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos, na hipótese de calamidade pública – respondendo a União pelos danos e custos decorrentes; e) e prisão por crime contra o Estado, determinada pelo executor da medida, que será comunicada imediatamente ao juiz competente, para a constatação de sua legalidade, sendo facultado ao preso requerer exame de corpo de delito à autoridade policial.

Entende-se então que essas restrições são uma afronta a Constituição Federal, pois, compreende como sendo uma forma de se afrontar os direitos

garantidos e impostos pela Carta Magna como sendo um direito e segurança de todos os cidadãos brasileiros.

Outro fato de suma importância a ser mencionado é a questão da prisão civil das pessoas que cometem crime contra o Estado, que também afronta a Carga Constitucional, pois de acordo com o artigo 5º, inciso LXI, da Constituição Federal de 1988, ninguém pode ser preso senão em flagrante delinqüência ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente.

Percebe-se então nas palavras de Silva (2016) que quando o Governo Federal não levar em conta os requisitos impostos para a decretação do estado de sítio ou ainda de defesa, está cometendo crime diante da sociedade, pois, passou a restringir e também a tirar os direitos dos cidadãos.

É importante destacar que existem restrições necessárias para a preservação do Estado e também para alcançar o Bem Comum, porém, existe limitação para a imposição dessas restrições. Desta forma, não pode ficar os direitos dos cidadãos alvedrio do Executivo, que geralmente é aquele que administra o Estado. É importante mencionar ainda que existem direitos fundamentais garantidos pela Carta Magna que são intocáveis, que são aqueles não submetidos a restrições, mesmo que se encontra em períodos de extrema crise, conhecido como “núcleo duro de direitos”, o qual não pode em hipótese nenhuma sofrer limitações, uma vez que são inerentes e essenciais para os seres humanos. Neste sentido, essas restrições sofreriam limitações, que iriam ensejar violações que vão ao encontro ao mínimo dos direitos do ser humano.

Por outro lado Carvalho (2009, p. 142), afirma que:

Os direitos fundamentais não podem ser considerados absolutos, por isso surge à necessidade de normas restritivas, que são regras que limitam o exercício de direito fundamental. Vale destacar que os direitos individuais somente podem ser limitados por expressa disposição constitucional. São chamadas restrições imediatas, ou mediante as leis ordinárias promulgada com fundamento na Constituição Federal; são as denominadas restrições mediatas.

A partir desse entendimento é possível perceber que as medidas restritivas de direito e garantias fundamentais contidas na Constituição Federal de 1988, são constitucionais, uma vez que se encontram inclusas na Carta Magna, como sendo um procedimento de exceção, e considerado como uma alternativa de controle da existência e também da preservação do próprio Estado Democrático de Direito.

Esse entendimento pode ser considerado constitucional devido as necessidades que se tem em instituir as medidas restritivas, porém, conforme apresentado anteriormente, essas medidas devem ser realizadas dentro das medidas e respeitando o tempo, bem como os requisitos para sua imposição, caso contrário não serão constitucionais.

Diante disto, identifica-se uma ocorrência de choque entre os princípios constitucionais e os que coadunam no mesmo espaço, onde pode ser verificado que deve ser aplicado o princípio de maior valor. E o que ocorre é que a emergência para a decretação do Estado de Defesa e também do Estado de Sítio não são arbitrárias, e muito menos inconstitucionais, uma vez que esta sendo cerceada de deflagração da ilegalidade, que pode estar ocorrendo em uma região ou em determinada localidade.

Neste sentido, ao verificar a restrição a Direitos Fundamentais, se analisado de uma forma ampla, pode ser visto que ele também atingirá os Direitos Humanos, porém, existe limitação, quando for de caráter emergencial e por um período temporário em relação aos institutos da legalidade extraordinária, mostrando-se necessária para que evite anomalias para toda a sociedade de um Estado.

No que refere as restrições, é possível verificar ainda que em alguns momentos elas são necessárias, conforme pode ser analisado nas palavras de Costa (2013, p. 111):

A restrição aos Direitos Fundamentais se perfaz de discussões que não podem ser consideradas como ofensivas a esses direitos. Para tanto, pode-se discorrer, como exemplo, sobre o exercício do direito de reunião. Imaginam-se reuniões em prédios ameaçados e em mau estado de conservação, que coloquem em risco a incolumidade dos indivíduos. Pode-se vislumbrar um choque de princípios, ocorrendo à restrição do exercício de

direito de reunir-se em benefício do direito à vida pela segurança dos cidadãos.

A partir desse entendimento é possível perceber que é necessária em alguns momentos a ocorrência de restrições aos direitos fundamentais para que não venha a prejudicar um número maior de pessoas, ou seja, de forma coletiva, restringindo um direito individual para garantir o direito da coletividade, fato este que pode haver choque de princípios, uma vez que existem aqueles que garantem que os direitos fundamentais são imaculados.

Desta forma, fica evidente que a restrições dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos podem ocorrer algumas interferências, porém, isso deve ser realizado de forma momentânea, não sendo possível para um período longo, mas para uma emergência, protegendo toda uma nação, ou um número maior de pessoas, garantindo a paz social e também os direitos coletivos.

Assim, fica evidente que as restrições e também o seu alcance em relação a Constituição deve ser levado em conta os limites de sua eficácia e também das normas constitucionais em relação as restrições colocadas pelo Poder Constituinte Originária e, logo em seguida o legislador.

CONSIDRAÇÕES FINAIS

A partir do exposto, é possível perceber que os instrumentos que se tem no Brasil para as situações de emergência constitucional é o estado de sítio e com estado de defesa. Desta forma, quando se decreta um estado de sítio ou estado de defesa, é possível perceber que existe uma restrição dos direitos dos cidadãos devido ao fator de que ele não irá utilizar todos os seus direitos resguardados durante aquele período.

Percebeu-se durante o desenvolvimento do trabalho que ao decretar as medidas emergenciais quando não atentado ao estado de emergência vai causar sérios danos a todos os cidadãos brasileiros que terão seus direitos restringidos, pois, passaram a ter que ter seus sigilos quebrados, onde o poder público terá acesso a todos os dados, inclusive ao domicílio e a correspondências, bem como das ligações telefônicas.

Foi possível perceber que existe uma limitação em relação aos direitos fundamentais individuais, pois, quando se trata de caso de emergência e sendo necessária a aplicação de medidas emergenciais, sendo realizada por um período de tempo, pode haver suspensão desses direitos de forma temporária para garantir a segurança de todo à sociedade.

Essa é uma questão de suma importância, pois, percebe-se que mesmo sendo uma garantia constitucional, as medidas emergenciais também a são, sendo assim, pode haver suspensão para que seja protegida toda a nação, passando acima de direitos individuais garantidos pela Carta Magna.

Diante desse entendimento, ficou evidente durante a pesquisa que os direitos fundamentais individuais podem sofrer algumas restrições, porém, vale salientar que elas devem estar de acordo com o texto constitucional, não podendo o poder público decretar estado emergência sem as devidas necessidades e restringindo direitos individuais sem a necessidade.

É preciso que sejam respeitados os fatores que levam em conta o processo e também os fatores essenciais para a proteção da nação, de um grupo de pessoas e também dos direitos individuais, pois, primeiro se tem em mente que os direitos fundamentais podem sofrer restrições, porém, restrições estas que devem estar impostas na Constituição Federal de 1988.

Diante disto, pode-se verificar que a crença de que os direitos e garantias fundamentais são absoluto não é verdadeira, pois, se fosse dessa forma, teria o engessamento do próprio Estado e também das funções em relação a avocação de todos os princípios que respaldam o Estado Democrático de Direito, não permitindo que nos momentos emergenciais houvesse as restrições extremas.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. São Paulo: Bointempo, 2003.

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

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocência Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARVALHO, Joana de Moraes Souza Machado. **Colisão dos direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor. 2009.

COSTA, Alexandre Baumgratz da. **O estado de direito e as restrições aos direitos e garantias fundamentais no Estado de emergência**. Universidade Vale do Itajaí-UNIVALI. Itajaí-SC. 2016.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 33 Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAIS, Alexandre de; STRECK, Lênio Luiz. **Ciência política e teoria geral do estado**. 7. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

NEMETZ, Erian Karina. **A evolução história dos direitos humanos**. Rev. Ciên. Jur. E Soc. Da Unipar; v. 7, jul/dez. 2004.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 2ª Ed. São Paulo: Método, 2008,

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**. 27 ed. São Paulo: MALHEIROS EDITORES, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 39 ed., rev. e atual. (até a Emenda Constitucional nº 90, de 15.9.2015). São Paulo: Malheiros, 2016.

ACUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS E O TETO REMUNERATÓRIO - JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COM EFEITO DE REPERCUSSÃO GERAL

ROBERTA BORGES BRITO ALECRIM:

Bacharela em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco - (UNICAP), Pós- Graduada em Direito Público pela Faculdade Maurício de Nassau. Gestora Governamental do Governo do Estado de Pernambuco. Coordenadora de Atividades Não Exclusivas do Estado na Agência de Regulação de Pernambuco.

RESUMO: O presente artigo visa aprofundar os estudos a respeito da regra constitucional sobre acumulação de cargos, empregos e funções e a aplicação do teto remuneratório aos casos de acumulação permitida. Trará os aspectos mais relevantes citados pela legislação e pela doutrina. Por fim, será exposto o entendimento recente do Supremo Tribunal Federal com efeito de repercussão geral, pacificando o tema e encerrando, por conseguinte, as divergências. Vale destacar que a metodologia adotada será o estudo jurisprudencial e doutrinário.

PALAVRAS- CHAVE: Acumulação de cargos. Teto Remuneratório. Posicionamento doutrinário e jurisprudencial. Decisão do Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Da previsão constitucional e doutrinária - 3. Da previsão jurisprudencial - 4. Considerações finais - 5. Referências - 5.1. Bibliografia - 5.2. Legislação e Jurisprudência.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo jurídico tem como escopo aprofundar os estudos a respeito da regra constitucional sobre acumulação de cargos, empregos e funções sob a ótica da aplicação do teto remuneratório as referidas acumulações. Um tema bastante complexo, apesar da literalidade do dispositivo conduzir a superficiais conclusões.

O tema é atual e relevante, tendo em vista o recente entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça quanto à aplicação do teto remuneratório previsto no inciso XI do art. 37 da Constituição Federal de 1988 aos casos de acumulação lícita de cargos, empregos e funções.

Impossível falar em Administração Pública sem remeter-se a princípios básicos como a moralidade administrativa e a eficiência. Tais princípios são de extrema importância na compreensão dos fundamentos que norteiam a vedação a acumulação.

Em regra, o texto constitucional proíbe a acumulação remunerada de cargos, empregos e funções públicas (art. 37, XVI e XVII, da CF/88).

A regra sobre a proibição incide sobre a Administração direta, indireta e sociedades controladas, direta ou indiretamente pelo Poder Público. A vedação recai sobre a acumulação remunerada. Dessa forma, não existe vedação para a acumulação não remunerada de cargos, empregos e funções. O servidor, conforme entende o renomado Rafael Carvalho Rezende Oliveira^[1], pode acumular dois cargos e receber a remuneração relativa a apenas um deles. No caso, veda-se a percepção de duas remunerações.

2. DA PREVISÃO CONSTITUCIONAL E DOUTRINÁRIA

A Constituição Federal de 1988, seguindo o mesmo posicionamento das cartas anteriores, estabeleceu a proibição de acumulação remunerada de cargos, empregos e funções públicas visando, além de assegurar o bom desempenho das atividades a serem executadas pelo agente público, garantir, ao maior número possível de cidadãos habilitados para tanto, o acesso aos cargos públicos. Trata-se de instrumento que objetiva garantir o princípio da acessibilidade aos cargos públicos a todos os brasileiros.

Nesse sentido, a lição do ilustre Carlos Ari Sundfeld^[2], in verbis:

“Quer-se democratizar o acesso às funções públicas, em coerência, inclusive com a regra de acessibilidade delas a todos os brasileiros que preenchem as condições legais (CF/88, art. 37, I) bem

como proteger o patrimônio público e a moralidade administrativa.”

A Constituição Federal de 1988 dispõe no inciso XVI combinado com o inciso XVII do artigo 37 a regra que proíbe a acumulação remunerada de cargos, empregos ou funções, tanto na Administração direta como na indireta.

Art. 37, CR/88 XVI - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI.

XVII - a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público; (grifos nossos)

A proibição à acumulação tem por finalidade impedir que a mesma pessoa ocupe vários cargos ou exerça várias funções e seja integralmente remunerado por todas sem, contudo, desempenhá-las com eficiência.

Por outro lado, a Constituição, com o intuito de melhor aproveitar a capacidade técnica e científica de seus profissionais, regulamentou algumas exceções à regra da não acumulação, com a ressalva de que deve haver a compatibilidade de horário. As exceções estão previstas nas alíneas do inciso XVI do artigo 37 a seguir:

Art. 37. (...)

XVI - (...)

- a) **a de dois cargos de professor ;**
- b) **a de um cargo de professor com outro técnico ou científico ;**
- c) **a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas; (grifos nossos)**

A Constituição prevê, ainda, em seu art. 37, XI, o chamado “teto remuneratório”, ou seja, o valor máximo que os agentes públicos podem receber no país. A finalidade do constituinte foi o de impedir que alguns agentes públicos recebessem os chamados “supersalários”, que são incompatíveis com a realidade do serviço público.

Além de prevê um teto geral (de âmbito nacional), o dispositivo constitucional prevê também limites específicos para os Estados e Municípios (chamados de subtetos). O teto é aplicado aos agentes públicos independentemente do tipo de vínculo: estatutário, celetista, temporário, comissionado, político.

O teto geral do serviço público no Brasil é o subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Vejamos:

Art. 37

(...) XI - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos **Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito**

do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº. 41, 19.12.2003) (grifos nossos)

Há também a possibilidade de acumulação de uma atividade com mandato eletivo de vereador, nos termos do inciso III do artigo 38 da Carta Maior, a seguir exposto:

Art. 38. Ao servidor público da administração direta, autárquica e fundacional, no exercício de mandato eletivo, aplicam-se as seguintes disposições: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº. 19, de 1998)

(...)

III - investido no mandato de Vereador, havendo compatibilidade de horários, perceberá as vantagens de seu cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração do cargo eletivo, e, não havendo compatibilidade, será aplicada a norma do inciso anterior; (grifos nossos)

A redação literal do art. 37, XI e XVI, da CF/88 dá a entender que, mesmo nos casos de acumulação permitida, deve-se respeitar o teto constitucional previsto no art. 37, XI.

3. DA PREVISÃO JURISPRUDENCIAL

O Supremo Tribunal Federal abordou o tema, recentemente, e, por decisão majoritária, negou provimento a dois Recursos Extraordinários (REs 602043 e 612975) em que o Estado do Mato Grosso questionava decisões do Tribunal de Justiça local (TJ-MT) contrárias à aplicação do teto na remuneração acumulada de dois cargos públicos exercidos pelo mesmo servidor. Os ministros entenderam que deve ser aplicado o teto remuneratório constitucional de forma isolada para cada cargo público acumulado, nas formas autorizadas pela Constituição. O tema

debatido nos recursos teve repercussão geral reconhecida, tendo sido fixada a seguinte tese:

“Nos casos autorizados constitucionalmente de acumulação de cargos, empregos e funções, a incidência do art. 37, XI, da Constituição Federal pressupõe consideração de cada um dos vínculos formalizados, afastada a observância do teto remuneratório quanto ao somatório dos ganhos do agente público.” STF. Plenário. RE 612975/MT^[3] e RE 602043/MT^[4], Rel. Min. Marco Aurélio, julgados em 26 e 27/4/2017 (repercussão geral) (Info 862).

O julgamento teve início na sessão plenária do dia 26 de abril de 2017. A maioria dos ministros considerou que restringir valores violaria a irredutibilidade de vencimentos, desrespeitaria o princípio da estabilidade, geraria desvalorização do valor do trabalho e descumpriria o princípio da igualdade.

Para o ministro Luís Roberto Barroso, seria “inconstitucional a Constituição, por emenda, dizer que um determinado trabalho legítimo, por ela autorizado, não vá ser remunerado”.

O fato de a remuneração total do servidor (acumulação lícita de dois cargos) ultrapassar o teto constitucional não vai de encontro a intenção do legislador constituinte.

A finalidade da previsão constitucional de impor um teto remuneratório foi o de evitar que os servidores obtivessem ganhos desproporcionais. A partir do momento em que o teto existe para cada um dos cargos, não há prejuízo à dimensão ética da norma caso a soma dos dois seja superior ao teto.

Caso o teto fosse para o somatório das duas remunerações, haveria um desestímulo à acumulação de cargos que é permitida pelo texto constitucional, o que traria prejuízos inclusive para a eficiência administrativa.

Nesse mesmo sentido, entende o eminente Celso Antônio Bandeira de Mello^[5] que no caso de a somatória do percebido em cada um dos cargos vir a superar o teto correspondente aos subsídios dos Ministros do STF ou na hipótese de, com um só cargo, já estar atingido tal teto, sendo o servidor um dos membros daquela Corte, por ser a acumulação um direito (nas hipóteses permitidas), há de se concluir que o servidor não pode ser impedido de acumular. Sendo proibida a superação do teto, os valores correspondentes ao segundo cargo ou emprego deverão ser contidos ao atingirem, uma vez somados com os do cargo anterior, o equivalente ao teto remuneratório.

A incidência do teto sobre os dois cargos acumuláveis geraria enriquecimento sem causa do Poder Público, pois o servidor, apesar de trabalhar em dois cargos, não teria direito à remuneração integral de um deles.

Além do mais, tal condição poderia gerar situações contrárias ao princípio da isonomia, já que poderia conferir tratamento desigual entre servidores públicos que exercessem idênticas atribuições. Na prática, por exemplo, um juiz que fosse professor em uma universidade pública iria receber menos pela função de professor do que um advogado que também fosse professor na mesma instituição, com a mesma carga horária.

O Superior Tribunal de Justiça possui o mesmo entendimento:

(...) A jurisprudência desta Corte orienta-se no sentido de que em se tratando de cumulação legítima de cargos, a remuneração do servidor público não se submete ao teto constitucional, devendo os cargos, para este fim, ser considerados isoladamente. (...)

STJ. 1ª Turma. AgRg no RMS 45.937/DF, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 05/11/2015.^[6]

Sobre o tema, o ex-Min. Castro Meira:

“É incongruente que a norma constitucional assegure o direito ao exercício cumulativo de dois cargos efetivos - não restringindo essa prerrogativa nem àqueles que já recebem o teto - e, ao mesmo

tempo, impeça o pagamento dos respectivos rendimentos, isto é, conferindo um direito despido de eficácia.

Caso se conclua pela incidência do teto constitucional nesses casos, estar-se-á permitindo o exercício gratuito da atividade pública profissional, o que é vedado, sob pena de autorizar-se o enriquecimento ilícito da administração. Ademais, a própria Lei 8.112/90 (art. 4º), norma geral aplicável aos servidores públicos, proíbe a prestação de serviços gratuitos. ” (STJ. RMS 33.170/DF)

Neste mesmo diapasão, vale ressaltar que, no âmbito administrativo do Poder Judiciário, o Conselho Nacional De Justiça editou a Resolução nº 13/2006 reconhecendo que não se submetem ao teto remuneratório o exercício da magistratura com o desempenho do magistério:

Art. 8º Ficam excluídas da incidência do teto remuneratório constitucional as seguintes verbas:

(...)

II - de caráter permanente:

a) remuneração ou provento decorrente do exercício do magistério, nos termos do art. 95, parágrafo único, inciso I, da Constituição Federal;

O entendimento firmado pela citada jurisprudência também é aplicado para servidores que se aposentaram em dois cargos acumuláveis. Neste caso, a soma dos dois proventos também poderá ultrapassar o teto.

Logo, o art. 40, § 11, da CF/88 deverá ser interpretado como sendo um teto para cada aposentadoria:

§ 11 - Aplica-se o limite fixado no art. 37, XI, à soma total dos proventos de inatividade, inclusive quando decorrentes da acumulação de cargos ou empregos públicos, bem como de outras atividades sujeitas a contribuição para o regime geral de previdência social, e ao montante resultante da adição de proventos de inatividade com remuneração de

cargo acumulável na forma desta Constituição, cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração, e de cargo eletivo.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme demonstrado ao longo deste trabalho, em regra, o texto constitucional proíbe a acumulação remunerada de cargos, empregos e funções públicas (art. 37, XVI e XVII, da CF/88). A regra incide sobre a Administração direta, indireta e sociedades controladas, direta ou indiretamente pelo Poder Público. A vedação recai sobre a acumulação remunerada.

Em que pese tal proibição, a Constituição prevê algumas exceções nas alíneas do inciso XVI do artigo 37 (dois cargos de professor, um cargo de professor com outro técnico científico ou dois cargos/empregos de profissionais de saúde).

A jurisprudência e a doutrina divergiam quanto a aplicação do chamado teto remuneratório aos casos de acumulação permitida pela própria constituição. Alguns defendiam que o teto deveria ser aplicado a soma dos cargos acumulados e outros que o teto recaia sobre os cargos considerados individualmente.

O Supremo Tribunal Federal, por decisão majoritária, pacificou o entendimento acerca da necessidade de observância do teto remuneratório nas hipóteses de acumulação de cargos públicos previstas na Constituição. Em suma, o Supremo entendeu que o teto remuneratório constitucional deve ser aplicado de forma isolada para cada cargo público acumulado e não pela soma das respectivas remunerações.

Assim, a divergência que incidia sobre o caso está superada. Em respeito à “valorização do valor do trabalho” e ao princípio da igualdade, o Plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu que servidores com mais de um cargo público podem receber acima do teto remuneratório constitucional, pois a regra deve ser aplicada isoladamente para cada cargo, e não pela soma total. O entendimento com efeito de repercussão

geral vai gerar novos cálculos aos casos de acumulações existentes e findar as inúmeras discussões sobre a matéria em questão.

5. REFERÊNCIAS

5.1 Bibliografia

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformada**. 7ªed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Administrativo**. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 26ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CARVALHO, MATHEUS. **Manual de Direito Administrativo**. 2ª Edição. Editora JusPodivm, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

5.2 Legislação e Jurisprudência

BRASIL. **Constituição (1988)**. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Publicado no D.O.U. de 5.10.1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 612975/MT**, Plenário, Relator Min. Marco Aurélio, julgado em 26/04/2017. Disponível em: <
<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=602043&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 07 de agosto de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 602043/MT**, Plenário, Relator Min. Marco Aurélio, julgado em 27/04/2017. Disponível em: <
<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=612975&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 07 de agosto de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no RMS nº AG 45.937-DF**, 1ª Turma, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Julgado em 05/11/2015. Disponível em: . Acesso em: 07 de agosto de 2017.

NOTAS:

[1] OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo, 5ª ed, Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 699.

[2] SUNDFELD, Carlos Ari. Inadmissibilidade da Acumulação de Cargo Público em

Empresa Estatal, jan/mar.1990, p. 146-9.

[3] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 612975/MT, Plenário, Relator Min. Marco Aurélio, julgado em 26/04/2017. Disponível em: <
<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=602043&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 07 de agosto de 2017.

[4] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 602043/MT, Plenário, Relator Min. Marco Aurélio, julgado em 27/04/2017. Disponível em: <
<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=612975&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 07 de agosto de 2017.

[5] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25ª ed., São Paulo, Malheiros, 2008, p. 245/246.

[6] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no RMS nº AG 45.937-DF, 1ª Turma, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Julgado em 05/11/2015. Disponível em: Acesso em: 07 de agosto de 2017.

NOTAS:

[1] OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo, 5ª ed, Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 699.

[2] SUNDFELD, Carlos Ari. Inadmissibilidade da Acumulação de Cargo Público em

Empresa Estatal, jan/mar.1990, p. 146-9.

[3] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 612975/MT**, Plenário, Relator Min. Marco Aurélio, julgado em 26/04/2017. Disponível em: <
<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=602043&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 07 de agosto de 2017.

[4] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 602043/MT**, Plenário, Relator Min. Marco Aurélio, julgado em 27/04/2017. Disponível em: <
<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=612975&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 07 de agosto de 2017.

[5] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25ª ed., São Paulo, Malheiros, 2008, p. 245/246.

[6] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no RMS nº AG 45.937-DF**, 1ª Turma, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Julgado em 05/11/2015. Disponível em: Acesso em: 07 de agosto de 2017.

DA TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO COMO NOVA MODALIDADE DE DANO INDENIZÁVEL

ANA LUISA IMOLENI MIOLA: graduada em Direito, pela Universidade Estadual de Maringá-UEM, aprovada nos concursos para defensor público na Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo.

Resumo: O presente artigo visa contextualizar os leitores sobre a recente e inovadora categoria de dano criada pela doutrina na seara consumerista e analisar suas principais características sob um viés crítico, pautado principalmente nos entendimentos dos Tribunais superiores e estaduais e nas vozes dos principais expoentes sobre o tema, abordando inclusive as controvérsias existentes sobre essa nova espécie de dano indenizável (ou não).

Palavras-chaves: direito do consumidor; perda do tempo útil/livre; dano moral; nova categoria de dano.

Abstract: The present article aims to contextualize the readers about the recent category of damage created by the doctrine in the consumer sector and analyze its main characteristics under a critical bias, based mainly on the understandings of the Superior and State Courts and on the voices of the main exponents on the subject, including The existing controversies over this new kind of compensable damage (or not).

Key-words: Consumer law; loss of free time, moral damage; new category of damage.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O tempo livre como bem jurídico indenizável. 3. A nova modalidade de dano indenizável. 4. Legislação aplicável. 5. Aplicabilidade nos tribunais. 6. Conclusão

1. Introdução

Não há dúvidas de que hoje vivemos dentro de uma sociedade de consumo em massa, que descarrega em cima de todas as pessoas- considerados sempre como consumidores em potencial- uma carga enorme de publicidade, que pode vir de maneiras sutis e até imperceptíveis- dentro dos produtos consumidos por um ator num capítulo de uma novela ou um filme; uma foto aparentemente

despretensiosa de uma pessoa famosa postada nas redes sociais usando determinada marca, comendo determinado alimento ou indo a determinado local- ou de maneira escancarada, como ocorre nos comerciais de TV, panfletos e outdoors espalhados por qualquer rua habitável por seres humanos.

A verdade é que a sociedade pós-revolução industrial não mais se contenta com o consumo necessário apenas à subsistência do indivíduo. Cada vez mais somos usados pelo modelo capitalista de produção como forma de manutenção e incremento dos lucros das grandes empresas, que não mais se propõem em vender os bens de consumo necessários a uma vida normal, sempre lançando novos modelos e versões de produtos e serviços que não necessitariam tão cedo de uma atualização de suas características.

E nós, seres humanos, falhos e suscetíveis, ficamos a mercê das grandes empresas capitalistas, que assim nos induzem ao consumo em massa de produtos que ou não precisamos ou não podemos pagar, mas mesmo assim nos fazem sentir/desejar tê-los, cabendo às agências publicitárias o grande papel de fomentar a ilusão e o desejo nos consumidores em potencial por meio de comerciais criativos, engraçados e até cativantes, mas que tem como função principal muitas vezes imperceptíveis aos mais inocentes, de captar a real necessidade de qualquer ser humano e nos fazer acreditar que chegaremos nela com a aquisição de determinado produto ou serviço: a tão sonhada e buscada felicidade.

Sendo assim, se, de um lado, os fornecedores obtêm lucros estrondosos dentro dessa sociedade de consumo em massa criada e mantida por eles próprios, nada mais justo do que quem tenha o bônus, arque com o ônus de indenizar todos os danos causados por seus produtos ou serviços colocados à disposição do consumidor no mercado de consumo: danos morais, materiais, ambientais e quaisquer outros danos que a doutrina, legisladores, operadores do direito e a jurisprudência dos tribunais vierem a criar e entenderem passíveis de indenização.

2. O tempo livre como bem jurídico indenizável

Para além dos superendividamentos, empréstimos para pagar os custos de outros empréstimos, juros exorbitantes e outras incontáveis lóstimas decorrentes de uma sociedade de consumo em massa, temos também na atual conjuntura das

idades urbanas de todo planeta a falta de tempo livre como principal reclamação dos trabalhadores em geral, que são meras engrenagens nessa máquina patriarcal moderna chamada capitalismo.

Não existe mais tempo para pais que desejam brincar com seus filhos, buscá-los na escola, comparecer a reuniões de condomínio ou simplesmente tempo para não fazer nada. Todo o tempo (ou quase todo) é gasto com trabalho, seja em casa, nas ruas, em escritórios ou utilizado para fins de aprimorar os conhecimentos com cursos e estudo, buscando sempre uma melhor qualificação no mercado de trabalho, almejando sempre estar bem colocado profissionalmente e assim receber um bom salário para poder arcar com os desejos de consumo incrustados em nossa mente e de nossa família a cada esquina que passamos.

O tempo para o lazer, para os filhos, para a família, amigos ou para o ócio (que também tem a sua importância, sim!) ficou curto ou sequer existe, tornando-se, portanto, um bem escasso, em falta no mercado, ao contrário de todas as versões quase que mensais do celular da moda, que jamais deixará de existir em qualquer loja que pretenda ter consumidores fiéis.

Por isso, o tempo livre deve passar a ser considerado um bem jurídico, assim como a vida, a integridade física, a saúde, a moradia, entre outros. Bem jurídico este de tamanha relevância nos dias atuais, em que a carga de trabalho e de stress é tão grande que a parcela de tempo no dia, na semana ou no mês que se tenha para poder ser utilizada da melhor forma que traga paz, serenidade, descanso ou simplesmente não fazer nada deve ser considerada como um bem de extrema importância para a manutenção da sanidade mental da sociedade em geral.

E, na qualidade de bem jurídico, o tempo livre deve ser palpável e indenizável assim como os demais bens jurídicos, caso sofra alguma violação por qualquer outro particular ou pessoa jurídica, devendo ser considerado ato ilícito tudo aquilo que retire do indivíduo o direito de gozar como bem quiser o tempo que dispõe para ser utilizado para lazer, família e amigos.

3. A nova modalidade de dano indenizável

A teoria da perda do tempo livre ou útil, também chamada de teoria do desvio produtivo do consumidor foi criada recentemente pela doutrina consumerista como uma nova espécie de dano indenizável economicamente, ao lado dos danos morais e materiais. Percebeu-se que quando o consumidor se depara com problemas causados pelos próprios fornecedores deste mercado de consumo em massa que estamos quase que obrigatoriamente inseridos, demanda-se um desperdício de tempo, em que o consumidor é obrigado a se afastar de seus afazeres cotidianos para buscar a solução do problema.

O desvio produtivo caracteriza-se quando o consumidor, diante de uma situação de mau atendimento, produtos ou serviços defeituosos ou não prestados/entregues, precisa desperdiçar o seu tempo e desviar seus esforços de uma atividade necessária ou por ele preferida para tentar resolver um problema criado pelo fornecedor. E esse [tempo gasto em problema de consumo deve ser indenizado](#), da mesma forma que os danos materiais ou morais também demandam uma indenização.

Importa salientar que para a referida teoria, não é toda e qualquer perda de tempo que enseja o caráter indenizatório, mas apenas aquela abusiva, desrespeitosa e intolerável, já que sabemos que existem situações do convívio cotidiano, ínsito à vida em sociedade, em que existe o gasto normal de determinado tempo no desempenho de atividades absolutamente normais e corriqueiras.

Nos dizeres de André Andrade:

“Muitas situações da vida cotidiana nos trazem a sensação da perda de tempo: o deslocamento entre a casa e o trabalho, as filas para pagamento em bancos, a espera de atendimento em consultórios médicos e tantas outras obrigações que nos absorvem e tomam um tempo que gostaríamos de dedicar a outras atividades. Essas são situações que devem ser toleradas, porque, evitáveis ou não, fazem parte da vida em sociedade. O mesmo não se pode dizer de certos casos de demora no cumprimento de obrigação contratual, em especial daqueles em que se verifica desídia, desatenção ou despreocupação dos obrigados morosos, na grande maioria das vezes, pessoas jurídicas, fornecedoras de produtos ou serviços, que não

investem como deveriam no atendimento de seus consumidores, ou que desenvolvem práticas abusivas, ou, ainda, que simplesmente vêem os consumidores como meros números de sua contabilidade.”^[1]

Devem ser consideradas intoleráveis as situações em que os consumidores, que já adquiriram e efetuaram o pagamento do produto ou serviço ou se obrigaram a tanto, serem compelidos a sair de sua rotina habitual e perder seu tempo disponível para tentar- e muitas vezes não conseguir- solucionar problemas causados por atos ilícitos ou condutas descuidadas, abusivas ou desrespeitosas de fornecedores, dos quais muitos sequer possuem canais de comunicação com o consumidor a fim de facilitar o recebimento de reclamações ou para prestar informações solicitadas pelos consumidores.

O consumidor observa seus direitos serem desrespeitados diuturnamente por fornecedores que não cumprem com o seu dever de lisura, correção e probidade previstos expressamente no Código de Defesa do Consumidor, gerando a perda de um tempo muito caro àqueles que pouco dele dispõem, devendo ser compensado de alguma forma.

O tempo é hoje um bem jurídico e só o seu titular pode dele dispor. Quem injustificadamente se apropria deste bem causa lesão que ultrapassa o mero aborrecimento cotidiano, sendo, passível, portanto, de indenização valorada economicamente.

As palavras do Desembargador Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro ilustram bem essa prática:

“O tempo, pela sua escassez, é um bem precioso para o indivíduo, tendo um valor que extrapola sua dimensão econômica. Por isso, afigura-se razoável que a perda desse bem, ainda que não implique prejuízo econômico ou material, dá ensejo a uma indenização. A ampliação do conceito de dano moral, para englobar situações nas quais um contratante se vê obrigado a perder seu tempo livre em razão da conduta abusiva do outro, não deve ser vista como um sinal de uma sociedade que não está disposta a suportar abusos”.

Alguns exemplos de situações que ensejam um desperdício injusto e ilegítimo do tempo útil do consumidor são elencadas por Marcos Dessaune e merecem serem aqui reproduzidas:

“Enfrentar uma fila demorada na agência bancária em que, dos 10 guichês existentes, só há dois ou três abertos para atendimento ao público; ter que retornar à loja quando não se é direcionado à assistência técnica autorizada ou ao fabricante para reclamar de um produto eletrônico que já apresenta problema alguns dias ou semanas depois da compra; telefonar insistentemente para o Serviço de Atendimento ao Consumidor (SAC) de uma empresa, contando a mesma história várias vezes, para tentar cancelar um serviço indesejado ou uma cobrança indevida, ou mesmo para pedir novas providências acerca de um produto ou serviço defeituoso renitente, mas repetidamente negligenciado; levar repetidas vezes à oficina, por causa de um vício renitente, um veículo que frequentemente sai de lá não só com o problema original intacto, mas também com outro problema que não existia antes; ter a obrigação de chegar ao aeroporto com a devida antecedência e depois descobrir que precisará ficar uma, duas, três horas ou mais aguardando desconfortavelmente pelo voo atrasado, algumas vezes até dentro do avião, sem obter informações da empresa responsável tampouco assistência material que a ela compete... [...]” [2]

4. Legislação aplicável

No âmbito legislativo, o tempo e o modo como o consumidor deve ser atendido é disciplinado pelo Decreto nº [6.523/08](#) ([Lei do SAC](#)), que regulamenta o [Código de Defesa do Consumidor](#) (Lei nº [8.078/90](#)).

O aludido decreto dispõe, especificamente, sobre: (i) seu âmbito de aplicação; (ii) acessibilidade do consumidor ao serviço; (iii) qualidade do atendimento; (iv) acompanhamento das demandas pelo consumidor; (v) procedimento para resolução das demandas; (vi) pedido de cancelamento do serviço. O que a leitura desse diploma nos permite constatar é que a celeridade no atendimento ao consumidor é uma de suas tônicas.

Ainda acerca do tema, a normatização do tempo de espera em ligações telefônicas para o serviço de atendimento ao consumidor (SAC) em serviços públicos regulados através do citado decreto e da Portaria 2.014/08 do Ministério da Justiça é um reflexo desta teoria, senão vejamos:

Art. 4o O SAC garantirá ao consumidor, no primeiro menu eletrônico, as opções de contato com o atendente, de reclamação e de cancelamento de contratos e serviços.

§ 1o A opção de contatar o atendimento pessoal constará de todas as subdivisões do menu eletrônico.

§ 2o O consumidor não terá a sua ligação finalizada pelo fornecedor antes da conclusão do atendimento.

§ 3o O acesso inicial ao atendente não será condicionado ao prévio fornecimento de dados pelo consumidor.

§ 4o Regulamentação específica tratará do tempo máximo necessário para o contato direto com o atendente, quando essa opção for selecionada.

Art.1º O tempo máximo para o contato direto com o atendente, quando essa opção for selecionada pelo consumidor, será de até 60 (sessenta) segundos, ressalvadas as hipóteses especificadas nesta Portaria.

§1º Nos serviços financeiros, o tempo máximo para o contato direto com o atendente será de até 45 (quarenta e cinco) segundos. Nas segundas-feiras, nos dias que antecedem e sucedem os feriados e no 5º dia útil de cada mês o referido prazo máximo será de até 90 (noventa) segundos.

§2º Nos serviços de energia elétrica, o tempo máximo para o contato direto com o atendente somente poderá ultrapassar o estabelecido no caput, nos casos de atendimentos emergenciais de abrangência sistêmica, assim considerados aqueles que, por sua própria natureza, impliquem a interrupção do fornecimento de energia elétrica a um grande número de consumidores, ocasionando elevada concentração de chamadas, nos termos de regulação setorial.

Art. 2º Os prazos fixados nesta portaria não excluem outros mais benéficos ao consumidor, decorrentes de regulamentações e contratos de concessão, observado o disposto no artigo 21 do Decreto n. 6.523/08.

Art.3º O SAC estará disponível, ininterruptamente, durante vinte e quatro horas por dia e sete dias por semana.

Veja, portanto, que a indenizabilidade da perda do tempo útil do consumidor é plenamente factível e fundamentada na legislação em vigor, não sendo, como alguns insistem em dizer, apenas mais uma “teoria maluca” da doutrina a fim de criar maiores prejuízos aos fornecedores em prol dos consumidores.

5. Aplicabilidade nos tribunais

Muito embora a teoria do desvio produtivo do consumidor seja algo que foi recentemente divulgada e com sua relevância descoberta ainda aos poucos pela maioria dos operadores do direito, os tribunais locais há algum tempo já vem aplicando-a, ainda que de forma tímida e excepcional, mas demonstrando a importância do tema para o âmbito do direito do consumidor:

Atualmente, situações que ensejam a perda do tempo livre do consumidor tem sido entendidas como abusivas pelo poder judiciário, sendo passíveis de reparação por dano moral por perda de tempo útil. Vejamos alguns julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

APELAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO E INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS. PLANO I CONTA TOTAL. SERVIÇOS DE TELEFONIA FIXA, MÓVEL E INTERNET. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. DIVERSAS TENTATIVAS DE SOLUCIONAR O PROBLEMA ADMINISTRATIVAMENTE, PERDURANDO O PROBLEMA POR MAIS DE ANO. EXISTÊNCIA DE LAUDO PARCIAL NESTE SENTIDO. ASPECTOS PREVENTIVO, PUNITIVO E PEDAGÓGICO DO DANO MORAL. PERDA DO TEMPO LIVRE QUE ULTRAPASSA O MERO ABORRECIMENTO. CONHECIMENTO E PROVIMENTO PARCIAL DO APELO DA PARTE AUTORA PARA REFORMAR PARCIALMENTE A SENTENÇA E CONDENAR A PARTE RÉ A

PAGAR R\$4.000,00 (QUATRO MIL REAIS) A TÍTULO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS.OBEDIÊNCIA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. (0068186-61.2010.8.19.0021 - DES. MARCELO ANATOCLES - Julgamento: 28/05/2014 - VIGESIMA TERCEIRA CAMARA CIVEL CONSUMIDOR)

APELAÇÃO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. DANOS MORAIS. COBRANÇA

INDEVIDA. PERDA DO TEMPO LIVRE. Considerando que a autora suportou muito mais que meros transtornos, tem ela direito a ressarcimento por danos morais, que, consoante precedentes desta Câmara e aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, merecem ser fixados um pouco acima do valor arbitrado na sentença, devendo ser majorados para o valor de R\$10.000,00, pois não só as rés não cancelaram o serviço conforme o solicitado, como ainda realizaram cobranças indevidas. Conforme narrado na inicial, a autora efetuou, no mínimo 12 protocolos de atendimento, para requerer a retirada do aparelho e o cancelamento das faturas que continuavam a ser debitadas indevidamente. Teoria da Indenização pela perda do Tempo Livre que deve ser considerada no arbitramento do dano moral, no caso concreto. Dá-se provimento à apelação.([0400326-67.2012.8.19.0001](#) – DES. MARIA AUGUSTA VAZ - Julgamento: 29/07/2014 - PRIMEIRA CAMARA CIVEL)

Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), também é possível identificar precedentes que aplicam a teoria do desvio produtivo ou da perda do tempo livre, sem, contudo, utilizar esta nomenclatura. Observem os seguintes julgados disponibilizados em informativos do STJ:

DIREITO DO CONSUMIDOR. DANO MORAL NO CASO DE VEÍCULO ZERO QUILOMETRO QUE RETORNA À CONCESSINÁRIA POR DIVERSAS VEZES PARA REPAROS. É cabível reparação por danos morais quando o consumidor de veículo automotor zero quilômetro necessita retornar à concessionária por diversas vezes para reparar defeitos apresentados no veículo adquirido. Precedentes citados: REsp 1.395.285-SP, Terceira Turma, DJe 12/12/2013; AgRg no AREsp 60.866-RS, Quarta Turma, DJe 1/2/2012; e AgRg no AREsp 76.980-RS, Quarta Turma, DJe 24/8/2012. REsp

1.443.268-DF, Rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 3/6/2014.

DANO MORAL. DEMORA. LIBERAÇÃO. HIPOTECA. Após o pagamento das parcelas do contrato de compra e venda de bem imóvel, os ora recorridos tiveram que se deslocar, por diversas vezes, ora à construtora com quem contrataram ora ao agente financeiro e, por fim, até o registro de imóveis, para verem regularizada a situação do imóvel, com a liberação do gravame hipotecário, obrigação, aliás, que não lhes cabia. Competia ao ora recorrente proceder ao levantamento da hipoteca, sem que houvesse qualquer necessidade de diligência por parte dos recorridos, que cumpriram suas obrigações contratuais. Assim, todas essas circunstâncias levam a concluir pela indenização por dano moral em razão da demora injustificada na liberação do ônus hipotecário. Logo, não se cuida de mero descumprimento contratual, mas de ato ilícito que deve ser reparado. Diante do exposto, a Turma negou provimento ao recurso. REsp 966.416-RS, Rel. Min. Massami Uyeda, julgado em 8/6/2010.

6. Conclusão

Na sociedade moderna, em que o número de horas trabalhadas aumenta a cada dia e a tecnologia da informação incrementa a velocidade de praticamente tudo, o tempo torna-se cada vez mais um recurso escasso e finito, apresentando extrema importância e preciosidade para os indivíduos, passando a adquirir um valor que extrapola sua dimensão meramente econômica.

Qualquer fração de tempo perdido de nossas vidas constitui um bem irre recuperável, na medida em que, conforme dizia o grande poeta Cazuza, “o tempo não para”. Sendo assim, a perda ilegítima do tempo, ainda que não gere diretamente prejuízos na esfera material do consumidor, será economicamente aferível, dando ensejo a uma indenização compensatória, já que numa sociedade capitalista em que vivemos, negar que tempo é dinheiro é negar a própria essência do mercado de consumo de massa.

Trata-se da ampliação do conceito de dano moral, englobando situações antes entendidas como meros dissabores cotidianos que seriam apenas

decorrência normal de uma sociedade moderna. Contudo, na esteira da legislação protetiva aplicável aos consumidores conforme determina a própria Constituição Federal como direito fundamental em seu art. 5º, XXXII, o tempo do consumidor perdido em função de condutas lesivas praticadas pelos fornecedores não deve ser considerado mero aborrecimento, mas sim um dano, assim como os demais, e da mesma forma, portanto, indenizável.

A perda do tempo do consumidor deve ser, cada vez mais, tutelada pelo direito, visando diminuir as práticas abusivas dos fornecedores de produtos e serviços, servindo como uma forma de punição pedagógica para aqueles que negligenciam ou desrespeitam o consumidor após a assinatura do contrato.

É importante observar que em matéria de direitos patrimoniais, relacionamentos diretamente a interesses econômicos, a perda e o decurso do tempo desempenham um papel fundamental, como se visualiza nos institutos dos juros remuneratórios, moratórios, cláusula penal e dano material na sua vertente dos lucros cessantes.

Já no plano dos direitos da personalidade, ou seja, direitos não patrimoniais, ainda existe grande resistência de parte da doutrina e dos julgadores em admitir que a perda do tempo em si possa constituir um dano economicamente reparável, tendendo quase sempre a ser considerado mero aborrecimento ou dissabor cotidiano. Tal entendimento deve ser duramente combatido.

O tempo despendido pelo consumidor na reclamação contra má prestação de serviços ou produtos defeituosos poderia ser utilizado para outros fins, como lazer, trabalho, estudo, descanso, amigos, família, entre outras inúmeras possibilidades para sua utilização, não cabendo ao consumidor arcar com o ônus gerado pelos fornecedores por sua própria desídia na resolução dos problemas causados por eles mesmos.

Aqueles que se locupletam diariamente com os bônus gerados pelo consumo em massa disponibilizados e publicitados como verdadeiras preciosidades necessárias para sobrevivência de qualquer consumidor, devem ser responsabilizados pela perda de tempo que causam nos consumidores que buscam soluções de problemas por eles não causados, a fim de tentar equiparar

ou pelo menos minimizar a enorme vantagem dos fornecedores em prol de consumidores, já tão onerados dentro desse odioso modelo capitalista selvagem.

Referências Bibliográficas

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil, volume único*. São Paulo: Método

BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DESSAUNE, Marcos. *Desvio Produtivo do Consumidor – O Prejuízo do Tempo Desperdiçado*. São Paulo: RT, 2011.

NUNES, Luís Antônio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NOTAS:

[1] ANDRADE, André Gustavo Corrêa, Dano moral em caso de descumprimento de

obrigação contratual. *Revista de Direito do Consumidor RT*, v. 53, p. 54, jan. 2005.

[2] DESSAUNE, Marcos. *Desvio Produtivo do Consumidor*. São Paulo: RT, 2011, p. 47 e 48.



DeVry
Brasil



**DEVRY FACIMP - FACULDADE DE IMPERATRIZ
CURSO DE DIREITO**

PATRICIA DINO ARAÚJO

**O SISTEMA DE PROGRESSÃO DE REGIME VIGENTE COMPARADO AO
PREVISTO NO PROJETO DE REFORMA DO CÓDIGO PENAL**

**Imperatriz
2017**

PATRICIA DINO ARAÚJO

**O SISTEMA DE PROGRESSÃO DE REGIME VIGENTE COMPARADO AO
PREVISTO NO PROJETO DE REFORMA DO CÓDIGO PENAL**

Monografia apresentada ao curso de Direito, da Devry-Facimp – Faculdade de Imperatriz, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Victor Hugo Almeida Lima.

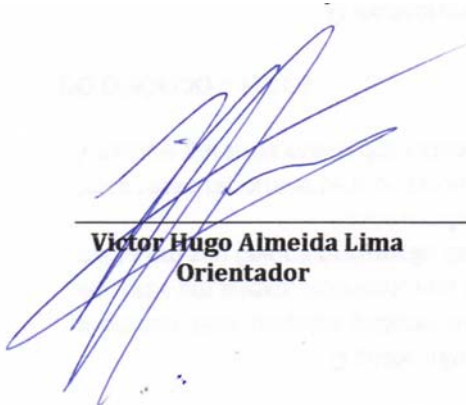
PATRICIA DINO ARAÚJO

**O SISTEMA DE PROGRESSÃO DE REGIME VIGENTE COMPARADO AO
PREVISTO NO PROJETO DE REFORMA DO CÓDIGO PENAL**

Monografia apresentada ao curso de Direito, da Devry-Facimp – Faculdade de Imperatriz, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Victor Hugo Almeida Lima.

Aprovada em: 07/07/2017.



Victor Hugo Almeida Lima
Orientador



DINALVA FEITOSA
Professora

**Catálogo na fonte -
Biblioteca da Faculdade Facimp | DeVry, Imperatriz/MA**

340.1
A658s

Araújo, Patricia Dino.

O sistema de progressão de regime vigente comparado ao previsto no projeto de reforma do Código Penal. / Patrícia Dino Araújo. Imperatriz – MA, 2017.

56f.

Trabalho de conclusão de curso de Direito (Graduação) – Faculdade de Imperatriz, Facimp / DeVry, 2017.

Orientador: Prof. Victor Hugo Almeida Lima.

1.Projeto de Lei nº 236/2012. 2.Regimes prisionais. 3.Execução.
I.Título.

“Desfazer-se, antes de tudo, da ilusão de que a pena seja, principalmente (se não exclusivamente), um modo de repressão dos delitos. [...] É preciso, antes, analisar os concretos sistemas punitivos, estudá-los como fenômenos sociais, dos quais não pode dar conta a só armadura jurídica da sociedade, nem as suas escolhas éticas fundamentais.”

(Michael Foucault)

O SISTEMA DE PROGRESSÃO DE REGIME VIGENTE COMPARADO AO PREVISTO NO PROJETO DE REFORMA DO CÓDIGO PENAL

Patrícia Dino Araújo¹
Victor Hugo Almeida Lima²

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso tem como principal objetivo analisar a progressão de regime de pena prevista no Projeto de Lei do Senado nº 236/2012, comparando-os com o disposto no atual Código Penal. Para a elaboração desse trabalho foi utilizado o método empírico, método de abordagem dedutiva e o método procedimental. Neste sentido, a pesquisa justifica-se tendo em vista a importância da defesa do Estado Democrático de Direito e o respeito a integridade do condenado e aos direitos adquiridos. No primeiro capítulo é explanado o histórico das penas e o surgimento do regime progressivo da pena. No segundo capítulo é exposta a história do Direito Penal brasileiro e o sistema adotado. No terceiro capítulo é demonstrada a progressão e regressão dos regimes em espécies, ou seja, o sentenciado condenado em determinado regime considerado como mais rigoroso poderá ser beneficiado e progredir para um regime mais brando depois de preenchidos os dois requisitos essenciais conforme disposto em lei: o requisito subjetivo e o requisito objetivo. Da mesma forma que poderá ser regredido para um regime mais rigoroso. No capítulo IV é feita uma abordagem sobre o sistema penal e a reprodução da realidade social, trata também da importância da defesa dos direitos humanos. No capítulo V é demonstrado um comparativo entre a norma atual e o Projeto de Lei do Senado nº 236 que manteve o sistema progressivo e, que tem sido alvo de condenações por doutrinadores. A pesquisa teve como resultado a descoberta de que nem sempre é possível ser eficaz operando com o direito penal e o processo penal, garantindo os Direitos Humanos, quando se trata de prevenir e/ou reprimir a criminalidade e a violência, conforme dados apontados pelo Comitê Parlamentar de Inquérito do sistema prisional. Pois a Lei de Execuções Penais mesmo representando um avanço em termos legislativos, não tem aplicação efetiva, porque o Poder Executivo não faz sua parte, dificultando a garantia dos deveres e direitos dos presos, já que as penitenciárias têm celas superlotadas, não havendo trabalho para os mesmos e muito menos individualização da pena. Na prática a realidade é outra, bem diferente da lei.

Palavras-chaves: Projeto de Lei nº 236/2012. Regimes prisionais. Execução

ABSTRATC

The aim of this study is to analyze the progression of penalty regime provided in the Senate Bill no. 236/2012, comparing it with what is disposed in the current Penal Code. We used the empirical method, the deductive approach method and the procedural method to elaborate this paper. In this sense, this research is justified by the importance of defending the Democratic State of Law and to respect the integrity of the convict and their acquired rights. In the first chapter, we explained the history of penalties and the origin of the progressive penalty regime. In the second chapter, we exposed the history of Brazilian Criminal Law and the system adopted. The third chapter demonstrates the progression and regression of regimes in species, that is, the convict sentenced in a certain regime considered more rigorous could benefit from and progress to a softer regime once two essential requirements have been fulfilled as provided by law: the subjective requirement and the objective requirement. In the same way, the convict can be reverted to a more rigorous regime. Chapter IV deals with the penal system and the reproduction of social reality, and also with the importance of human rights defense. In Chapter V, we compared the current law and the Senate Bill no. 236 which kept the progressive system, and which has been subject of disapproval by jurists. Results demonstrated that it is not always possible to be effective in dealing with criminal law and criminal prosecution, guaranteeing Human Rights, when the aim is to prevent and / or repress criminality and violence, according to data pointed out by the Parliamentary Committee of Inquiry on the prison system. Criminal Execution Law, even representing a legislative advance, has no effective application, because the Executive Branch does not do its part, making it difficult to guarantee prisoner duties and rights, since penitentiaries have overcrowded cells, prisoners have no occupation and there is no individualization of penalty. In practice reality is quite different from the law.

Key words: Senate Bill nº. 236/2012. Prison regime. Execution.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ART	Artigo
CF	Constituição Federal
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
LEP	Lei de Execução Penal
MP	Ministério Público
RIP	Regimento Interno Penitenciário
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 O SISTEMA ADOTADO PELO BRASIL.	
2.1 HISTÓRIA DO DIREITO PENAL BRASILEIRO	11
2.1.1 Período Colonial.....	12
2.1.2 Ordenações Do Reino	12
2.1.3 Código Criminal do Império	13
2.1.4. Período Reúblicano	14
2.2 O SISTEMA ADOTADO PELO BRASIL	16
2.2.1. A Suspensão Condicional da Pena e o Livramento Condicional.....	20
3 DO SISTEMA PROGRESSIVO DE PENA.	
3.1 O SISTEMA PROGRESSIVO DE PENA	21
3.1.1 Requisito Objetivo	25
3.1.2 Requisito Subjetivo	27
3.3 FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL DA PENA	28
3.3.1 Regime Fechado	29
3.3.2 Regime Semiaberto	30
3.3.3 Regime Aberto.....	30
3.4 FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL DIVERSO DO PREVISTO EM LEI	31
4 O SISTEMA PENAL E A REPRODUÇÃO DA REALIDADE SOCIAL.	
4.1 A DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS	31
4.2 O PANORAMA DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA DO ESTADO DO MARANHÃO.....	34
5 A CONCEPÇÃO PSICANALÍTICA DO CRIME.	
5.1 TEORIAS PSICANALÍTICAS SOBRE O ESTUDO DO CRIME E A SOCIEDADE PUNITIVA	37
6 A PROGRESSÃO DE REGIME VIGENTE COMPARADA COM A PREVISTA NO PROJETO DE REFORMA DO CÓDIGO PENAL	
6.1 REGIMES PRISIONAIS NO PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 236/2012	39
6.1.1 Regramento do Regime Fechado.....	40
6.1.2 Regramento do Regime Semiaberto	41
6.1.3 Ausência de Vagas no Regime Semiaberto	42
6.1.4 Regramento do Regime Aberto	43

6.2 QUANTO AO REQUISITO OBJETIVO	45
6.3 REQUISITO SUBJETIVO	46
METODOLOGIA	
1 TIPO DE PESQUISA	47
2 INSTRUMENTOS E TÉCNICAS DE COLETAS DE DADOS	47
3 VARIÁVEIS DE ESTUDO	47
4 TIPOS E FONTES DE ESTUDO	47
5 PROCEDIMENTOS E ASPECTOS ÉTICOS	48
6 PERÍODO DA PESQUISA	48
7 POPULAÇÃO E AMOSTRA.....	48
CONSIDERAÇÕES FINAIS	49
REFERÊNCIAS	52

1 INTRODUÇÃO

No Direito Penal o crime está tipificado em lei, é o dito tipo penal, e a pena é sua correspondente sanção. Mas nem todos os crimes tipificados em leis são perseguidos, embora ocorram no meio social. As Ciências Penais, regulada pela Dogmática Jurídica, adota uma postura punitiva em se tratando de controle social cuja postura é repressiva. Para a Criminologia Crítica, o que se preceitua é saber o que o sistema investiga e encontrar suas causas, para eliminá-las como forma de controle social.

O art. 33 e parágrafos do CP prevê três regimes para a execução da pena privativa de liberdade: fechado, semiaberto e aberto. Estabelece ainda o mesmo dispositivo que a pena de reclusão poderá ser executada em qualquer dos regimes prisionais, ao passo que a de detenção será executada em regime semiaberto ou aberto, ressalvada a hipótese de regressão.

Na fixação do regime de cumprimento da pena privativa de liberdade, deverá ser observada a modalidade da sanção (reclusão ou detenção), a quantidade aplicada e as circunstâncias judiciais do art 59 do CP (parágrafo 3º). A Constituição Federal prevê ainda a individualização da pena, determinando ainda que “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado” (art. 5º, XLVIII).

Com vistas à reintegração gradual do condenado à vida em sociedade, a Lei de Execução Penal adotou um modelo de sistema progressivo de cumprimento de pena privativa de liberdade, na qual atendidos os requisitos que especifica, o executado poderá passar de um regime mais rigoroso para outro mais brando, até que possa retornar definitivamente à vida livre. A lei também regula a regressão de regime, que determinará o caminho inverso. Vale dizer: pela regressão o executado passará de um regime mais brando para outro mais severo. Conforme a lei, o sistema progressivo adotado é compatível ao exigido pela Constituição Federal e nos tratados internacionais sobre Direitos Humanos assinados pelo Brasil. O problema é que no país alguns princípios constitucionais são corriqueiramente desconsiderados e a LEP não é cumprida, e isso fulmina todo o aparato do sistema

carcerário, pois não há vagas nos regimes fechado e semiaberto e, em regra, não há sequer estabelecimento para cumprimento de pena no regime adequado.

No Estado Democrático de Direito, o sistema execucional, cuja natureza jurídica é jurisdicional, submete-se a diversos princípios que decorrem desta sua mesma natureza, como: o princípio da legalidade, da publicidade, da oficialidade, da imparcialidade do juiz, da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal e do duplo grau de jurisdição. Incabível pensar na possibilidade de perda ou redução de direito sem que se dê atendimento aos princípios acima indicados e às suas implicações. O objetivo deste trabalho é o de analisar o regime de progressão, bem como o seu real funcionamento; a finalidade do sistema progressivo, demonstrando a progressão de regime em si, regime fechado, regime semiaberto, regime aberto e os requisitos necessários para sua concessão, buscando comparar com o projeto de lei do Senado Federal que faz alterações consideráveis no atual Código Penal.

Para a elaboração desse trabalho foi utilizado o método empírico, coleta de jurisprudência, método de abordagem dedutiva, já que o texto parte de conceitos pré-existentes e, o método procedimental, que se divide em várias espécies. Os procedimentos utilizados nesse texto são: os históricos, quando se aborda a origem da pena privativa de liberdade; os comparativos, quando se confronta a lei vigente; o estatístico, já que se trazem dados sobre população carcerária do Estado do Maranhão. Do ponto de vista de seus objetivos a pesquisa foi descritiva e exploratória, pois houve ampla investigação bibliográfica e descrição histórica do processo de criação e evolução das penas no Brasil. Do ponto de vista dos procedimentos técnicos a pesquisa foi Bibliográfica e documental, pois utiliza material já produzido: sentenças, leis, decretos, jurisprudências, doutrina e informações disponibilizadas na internet por órgãos oficiais, dentre outros.

Neste sentido, a pesquisa justifica-se tendo em vista a importância da defesa do Estado Democrático de Direito e o respeito à integridade do condenado e aos direitos adquiridos. Para tanto, dividimos o trabalho em sete tópicos. O primeiro tópicos dispõe sobre o sistema adotado pelo Brasil, a história do Direito Penal Brasileiro durante o período colonial, o código criminal do império e o período republicano. O tópico seguinte é explanado o sistema progressivo de pena, a

finalidade do sistema progressivo da pena privativa de liberdade, a fixação do regime inicial da pena, os tipos de regime: regime fechado, regime semiaberto e regime aberto. Esclarece os requisitos para concessão da progressão.

O tópico 5 aborda também a importância dos direitos humanos conforme Convenção Americana dos Direitos Humanos e seu impacto na ressocialização dos encarcerados e também da perspectiva psicanalítica do crime e da sociedade punitiva e o Panorama da População Carcerária no Estado do Maranhão. O tópico 6 trata da psicanálise, como a mesma pode ser uma importante ferramenta na formação do magistrado, uma vez que é insuficiente o conhecimento e a capacidade de penetração no mundo do acusado do ponto de vista processual, sendo o convencimento do juiz sempre desfavorável aos indivíduos provenientes dos estratos inferiores da população. É uma tendência inconsciente do magistrado, pois pesquisas empíricas têm colocado em relevo as diferenças de atitude emotiva e valorativa dos juízes diante de pessoas pertencentes a classes sociais inferiores.

O tópico 7 por sua vez, trata da discussão sobre a reforma do código penal, o Projeto de Lei do Senado nº 236, tema deste trabalho, diante da exposição de motivos do mesmo que afirma ser este o sistema que melhor enquadra-se ao princípio da individualização da pena conforme previsto na Constituição Federal de 1988, afirmando ainda que é o que mais possibilita a reintegração do condenado à vida em sociedade.

2 O SISTEMA ADOTADO PELO BRASIL

2.1 HISTÓRIA DO DIREITO PENAL BRASILEIRO

A finalidade primordial do Direito Penal é proteger a vida em sociedade ou conforme Luiz Prado, “o pensamento jurídico moderno reconhece que o escopo imediato e primordial do Direito Penal radica na proteção de bens jurídicos – essenciais ao indivíduo e à comunidade.”¹

Os valores abrigados pela Constituição, tais como a liberdade, a segurança, o bem-estar social, a igualdade e a justiça, são de tal grandeza que o Direito Penal

¹ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*, p.47.

não poderá virar-lhe as costas, servindo a Lei Maior de norte ao legislador na seleção dos bens tidos como fundamentais.²

Todo indivíduo preso no Brasil, seja por prisão temporária, preventiva ou decorrente de condenação criminal, será submetida ao regime determinado pela Lei de Execução Penal. Esta lei define os direitos e deveres dos presos, as obrigações do Estado para com eles, estabelece órgãos responsáveis pela execução penal, as características, condições e tipos de estabelecimentos penais. Mas se temos uma boa Lei de Execução Penal, por que então chegamos a este nível de barbárie? Porque o Poder Executivo não vem cumprindo o que determina a lei. Porque o Poder Judiciário tem preferência pelo encarceramento em massa, e os juízes não se sentem responsáveis pela tragédia.

Por se tratar de um tema altamente relevante para o tema estudado, tivemos a preocupação de esboçar a história do direito penal brasileiro, passando pelo período colonial, à frente tratamos a acerca das ordenações do Reino que se deu por via das Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas. Tratamos ainda do Período Imperial, cujo código destacou-se como sendo de suma importância para diversos Códigos Penais de países da América Latina. Destacamos ainda o Período Republicano, o Código Penal de 1940 e o Código Penal de 1969.

2.1.1 Período Colonial

Quando portugueses chegaram ao Brasil, tribos indígenas já existiam no país, com diferentes evoluções. Os indígenas chamados de tupis tinham desenvolvimento superior a dos tapuias, estes considerados bárbaros pelos primeiros.

Todo ideia possível sobre o Direito entre os indígenas, está ligada aos costumes, por isso era comum a prática pessoal da vingança privada, da vingança coletiva e o talião. Os motivos das guerras entre as tribos se resumia em capturar prisioneiros para os ritos antropofágicos, a tomada de espaço ou para vingar parentes mortos.³

Era normal a poligamia, apesar de haver alguns casamentos monogâmicos, os costumes eram de base patriarcal e o parentesco só era transmitido pelo lado

² QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito Penal* – Introdução crítica, p.17-18.

³ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*, p. 24.

paterno. Era lícito também o furto a estrangeiros e a hóspedes que não fossem conhecidos. O adultério era tido como fato indiferente, entretanto quando por uma mulher dava margem a graves violências. Não existem resquícios desta época no ordenamento jurídico atual.

2.1.2 Ordenações do Reino

Na história do Direito Penal brasileiro consta a existência de cinco Códigos Penais, desde o período colonial até os nossos dias. Até a independência teve por fonte o Livro V das Ordenações do Reino. As Ordenações Afonsinas entraram em vigor após a chegada dos portugueses ao Brasil, sendo estas mandadas compor por D. João I.⁴

Em 1446 foi concluído um trabalho com ampla influência do direito canônico e do direito romano, ao seu término a mesma veio a ser impressa e publicada com o nome de Ordenações Manuelinas, levando-se o nome daquele que incumbiu os juristas da época de o fazerem.

O rei Felipe II da Espanha, deteve seu reinado em Portugal com o nome de Felipe I, ordenou então que fosse feita uma revisão dos Velhos Códigos, eram as Ordenações Filipinas.

Desta forma, as legislações Afonsinas não exerceram grande influência no Brasil, com exceção de disposições incluídas nas Ordenações Manuelinas. Estas tiveram maior aplicação no período das capitanias hereditárias, principalmente nas capitanias de São Vicente e Pernambuco com maior prosperidade. Isto porque nesta época o que vigorava de fato era a vontade dos donatários, direito este adquirido através das cartas de doação, concedendo-lhes o exercício da justiça.

A legislação em nada mudou com a vinda de D. João VI ao Brasil. O país foi elevado à condição de Reino Unido, mas continuou tudo igual.

2.1.3 Código Criminal do Império

⁴ FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal, p. 25.

No dia 16 de dezembro de 1830 sancionou o Código Criminal do Brasil, fixando princípios sobre o espírito arbítrio e da moral, afirmando que não existe criminoso sem a litigância de má fé. As penas foram mais rigorosas: prisão simples, trabalhos forçados, desgredo, banimento, multa, suspensão de direitos e forca. No referido código a escravidão era tida como uma instituição do Estado, e ainda tinha a pena de morte que os códigos subsequentes aboliram. Foram inovações do referido Código:

1. A individualização da pena, contemplando os motivos do crime, só meio século depois tentado na Holanda e, depois, na Itália e na Noruega;
2. A cumplicidade (como agravante) ;
3. A previsão do atenuante da menoridade, desconhecida das legislações francesa, napolitana e adotada muito tempo após;
4. No arbítrio judicial no julgamento dos menores de 14 anos;
5. Na responsabilidade sucessiva nos crimes por meio da imprensa;
6. A indenização do dano ex-delicto como instituto de direito público;
7. A imprescritibilidade da condenação.

Importância mencionar que o Código Criminal do Império contribuiu para a elaboração do Código Penal Espanhol de 1848 e por via deste, em vários Códigos Penais de países da América Latina.

2.1.4 Período Republicano

Com a proclamação da República o então Ministro da Justiça do governo provisório, Campos Sales, teve o encargo de preparar novo Código Penal. Este foi terminado em pouco tempo e remetido à análise de uma comissão de juristas presidida pelo próprio ministro.

Em 11 de outubro do ano de 1890, foi o Código transformado no “Código Penal Brasileiro”, e por decreto datado em 6 de dezembro do mesmo ano, foi marcado o prazo de seis meses para a sua execução em todo território nacional.

Entre os atos legislativos mais importantes estão: os Decretos Leis de 2.110, de 30-09-1909, e 4.780, de 27-12-1923, que dispunha acerca do peculato, moeda falsa e outras falsificações; Decreto Lei 2.321, de 30-12-1910 que versou sobre

loterias e rifas; a Lei 2.992, de 25-09-1915, chamada de Lei Mello Franco, com novas disposições para a repressão do lenocínio e atentados ao pudor, conforme a conclusões da Conferência de Paris, de 1902; a Lei 3.987, de 02-01-1920, e o Decreto Lei 14.354 de 15-09-192 sobre falsificação e adulteração de gêneros alimentícios e medicinais; o Decreto 4.269, de 17-01-1921, sobre repressão ao anarquismo; o Decreto Lei 4.292 de 06-07-1921, sobre venda de entorpecentes; as leis de imprensa de 1923 e 1934; bem como o Decreto 16.588 de 06-09-1924, que introduziu na nossa legislação a suspensão condicional da pena, e o Decreto 16.665 de 06-11-1924, que regulou o livramento condicional. Teve ainda o Código de Menores que surgiu em 1927, trazendo alterações significativas as muitas disposições penais relativas a menores. Vigorou de 1890 a 1932, quando foi promulgada a Consolidação das Leis Penais, de Vicente Piragibe, que procurava reunir todas as leis extravagantes.

No ano de 1940 devido ao grande número de leis criminais foi promulgado um novo Código Penal, com vigência em 01 de janeiro de 1942. A legislação penal foi complementada com o surgimento da Lei das Contravenções Penais em 1940 e outras como: o Código Penal Militar, de 1944 (substituído posteriormente pelo Código de 1969); Lei de Imprensa, de 1953 (substituída posteriormente pela Lei nº 1967 e que recentemente foi declarado pleno do STF a sua não recepção pela CF/88); Lei de economia popular (Lei nº1.521, de 1951); Lei de segurança do Estado, de 1953 (revogada posteriormente pelo Decreto-Lei nº 1969). Têm-se ainda os dispositivos concernentes aos crimes falimentares (atualmente substituído pela Lei 11.101/2005); os crimes contra a propriedade industrial (previstos no Código de Propriedade Industrial, DL nº7.903, de 1945); os crimes de responsabilidade (Lei nº1.907, de 1950, e DL nº 1967); os crimes eleitorais (previstos no Código Eleitoral, Lei nº5.197, de 1967), os crimes florestais (Código Florestal, Lei nº4.771, de 1965) e crimes de pesca, previsto no Decreto-Lei nº221/67. Permanecendo, portanto, em vigor, o Código Penal de 1940, com algumas alterações que lhe fora introduzidas, dentre as quais as referentes à lei de nº 6.416 de 1977, que inseriu em seu bojo os estabelecimentos penais semiabertos e abertos, de que é espécie a

prisão-albergue. A Lei 7.209/84 introduziu as penas alternativas à prisão, além do sistema dos dias-multa.

No ano de 1964, o então Ministro Francisco Campos designou uma comissão revisora com Aníbal Bruno, seu presidente, Heleno Cláudio e por fim o próprio autor do anteprojeto, Nelson Hungria, cujo trabalho mesmo após as devidas revisões, não foi divulgado. Submeteu-se o projeto novamente a outra comissão composta por Benjamin Moraes Filho, Heleno Cláudio Fragoso e Ivo D'Aquino.

Mesmo não havendo a pretensão de se elaborar um Código, um estatuto foi convertido em lei por via do Decreto-lei nº 1.004, de 21 de outubro de 1969, que adotou: a pena indeterminada, considerada uma inovação negativa; a redução da idade mínima para imputabilidade para dezesseis anos, sendo exigido exame criminológico para constatar a capacidade de entendimento e autodeterminação do agente.

A parte geral que trata dos princípios básicos do direito penal foi totalmente reformada no ano de 1984, com a Lei 7209 de 11 de junho, acrescentando novos conceitos, a consolidação do sistema de cumprimento de penas, a progressão de regime, a regressão, as penas alternativas, as prestações de serviços às comunidades e a restrição de direitos, e ainda a Lei 7210 do mesmo ano, reformando amplamente e positivamente a execução penal.

3.2 O SISTEMA ADOTADO PELO BRASIL

Com a Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977, foi criado o regime semiaberto e adotou-se o sistema progressivo de cumprimento das penas privativas de liberdade que, dentre outras disposições (contendo modificações no Código de Processo Penal), alterou alguns dispositivos do Decreto Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), sobre algumas hipóteses de progressão de regime.

A alteração mencionada previa a possibilidade do isolamento absoluto inicial, por tempo não superior a três meses, cujo objetivo era conhecer a personalidade do condenado. Esse isolamento inicial da pena privativa de liberdade passou a ser facultativo.

Ficou a critério de lei local ou do Conselho Superior da Magistratura, ou órgão equivalente, a aplicação de um dos três regimes, bem como a progressão e a regressão de um para outro (art. 30, § 6º, inciso I, do Código Penal de 1940, com redação alterada pela Lei n- 6.416, de 24 de maio de 1977).

Algumas regras gerais já estavam definidas na norma, pois os benefícios eram adquiridos conforme critérios adotados, de tempo de pena,⁵ requisitos objetivos, definições de personalidade,⁶ comportamento,⁷ requisitos subjetivos e bem como as expressões caracterizadoras da ideologia do tratamento.⁸

No direito penal brasileiro, mais objetivamente na execução das penas privativas de liberdade, o instituto da progressão de regime é concedido pelo preenchimento de requisitos, os objetivos (requisitos temporais) e os subjetivos (comportamento), do condenado.

O Código Penal de 1940, já alterado em 1977, sofre mais uma alteração em 1984 (Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984), dando nova redação à parte geral. O novo diploma fixa três espécies de penas: as privativas de liberdade, as restritivas de direito e as penas pecuniárias (artigo 32 do Código Penal). Estabeleceu ainda que as penas privativas de liberdade serão de reclusão (que poderão ser cumpridas em regime fechado, semiaberto e aberto) e de detenção (que poderão ser cumpridas em regime semiaberto e abertas, exceto a hipótese de regressão de regime).

O § 2º do artigo 33 do Código Penal estabelece expressamente a progressividade na execução das penas privativas de liberdade. Devendo entretanto, ser identificado o mérito do condenado e critérios como: objetivos, de tempo, da reincidência e, finalmente, os critérios identificadores da personalidade e

⁵ “Art. 30 CP, § 5º, inciso I - Se a pena não for superior a quatro anos, poderá ser recolhido a estabelecimento de regime aberto, desde o início, ou:”

⁶ “Art. 30 CP, § 5º - O condenado não perigoso, (...)”

⁷ “Art. 30 CP, § 7a, inciso I - os requisitos objetivos e subjetivos que os condenados deverão ter para a sua obtenção.”

⁸ “Art. 30 CP, § 1a - O recluso passará, posteriormente, a trabalhar em comum, dentro do estabelecimento em que cumpre a pena ou fora dele, na conformidade de suas aptidões ou ocupações anteriores, desde que haja compatibilidade com os objetivos da pena.”

do comportamento do condenado, subjetivos e aqueles previstos no artigo 59 do CP⁹.

A progressividade de regime, bem como a ideologia do tratamento, está expressa na Exposição de Motivos (nº 35 e 37) da parte geral do Código Penal:

35 - A decisão será, no entanto, provisória, já que poderá ser revista no curso da execução. A fim de humanizar a pena privativa da liberdade, adota o Projeto o sistema progressivo de cumprimento da pena, de nova índole, mediante o qual poderá dar-se a substituição do regime a que estiver sujeito o condenado, segundo seu próprio mérito. A partir do regime fechado, fase mais severa do cumprimento da pena, possibilita o Projeto à outorga progressiva de parcelas da liberdade suprimida.

37 - Sob essa ótica, a progressiva conquista da liberdade pelo mérito substitui o tempo de prisão como condicionante exclusiva da devolução da liberdade.

A Lei de Execução Penal também dispõe que o cumprimento das penas privativas de liberdade será realizado de forma progressiva, conforme os artigos 112 e seguintes da referida Lei:

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 seu mérito indicar a progressão.

§ único - A decisão será motivada e precedida de parecer da Comissão Técnica de Classificação e do exame criminológico, quando necessário.

Determina a Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal¹⁰, quando fala sobre a progressividade de regime:

119 - A progressão deve ser uma conquista do condenado pelo seu mérito e pressupõe o cumprimento mínimo de um sexto da pena no regime anterior.

[...]

120 - Se o condenado estiver no regime fechado não poderá ser transferido diretamente para o regime aberto. Esta progressão depende do cumprimento mínimo de um sexto da pena no regime semiaberto, além da demonstração do mérito, compreendido tal vocábulo como aptidão, capacidade e merecimento, demonstrados no curso da execução.

⁹ Diz o artigo 59 do Código Penal: "O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime."

¹⁰ Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal - Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, publicada do Diário do Congresso (Seção II), de 29 de março de 1984.

Desta forma a atual redação da parte geral do Código Penal, que foi determinada pela Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, bem como a Lei de Execução Penal - Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, fixam que o sistema adotado pela legislação penal brasileira, quanto à execução das penas privativas de liberdade, é o progressivo.

Outro ponto é a fixação do regime inicial de cumprimento da pena da privativa de liberdade, definido na sentença condenatória conforme o artigo 59, inciso III, da Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, o juiz deverá estabelecer o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade. A partir daí será possível futuras progressões de regime.

Para a fixação do regime inicial, deve ser observado o que diz os parágrafos 2º e 3º, do artigo 33 da Parte Geral do Código Penal (Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984).

Na Legislação Penal brasileira existe a vedação legal para a progressão de regime quando o crime é definido em lei como Hediondo (ou a ele equiparado), conforme previsto no § 1º, do artigo 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, (Lei dos Crimes Hediondos). São considerados crimes hediondos previsto em lei: o homicídio simples (art. 121, CP), quando praticado em atividade típica de grupo, e homicídio qualificado (Artigo 121 § 2º, I, II, III, IV e V do CP); o latrocínio (art. 157, § 3º); a extorsão comum qualificada pela morte (art. 158, § 2º do CP); a extorsão mediante sequestro nas formas simples e qualificadas (art. 159, caput, e §§ 1º, 2º e 3º do CP); o estupro nas formas simples e qualificadas (art. 213, caput, §§ 1º e 2º do CP); o estupro de vulnerável (art. 217-A, caput, e §§ 1º, 2º, 3º e 4º do CP); a epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º do CP); a falsificação, a corrupção, a adulteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, caput e § 1º, § 1º A e § 1º B, com redação dada pela Lei nº 9.677, de 2/7/1998); o genocídio (crime que se encontra nos artigos 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956) tentado ou consumado. São equiparados aos crimes hediondos: a prática de tortura (art. 61, II, "d", CP), o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins

(artigos 33, caput; 33, § 1º; 34 e 37, da chamada Lei de Drogas, Lei nº 11.343/06) e o terrorismo¹¹.

Ao não ser observado o princípio da individualização da pena aos condenados por crimes hediondos, atenta-se contra o princípio da dignidade da pessoa humana e ofende-se o próprio Estado Democrático de Direito.

A Lei 8.072/1990 possui exceções, já na sua formulação, pois também os crimes hediondos possibilitam livramento condicional, exceto ao reincidente no crime hediondo.

O legislador, ansioso em dar uma resposta satisfatória e rápida à sociedade e motivado ainda pela mídia no combate à criminalidade aprovou sem muita análise, a Lei de Crimes Hediondos, sendo, entretanto, ineficaz no combate ao aumento do crime.

Diante dos fatos, o legislador se viu na obrigação de consertar o art. 2º, § 1º da Lei 8.072/90, elaborando outra lei, a 11.464/07. A redação anterior preconizava ao cumprimento de pena “integralmente em regime fechado”, a nova lei alterou para cumprimento “inicialmente em regime fechado”. Passando assim a possibilitar a progressão de regime. Agora para conseguir o benefício da progressão de pena, o condenado deverá cumprir 2/5 da pena em regime fechado, se for réu primário, ou deverá cumprir 3/5, se reincidente e continuará não tendo os benefícios da graça, anistia, indulto ou fiança. E destarte o juiz definiria de qual forma o preso cumpriria o restante da pena.

Para Luis Flávio Gomes:

Desde 1937, passando pelo Código Penal de 1940 e pelas 149 reformas penais até agosto de 2013, no Brasil só temos conseguido oferecer uma “solução” enganosa para o problema da criminalidade: edição de novas leis penais, cada vez mais duras. Verdadeiro populismo punitivo. Essas reformas penais costumam produzir efeito positivo efêmero logo após a sua aprovação, quando produzem, mas em seguida a criminalidade volta com toda intensidade. Um exemplo dessa política desastrosa

¹¹ A Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997, que definiu os crimes de tortura, em seu art. 1s, § 7e, dispôs que há a possibilidade de que a execução da pena para estes crimes poderá ser realizada de forma progressiva, revogando expressamente o disposto no art. 2- da Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos). Há, entretanto, uma grande discussão na doutrina e na jurisprudência brasileira no sentido de saber se a revogação abrangeu ou não todos os crimes enumerados na Lei nº 8.072/90.

(e absolutamente ineficaz a médio ou longo prazo) são os homicídios.

De 1986 a 1990, como se vê, o movimento foi de ascensão contínua. Os homicídios só aumentavam. Em 1990 veio a primeira lei dos crimes hediondos (Lei 8.072/90). Seu efeito redutor positivo se deu em 1991 e 1992. A partir daí, a escalada sanguinária não mais cessou. De acordo com os dados disponíveis no Datasus, do Ministério da Saúde, de 1986 até 1990 o crescimento no número de homicídios passou de 56%. Entre 1990 e 1992, após a aprovação da lei, a taxa caiu 8% e voltou a crescer 7,7% já no ano seguinte. A partir de 1994, quando veio a segunda lei dos crimes hediondos, os homicídios não caíram absolutamente nada. Ao contrário. Só aumentaram (de forma linearmente ascendente). Entre 1994 e 2000 o crescimento foi de 39%. Como acreditar nessa política repressiva populista, se ela não está diminuindo as mortes?¹²

Fica, portanto, evidente que a Lei não atingiu seu objetivo primordial, os Crimes Hediondos não diminuíram, pelo contrário aumentaram, demonstrando o fracasso das políticas públicas baseadas no rigor legal na tentativa de combater a criminalidade.

2.2.1 A suspensão condicional da pena e o livramento condicional

A suspensão condicional da pena e o livramento condicional vislumbra um tratamento àqueles condenados as penas de curta duração. A suspensão da pena, ou sursis, suspende a execução da pena privativa de liberdade e seus efeitos.

O artigo 83 do Código Penal brasileiro diz:

Art. 83 - O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que:

I - cumprida mais de um terço da pena se o condenado não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes;

II - cumprida mais da metade se o condenado for reincidente em crime doloso;

III - comprovado comportamento satisfatório durante a execução da pena, bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído e aptidão para prover à própria subsistência mediante trabalho honesto;

IV - tenha reparado, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo, o dano causado pela infração;

V - cumprido mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e terrorismo, se o apenado

¹² GOMES, Luís Flávio. A política da vingança e o aumento dos cadáveres. Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2013/10/23/a-politica-da-vinganca-e-o-aumento-dos-adaveres/>. Acessado em: 14 de abril de 2017.

não for reincidente específico em crimes dessa natureza.
 Parágrafo único - Para o condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a concessão do livramento ficará também subordinada à constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir.

A ideia era reduzir o tempo de permanência do preso. Além destes substitutivos, como a suspensão condicional da pena (presente nos artigos 77 e seguintes do Código Penal e artigo 11 da Lei de Contravenções Penais) e o livramento condicional (presente nos artigos 83 e seguintes do Código Penal), as principais medidas previstas na legislação penal são:

a) medidas restritivas da liberdade: a prisão albergue, o confinamento domiciliar e as limitações de fim de semana;

b) medidas restritivas de direito: aplicadas para evitar que certos direitos, funções ou profissões sejam exercidas por aqueles que não demonstrem condições para tal (previstas nos artigos 43 e seguintes do Código Penal);

c) penas pecuniárias (previstas nos artigos 49 e seguintes do Código Penal);

d) medidas de tratamento: destinando-se aqueles cujo comportamento denota alguma anomalia psíquica (artigo 98 e seguintes do Código Penal).

3 DO SISTEMA PROGRESSIVO DE PENA

3.1 O SISTEMA PROGRESSIVO DE PENA

O objetivo primordial da progressão de regime de cumprimento de pena é a readaptação, com conseqüente reinserção do condenado à sociedade. A progressão de pena acontece quando o preso passa de um regime rigoroso para um mais brando, tendo, entretanto, requisitos a serem cumpridos para esta progressão.

Nas palavras de Rogério Greco (2011, p.167): “progressão é uma medida de política criminal que serve de estímulo ao condenado durante o cumprimento de sua pena.”

Em contrapartida a lei regulamenta a regressão de regime, ou seja, passagem de um regime mais brando a outro mais severo.

O sistema progressivo adéqua-se ao princípio da individualização da pena, previsto no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal, pois permite ao preso a reinserção gradativa na sociedade, ao contrário de sistemas anteriores que, após um longo período de encarceramento, devolviam à sociedade o indivíduo totalmente despreparado para esse retorno.

Dispõe o artigo 112 da LEP:

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quanto 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.

O objetivo ressocializador visa à reeducação e a conseqüente reinserção social do preso e, estão previstos no artigo 1º da Lei de Execução Penal: “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

O preso poderá durante o cumprimento da pena migrar (progredir) para outro regime, desde que atenda os requisitos legais. A progressão de regime é constantemente criticada pela sociedade e pela imprensa, por tratar-se de um benefício ao preso, pois permite sua saída do estabelecimento penal antes mesmo do cumprimento integral da pena.

Foucault, considera a pena:

A prisão passa a ser considerada a pena das sociedades civilizadas, constitui-se em peça essencial no conjunto das punições e certamente é um momento importante na história da justiça penal: seu acesso à “humanidade”. A prisão transforma-se, num aparelho disciplinar exaustivo, que deve tomar a seu cargo todos os aspectos da pessoa, seu treinamento físico, sua aptidão para o trabalho, seu comportamento cotidiano, sua atitude moral, suas disposições. Muito mais que a escola, a oficina ou o exército, a prisão implica numa certa especialização respeitando os princípios do isolamento, do trabalho, da privação da liberdade individual.¹³

A pena deve seguir critérios orientados para a prevenção e readaptação do indivíduo. É necessário atentar-se aos princípios da proporcionalidade, humanidade

¹³ FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir: a história da violência nas prisões. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1987.

e ressocialização. A negação da progressão do regime prisional aumenta a superpopulação carcerária e alimenta o promíscuo ambiente prisional, formando “criminosos profissionais”, visto que a individualização da pena não ocorre na prática. Segundo Baratta¹⁴, a) pena serve à satisfação da necessidade inconsciente de punição que impede a uma ação proibida; b) a pena satisfaz também a necessidade de punição da sociedade, através de sua inconsciência identificação com o delinquente.

No sistema prisional brasileiro são poucos os que trabalham e/ou estudam, tudo o que fazem dentro do estabelecimento é determinado por lei. Tem hora para tudo, tem que dormir na hora prevista, comer na hora determinada, no máximo um banho de sol, atividades físicas são raridade. A pessoa deixa de exercer seu livre arbítrio e passa para uma fase de submissão completa e isso fará diferença quando do seu reingresso à sociedade. O trabalho dignifica, alimenta a esperança do condenado em uma outra vida ao sair, pode inclusive abrir portas desde que haja uma política para ampará-los durante a reinserção. O conhecimento promove o sentimento de liberdade, de crescimento e de espontaneidade do indivíduo. O cárcere, como ambiente disciplinar, tem caráter repressivo e uniformizante, sua ordem tem conduzido a dois caminhos, a educação para ser criminoso e a educação para ser bom preso.

Na concepção Bittencourt¹⁵ “[...] o objetivo da ressocialização é esperar do delinquente o respeito e a aceitação de tais normas com a finalidade de evitar a prática de novos delitos.” É dito por todas as ciências estudiosas do comportamento humano, entre elas a Psicanálise neste estudo abordada, a tendência natural do ser é de se adaptar ao ambiente em que esta vivendo. Quando passa a conviver com pessoas de diferentes faixas etárias e que cometeram crimes dos mais diversos, ao ser inserido em um sistema prisional, poderá o indivíduo mudar totalmente seu padrão psicológico e desenvolver distúrbios graves de conduta, como visto em rebeliões.

¹⁴ BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002

¹⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

Como ressalta Foucault¹⁶, “a pena privativa de liberdade não ressocializa o preso, pelo contrário é visível o aumento da taxa de reincidência (criminoso permanece estável)”, eis que “[...] depois de sair da prisão, se têm mais chance que antes de voltar para ela, os condenados são, em proporção considerável, antigos detentos.” Philippe Combessie (apud Rego, 2004, p. 231) em sua obra intitulada *Sociologie de la Prison*, traçou o perfil do preso levando em conta características sociológicas. Estudando variáveis como: valores relativos na população carcerária, dados de fluxo da entrada e saída do estabelecimento, sexo, idade, status social (sendo este um dos pontos principais do seu estudo), profissão anterior à prisão, nível escolar, nível de pobreza, laços familiares e por fim a nacionalidade, comparou esses dados posteriormente a distribuição da população carcerária e não carcerária. A análise do contexto social é de grande valia para elaboração de políticas criminais eficientes e pode ser o começo para resolver problemas do sistema prisional brasileiro bem como de toda sociedade.

Com a progressão de regime, espera-se que o perfil do detento e sua postura seja melhorada. Na teoria, segundo a LEP, os estabelecimentos prisionais deveriam adotar padrões diferenciados para atender as necessidades dos apenados, conforme condições impostas pelo seu regime prisional.

O relatório: “Brasil atrás das grades” elaborado pela organização Human Rights Watch, aponta a problemática sobre a superlotação (COSTA, et. al., 2008, p.2):

Embora as condições variem significativamente de Estado para outro e, de uma instituição para outra, as condições carcerárias no Brasil são normalmente assustadoras. Vários estabelecimentos prisionais mantêm entre duas e cinco vezes mais presos do que suas capacidades comportam. Em alguns estabelecimentos, a superlotação atingiu níveis desumanos com detentos amontoados em pequenas multidões. As celas lotadas e os dormitórios desses lugares mostram como os presos se amarram pelas grades para atenuar a demanda por espaço no chão ou são forçados a dormir em cima dos buracos de esgoto.

Percebendo que embora se tenha passado muitos anos da elaboração desse relatório, que descreveu os estabelecimentos prisionais dos estados do Amazonas,

¹⁶ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: a história da violência nas prisões*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1987.

Ceará, Minas Gerais, Paraíba, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, São Paulo e Brasília, entre setembro de 1997 e março de 1998, pouco ou nada se fez. A prova foram as rebeliões ocorridas nesses meses estados em 2016 e divulgadas por toda a imprensa! O relatório incluía recomendações detalhadas de políticas que objetivavam melhoria do sistema. Continuamos com a superlotação, com estabelecimentos prisionais que mais parecem “depósitos de gente”, com condições sub-humanas, degradantes e humilhantes.

Atualmente, o Estado brasileiro responde ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos sobre a ocorrência de violações no âmbito das unidades prisionais do Rio Grande do Sul (Presídio Central de Porto Alegre), Rondônia (Urso Branco), Pernambuco (Aníbal Bruno) e Maranhão (Pedrinhas), além de São Paulo (Parque São Lucas).

Baratta¹⁷ informa que “exames clínicos realizados com os clássicos testes de personalidade mostraram os efeitos negativos do encarceramento sobre a psique dos condenados e a correlação destes efeitos com a duração daquele”.

E continua:

Efeitos negativos sobre a personalidade e contrários ao fim educativo do tratamento têm, além disso, o regime de “privações”, especialmente quanto às relações heterossexuais, não só diretamente, mas também indiretamente, através do modo em que os meios de satisfação das necessidades são distribuídos na comunidade carcerária, em conformidade com as relações informais de poder e de prepotência que a caracterizam.¹⁸

Quando o preso sai enfrenta preconceitos por parte da sociedade, pois ainda o veem como uma ameaça para a sociedade. O rótulo eterno de ex-presidiário o acompanha em todos os ambientes o que o impossibilita encontrar um emprego, por exemplo, perde oportunidades, pois a sociedade credita-o o crime que cometeu mesmo após cumprimento de sua pena. Enfrenta rejeição até mesmo da sua própria família.

¹⁷ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

¹⁸ *Ibidem*, 2002.

Contém o art. 1º da Lei de Execução Penal uma ordem: “proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.”

A pessoa entra em liberdade, mas carrega consigo as consequências psicológicas obtidas com a experiência do cárcere e leva um bom tempo até que ela volte às suas culturas e a um convívio social satisfatório. Pois a submissão do interno, segundo disciplina do estabelecimento prisional, leva-o a uma desculturalização, ou seja, a perda da capacidade para adquirir hábitos que se exige na sociedade em geral, com prejuízo da sua identidade pessoal.

Isto por envolver-se em um ambiente totalmente diferente ao habitual e que ainda por cima lhe causa danos psicológicos, pois o ambiente prisional (tal como se conhece) danifica ou impossibilita o funcionamento normal dos mecanismos compensadores da psique, responsáveis por conservar o equilíbrio e a saúde mental. O ambiente exerce influência tão negativa que propicia a aparição de desequilíbrios que podem ir desde uma simples reação psicológica, até um quadro psicótico, segundo a capacidade de adaptação do mesmo.

3.1.1 Requisito Objetivo

Quando se fala em requisito objetivo refere-se a condições gerais, conforme artigo 112 da LEP, o cumprimento da fração de 1/6 da pena.

Segundo Gonçalves (2012, p. 130) afirma que o requisito objetivo para progressão ao regime semiaberto o condenado terá que cumprir um sexto da pena imposta em sentença, ou do total da soma no caso de várias execuções.

O colendo Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento de que, conforme súmula de número 715, a pena unificada para atender ao limite de trinta anos de cumprimento não é considerada para a concessão de outros benefícios, como o livramento condicional ou o regime mais favorável de execução.

No mesmo sentido, os Tribunais firmaram entendimento de que quando ocorrer do condenado cumprir todos os requisitos, tanto objetivos como subjetivos para a progressão de regime e não tiver disponibilidade de estabelecimento penal no regime semiaberto, o condenado deverá ser colado em regime aberto, pois

não poderá ser prejudicado aguardando no regime mais gravoso por falta de estrutura do Estado.

Foi ainda o Supremo Tribunal Federal que, através da súmula de número 716, possibilitou admissão da progressão de regime, ou a aplicação imediata de regime menos gravoso, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Ainda através da súmula de número 717, o Supremo Tribunal Federal entendeu que não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato do réu se encontrar em prisão especial.

Importante mencionar que a finalidade demonstrada pelo Estado com a fixação do prazo de cumprimento de 1/6 da pena, é a regra geral e está inspirada na motivação do bom comportamento, sendo assim quando o condenado comete alguma falta grave o prazo de contagem é interrompido, iniciando uma nova contagem.

A exceção acontece no caso dos crimes hediondos e assemelhados (homicídio quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, homicídio qualificado latrocínio, extorsão qualificada pela morte, extorsão mediante sequestro e na forma qualificada, estupro, estupro de vulnerável, epidemia com resultado morte falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais, favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável – Art. 1º da Lei 11.464/2007 e tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo – Art. 2º caput da Lei 11.464/2007) onde o lapso temporal exigido para a progressão é o previsto no § 2º do artigo 2º da Lei 11.464/2007:

A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente.

Tem ainda os crimes contra administração pública, que por força do artigo 33, parágrafo 4º, do Código Penal, o condenado para ter o benefício da progressão de pena deverá reparar o dano causado ou devolver o produto do ilícito praticado com os devidos acréscimos legais.

3.1.2 Requisito Subjetivo

Requisitos subjetivos referem-se sobre a pessoa do condenado, sobretudo seu bom comportamento na prisão, comprovado pelo diretor do presídio, por meio de atestado, conforme regula o artigo 112 da lei 7.210/84. No documento deverá constar se o condenado cumpriu todas as regras disciplinares carcerárias através do seu histórico. Quando o diretor do presídio atesta que o preso tem bom comportamento carcerário, ele está afirmando que o preso respeitou e ainda respeita as regras internas de disciplina.

É importante citar que a lei 10.792/03 alterou a redação do artigo 112 da lei 7.210/84, deixando de exigir parecer da Comissão técnica de classificação e exame criminológico para a progressão de regime. O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez diante de calorosas discussões sobre o tema, pacificou os questionamentos referentes à exigência do exame criminológico através da súmula de número 439, que permite a elaboração do exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada do juiz.

Dessa forma, Renato Marcão afirma:

Embora agora a lei não mais exija expressamente a comprovação de mérito, tampouco condicione a progressão ao parecer da Comissão Técnica de Classificação ou a exame criminológico, ao contrário do que muitas vezes se tem sustentado, mesmo após o advento da Lei n. 10.792/2003 continuamos entendendo que o direito à progressão ainda repousa no binômio tempo e mérito (MARCÃO, p. 164, 2011).

Para Renato Marcão, a mudança não foi saudável:

Defendemos, mediante necessária mudança na lei, a volta do exame criminológico para apreciação do requisito subjetivo, mas apenas em relação a determinados tipos de crimes, tais como os hediondos e assemelhados e outros que escapam da Lei 8072/90, praticados mediante violência ou grave ameaça (MARCÃO, p. 164, 2011).

Em relação aos crimes hediondos e assemelhados, o STF expediu a Súmula Vinculante 26, que tem a seguinte redação:

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. 8072, 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.

É possível extrair desta súmula o entendimento de que a realização do exame criminológico só será possível para crimes hediondos ou equipados. Entretanto, as decisões da corte tem permitido a determinação de exame criminológico desde fundamentadas pelo juiz.

Em âmbito federal, temos o Regulamento das Penitenciárias Federais, disciplinada pelo Decreto nº 6.049 que dispõe:

Art. 76. A conduta do preso recolhido em estabelecimento penal federal será classificada como:

I - ótima;

II - boa;

III - regular; ou

IV - má.

Art. 77. Ótimo comportamento carcerário é aquele decorrente de prontuário sem anotações de falta disciplinar, desde o ingresso do preso no estabelecimento penal federal até o momento da requisição do atestado de conduta, somado à anotação de uma ou mais recompensas.

Art. 78. Bom comportamento carcerário é aquele decorrente de prontuário sem anotações de falta disciplinar, desde o ingresso do preso no estabelecimento penal federal até o momento da requisição do atestado de conduta.

Parágrafo único. Equipara-se ao bom comportamento carcerário o do preso cujo prontuário registra a prática de faltas, com reabilitação posterior de conduta.

Conforme já mencionado, o comportamento no carcerário não é o único método preenchimento do requisito subjetivo. Caso seja entendimento do juiz ou do promotor de justiça, estes poderão ordenar ou requerer o exame criminológico.

3.3 FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL DA PENA

As principais penas estão descritas no artigo 32 do Código Penal que são: a privativa de liberdade, restritiva de direito e de multa. Quando se fala em cerceamento do direito de ir e vir de alguém, trata-se da aplicação da restrição da liberdade, o qual pelo expressivo grau de importância desse bem jurídico foi necessário criar meios para que tal restrição não fosse imposta discricionariamente pelas autoridades.

O Brasil adotou o sistema de execução da pena de forma progressiva, ou seja, de acordo com o mérito do condenado. Nos precisos termos do artigo 5º, XLVI, da CF, a lei regulará a individualização da pena, adotando: privação ou restrição da liberdade, perda de bens, multa, prestação social alternativa e suspensão ou interdição de direitos. Sendo assim o artigo 33, parágrafo 1º, do Código Penal, estabelece três formas de regime de cumprimento de pena a ser estabelecido pelo juiz em sentença condenatória (art. 110, da LE): o regime fechado, o regime semiaberto e o regime aberto.

Extrai-se do art. 59, III, do CP, que na fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade o juiz deve levar em conta a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias e consequências do delito, bem como o comportamento da vítima.

3.3.1 Regime Fechado

Conforme artigo 34 do Código Penal:

O condenado será submetido, no início do cumprimento da pena, a exame criminológico de classificação para individualização da execução.

§1º O condenado fica sujeito a trabalho no período diurno e a isolamento durante o repouso noturno.

§2º O trabalho será em comum em comum dentro do estabelecimento, na conformidade das aptidões ou ocupações anteriores do condenado, desde que compatíveis com a execução da pena.

§3º O trabalho externo é admissível, no regime fechado, em serviços ou obras públicas.

Esse regime é aplicável aos condenados a pena de reclusão ou preso provisório, sendo a reclusão mais gravosa que a pena de detenção, pois visa punir condutas mais graves. Devendo ser cumprida em estabelecimento de segurança máxima ou média, ou seja, será cumprida em uma penitenciária.

3.3.2 Regime Semiaberto

Conforme artigo 35 do Código Penal:

Aplica-se a norma do art. 34 deste Código, caput, ao condenado que inicie o cumprimento da pena em regime semiaberto.

§1º O condenado fica sujeito a trabalho em comum durante o período diurno, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar.

§2º O trabalho externo é admissível, bem como a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior.

Aplicar-se-á o regime semiaberto aos condenados não reincidentes, cuja pena seja superior a 4 nos e inferior a 8 anos. O condenado ficará sujeito a trabalho em comum durante o período diurno em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar e no período noturno deverá ser recolhido. É admitido o trabalho externo, bem como a frequência em cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior, conforme artigo 35, § 2º, do Código Penal, observada a Súmula 269 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), ou, ainda, tendo em vista as circunstâncias do art. 59 do CP (art. 33, §3º, do CP).

Importante lembrar que aos presos sob regime de cumprimento fechado e semiaberto poderão obter a chamada permissão de saída mediante escolta, em caso de falecimento do cônjuge, companheira, ascendente, descendente, ou irmão, e em caso de tratamento médico, conforme disposto no artigo 120 da lei 7.210/84.

3.3.3 Regime Aberto

Conforme artigo 36, do Código Penal Brasileiro:

O regime aberto baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado.

§1º O condenado deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância, sem trabalhar, frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga.

§2º O condenado será transferido do regime aberto, se praticar fato definido como crime doloso, se frustrar os fins da execução ou se, podendo, não pagar a multa cumulativamente aplicada.

Será aplicado o regime aberto ao condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 anos, o qual poderá cumpri-la desde o início nesse regime. A pena será cumprida nas casas de albergado, que se destinam aos condenados para cumprimento de pena no regime aberto e para cumprimento das penas de limitações de finais de semana. Em consonância com o artigo 117 da lei 7.210/84, criaram-se exceções para que o condenado cumprisse sua pena no regime aberto em sua

residência particular, os quais são; ter mais de 70 anos de idade, ser acometido de doença grave, quando a condenada tiver filho menor ou deficiência física ou mental e finalmente se for gestante.

3.4 FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL DIVERSO DO PREVISTO EM LEI

Na exposição de motivos da LEP são feitas diferenciações a respeito do possível cabimento de prisão domiciliar para os condenados a pena privativa de liberdade:

Artigo 124. Reconhecendo que a prisão – albergue não se confunde com prisão – domiciliar, o Projeto declara, para evitar dúvidas, que o regime aberto não admite a execução da pena em residência particular, salvo quando se tratar de condenado maior de setenta anos ou acometido de grave doença e de condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental, ou, finalmente, de condenada gestante. Trata-se, aí, de exceção plenamente justificada em face das condições pessoais do agente.

O ocorre inversão nos estabelecimento adequados para cumprimento da pena. Exemplo, o regime semiaberto deveria que ser cumprido em colônias agrícolas, industrial ou similar, muitas vezes são cumpridas em casas de albergado. E quando no regime aberto, devendo ser cumprida nas casas de albergado são cumpridas regime domiciliar.

4 O SISTEMA PENAL E A REPRODUÇÃO DA REALIDADE SOCIAL.

4.1 A DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS

Nem sempre a sociedade esteve organizada como a conhecemos atualmente. Ao longo da história, a humanidade evoluiu naquilo que diz respeito às formas de sobrevivência e organização da vida em comunidade, buscando consolidar princípios solidários e de respeito à vida.

Situações de conflito armado – causadas principalmente por divergência políticas, religiosas, culturais, étnico-raciais e disputas territoriais – são uma constante em nossa história. Por outro lado, muitas vezes em resposta a tais situações, temos uma história de construção de realidades nas quais a vida é considerada o valor maior e, portanto, deve ser protegida e viabilizada em sua integridade. Dessa compreensão surgem diversos mecanismos de defesa dos

Direitos Humanos e de promoção de uma cultura que se oponha radicalmente a todos os tipos de violência.

É principalmente a partir da segunda metade do século XX que o paradigma dos Direitos Humanos se consolida reunindo referenciais jurídicos, teóricos e empírico-metodológicos. Desde então, ampliou-se o escopo de direitos, e hoje trabalhamos com uma abordagem que reúne não somente os direitos civis e políticos, mas também os direitos sociais, econômicos, culturais e ambientais. O princípio máximo desse paradigma é a universalidade da dignidade humana, sendo considerada a singularidade de cada indivíduo e seu segmento sociocultural.

Nesse sentido, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada em 1948, é uma referência basilar na qual encontramos todos os princípios e direitos expressos. Esse documento é um marco para a humanidade, uma vez que buscou alinhar as nações a um compromisso de defesa incondicional do direito de todos à vida digna em qualquer contexto em que ela se encontre. Os Direitos Humanos são um conjunto de princípios e direitos que juntos representam a defesa e a promoção da vida digna para a pessoa humana. Isso implica considerar a universalidade do ser humano e também as especificidades de cada pessoa, ou seja, a prática dos Direitos Humanos deve considerar que o direito à vida digna é um princípio que rege todas as políticas públicas diante da especificidade de cada grupo e de cada segmento social.

Historicamente, os Direitos Humanos vêm se transformando e ampliando sua abordagem diante das conquistas sociais e transformações culturais. A princípio, se referiam ao homem enquanto indivíduo (direitos de liberdades); em seguida, observavam uma compreensão de homem como sujeito social e político (direitos de igualdade), aspectos que amplia o campo dos direitos para essas dimensões; atualmente, a abordagem dos Direitos Humanos é bem mais ampla, na medida em que se compreende o homem como um ser coletivo (direitos de fraternidade e solidariedade), que existe em um mundo em interação, complexos, quase sem fronteiras, que – graças aos avanços tecnológicos – amplia infinitamente as possibilidades de trocas, de construção de conhecimento e de acesso à informação. Segundo Oscar Villena VIEIRA (2008, p. 207), são as desigualdades sociais “que

causam a invisibilidade daqueles submetidos à pobreza extrema, a demonização daqueles que desafiam o sistema e a imunidade dos privilegiados”, minando assim o próprio Estado de Direito e a observância das leis. A ofensa à dignidade dos invisíveis é igualmente invisível, porque não gera reação política ou social.

Viver com dignidade em um contexto de respeito aos direitos fundamentais tem sido uma busca permanente da sociedade civil e dos movimentos sociais, processo que se acentuou nas décadas finais do século XX, período conhecido como “redemocratização do Brasil”. Foi a partir dos anos 1980 que os processos de defesa e concretização dos direitos constitucionais e dos Direitos Humanos ganharam nova energia e visibilidade e, culturalmente, passaram a fazer parte do cotidiano nacional de uma maneira mais universalizada. Podemos considerar que, com o fim da ditadura, a retomada dos princípios e garantias universais, instituintes da vida, e da vida em comunidade se tornou um objetivo para a sociedade brasileira.

A concepção de dignidade da pessoa humana não pode ser afastada dos rotulados como criminosos e bandidos, a hipótese é a de que a própria concepção de dignidade está vinculada às práticas do indivíduo e não à sua condição inerente de ser humano. Desta forma, os encarcerados não são vistos como titulares de direitos, autorizando-se o uso repressivo e até mesmo letal das forças estatais.

Mesmo essa visão de garantia dos direitos humanos sendo um tanto mais palpável, ainda se configura como um dever ser, pois na contraditória realidade nem todos podem desfrutar desses direitos. Os direitos humanos têm exercido duas funções: na primeira os direitos humanos atuam como limitação ao poder do Estado de punir, limitando igualmente as condições da punição; e uma outra função positiva, que seria limitando a criação de leis e a sua aplicação, direcionada não somente excluídos. Nesse sentido, é que os direitos humanos e a dignidade humana tem a importante tarefa de serem limites ao poder de punir do Estado, servindo de baliza para o hiperencarceramento brasileiro.

Conforme relatório da CPI do sistema carcerário nenhum presídio brasileiro cumpria as exigências legais exigidas na Lei de Execução Penal Brasileira (CPI, 2009), seguem a mesma conclusão os relatórios da ONU, entre outros. Segundo a CPI, o Brasil, em 2014, ficou em terceiro lugar no ranking mundial dos países com

maior número de pessoas cumprindo pena em regime fechado, somam-se 715.592 pessoas sob custódia, 567.655 estão presas no sistema prisional e 147.937 em prisão domiciliar.

Ainda conforme o relatório, o Brasil também tem 20.532 jovens cumprindo medidas socioeducativas, onde a contenção desses jovens além de humilhante, pouco atende as condições de ressocialização. O que se vê hoje são estabelecimentos prisionais incapazes de proporcionar o mínimo de dignidade as essas pessoas, encontramos pessoas amontoadas em cubículos, sem quaisquer condições de higiene, iluminação, alimentação, vestuário, educação e trabalho adequadas.

Quanto à superlotação, dados da mesma CPI demonstram que o sistema prisional brasileiro:

[...]

apresenta um déficit de mais de 220 mil vagas, o que representa a total impossibilidade de cumprir os direitos dos presos de estar em uma cela individual que atenda ao mínimo desejável a reabilitação, arejada, que contém um dormitório, aparelho sanitário e lavatório com área mínima de 6 m².

Outro dado relevante é o de que 40,1% dos presos são presos provisórios, aguardam sentença, sem levar os presos nas delegacias de polícia! Nos últimos 20 anos, o encarceramento cresceu 379%, sendo que a população do país cresceu em ritmo diferente, apenas 30%, isto representa 300,96 presos por 100 mil habitantes.

Importante frisar o perfil da população carcerária no Brasil, composta por homens, pretos ou pardos, jovens e com baixa escolaridade (CONNECTAS, 2014).

4.2 O PANORAMA DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA DO ESTADO DO MARANHÃO

Os Estados e a União por sua vez, criaram resoluções para definir como seria avaliado o bom comportamento carcerário do preso. No Maranhão foi promulgado o Decreto n.º 31.356/15 que dispõe sobre o Regulamento Disciplinar Prisional, prevendo deveres, direitos (com recompensas pelo bom comportamento) e sanções disciplinares, com agravantes, conforme se vê:

Art. 1º. Este Regulamento destina-se a fixar nas Unidades Prisionais da Secretaria de Estado de Administração Penitenciária, deveres e

direitos dos presos, bem como as normas básicas de conduta e disciplina.

Art. 2º Cumpre ao preso, seja provisório, condenado a pena privativa de liberdade nos regimes fechado e semiaberto, ou submetidos a medidas de segurança, além das obrigações inerentes ao seu estado, submeter-se às normas de execução da pena ou medida e segurança.

[...]

Art. 9º As recompensas têm em vista o bom comportamento reconhecido em favor do preso, de sua colaboração com a disciplina e de sua dedicação ao trabalho.

Parágrafo único. As recompensas têm a finalidade de motivar o bom comportamento, desenvolver o senso de responsabilidade e promover o interesse e a cooperação do preso.

Art. 10. São recompensas:

I - elogio;

II - concessão de regalias.

Art. 11. É considerada, para efeito de elogio, a prática de ato de excepcional relevância humanitária ou de interesse do bem comum, registrado em portaria do Diretor Geral da Unidade Prisional.

Art. 12. O Conselho Disciplinar, por proposta escrita do Diretor Geral ou funcionário da Unidade, avaliará a concessão do elogio ao preso que se destacar, bem como o comportamento deste.

[...]

Art. 26. As faltas disciplinares, segundo sua natureza, consistem em condutas omissivas ou comissivas que violem as disposições constantes deste Decreto, classificando-se em:

I - leve;

II - média;

III - grave.

[...]

Art.31. São circunstâncias agravantes na aplicação das penalidades:

I - reincidência em falta disciplinar, nos termos do art. 63 do Código Penal;

II - a prática de falta em local público quando em escolta ou no benefício de saída temporária;

III - ter praticado infração com abuso de confiança;

IV - prática de ato faltoso com premeditação ou em conluio com o funcionário ou outro preso;

V - prática de falta disciplinar durante o prazo de reabilitação do comportamento por sanção anterior ou durante o cumprimento de sanção disciplinar de natureza grave.

E a Portaria nº 466/16 que define procedimentos da Comissão Técnica de Classificação nas Unidades Prisionais, conforme abaixo:

Art. 1º A Supervisão da Comissão Técnica de Classificação tem por finalidade subsidiar informações a Secretaria Adjunta de Atendimento e Humanização Penitenciária - SAAHP através das Comissões Técnicas de Classificação implantadas nas Unidades Prisionais da Secretaria de Estado de Administração Penitenciária do Maranhão, que visam à individualização da pena, competindo-lhe...

[...]

Art. 5º Para orientar a individualização da execução penal, os presos condenados serão classificados segundo os seus antecedentes e personalidade.

O déficit de vagas no sistema carcerário maranhense é de 6.549, conforme mostram os dados mais recentes divulgados pela Unidade de Monitoramento Carcerário (UMF) do Tribunal de Justiça do Maranhão.

De acordo com as estatísticas do relatório, existem 12.082 detentos no estado, com 5.533 vagas para comportá-los. A superlotação nas unidades prisionais não é um problema recente, carece ainda de solução definitiva para resolvê-la. Isso tem como reflexo a má acomodação dos presos, as brigas entre integrantes de facções rivais e as constantes rebeliões, que deixam mortos nos presídios.

O relatório da UMF define que o número de presos é de 12.082, somando os detentos que estão em unidades prisionais (9.257) e aqueles que cumprem pena em regime aberto (2.825). Sendo ainda que 7.075 são condenados pela Justiça, cumprindo pena nos regimes aberto, semiaberto e fechado, e 5.007 são presos provisórios.

As estatísticas do relatório mostram que 4.124 presos estão em unidades prisionais na capital maranhense e 3.727 estão localizados no interior do estado. Além disso, 276 presos estão nas Associações de Proteção e Assistência aos Condenados (Apac's), 2.825 cumprem pena em regime aberto e 1.130 estão em delegacias de polícia.

Sabe-se que em São Luis existem 13 unidades prisionais (Unidade Prisional de Ressocialização – UPR – 1, 2, 3, 4, 5 e 6; as UPRs Femininas do Monte Castelo, Olho d'Água e Anil; o Centro de Triagem; a Penitenciária Regional de São Luís, e a Casa de Assistência ao Albergado e Egresso - Caae). Somando todas essas unidades, aponta o relatório, para a existência de 4.124 presos. No entanto, a quantidade de vagas é de 2.789, o que gera déficit de 1.335 vagas.

Ainda na capital maranhense, 2.065 são presos provisórios. Há 2.059 sentenciados, onde 1.112 estão em regime fechado, 775 em regime semiaberto e, 172 em regime aberto.

Das unidades prisionais da capital, a que se encontra com maior índice de superlotação é a UPR 2 (antiga Casa de Detenção – Cadet). Aqui estão 739 presos

para apenas 400 vagas. A maioria presos provisórios, que é de 445 aguardando julgamento. Os outros 224 estão cumprindo a pena em regime fechado e 70 em regime semiaberto.

Já no interior do estado, a UPR de Timon é a que apresenta a pior situação em termos de falta de vagas. Existem 477 presos para apenas 168 vagas. São 198 presos provisórios, 163 cumprindo a pena em regime fechado e 116 em regime semiaberto.

O relatório do Tribunal de Justiça também mostra a situação dos presos que estão em delegacias, o que não é permitido, 1.130 presos estão nesses estabelecimentos, dos quais 190 são provisórios e 940 já foram condenados.

A 8ª Delegacia Regional de Zé Doca responde por 19 delegacias e onde onze estão com detentos (Amapá do Maranhão, Boa Vista do Gurupi, Cândido Mendes, Carutapera, Centro Novo, Godofredo Viana, Junco do Maranhão, Luís Domingues, Governador Nunes Freire, Santa Luzia do Paruá e Zé Doca), totalizando 197 detentos.

Já a 5ª Delegacia Regional de Pinheiro é responsável por 22 delegacias policiais, dos quais 11 (Alcântara, Apicum-Açú, Bacuri, Cururupu, Guimarães, Mirinzal, Peri Mirim, Pinheiro, Santa Helena, São Bento e Turiaçu) estão com 192 presos.

Os dados apontam que desde o ano de 2013, a população carcerária maranhense aumentou significativamente. Em 2013, eram 5.564 e em 2014 esse número pulou para 6.538. Em 2015, de acordo com os dados do TJ-MA, a quantidade de presos no estado já era de 7.973. Aqui a população maranhense era de 6.904.241, conforme os dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), onde para cada 100 mil habitantes havia 115 presos nos estabelecimentos prisionais.

A Procuradoria-Geral da República está investigando a situação do Complexo Penitenciário de Pedrinhas, em São Luís. O procedimento instaurado analisa a situação do sistema carcerário maranhense em decorrência de mortes e superlotação no Centro de Detenção Provisória de Pedrinhas, em São Luís.

5 A CONCEPÇÃO PSICANALÍTICA DO CRIME

5.1 TEORIAS PSICANALÍTICAS SOBRE O ESTUDO DO CRIME E A SOCIEDADE PUNITIVA

A visível separação que o processo de criminalização cria entre indivíduos tidos por honestos ou réprobos coloca em evidência a função simbólica da pena, aqui abordadas no âmbito das teorias psicanalíticas da sociedade punitiva. Há muito estudadas e até hoje influentes. A formação de uma população criminosa demonstra a consolidação em verdadeiras carreiras criminosas.

Isso leva a uma tendência drástica de mudança de identidade social em relação aos demais indivíduos, com efeito as sanções estigmatizantes têm contribuído para reincidência no crime e, o aperfeiçoamento na prática delituosa. Isto coloca uma dúvida crucial de caráter fundamental sobre a viabilidade da função reeducativa da pena privativa de liberdade. Faz-se necessário evidenciar que, sob perspectiva sociológica, o cárcere reflete sobremaneira as características negativas da sociedade.

Para Foucault¹⁹, o “sistema punitivo tem uma função direta e indireta”. Onde a função indireta consiste em punir a ilegalidade para encobrir outra oculta. A função direta consiste em alimentar a fronteira de marginalização, alimentada por um mecanismo econômico (a indústria do crime) e político, onde a pena de privação de liberdade não tem mais função autêntica de reeducação e reinserção, reduzida a pura ideologia.

As teorias psicanalíticas sobre o estudo da criminalidade tiveram suas raízes na doutrina de Freud²⁰ sobre a neurose e sua implicação em algumas formas de comportamento delituoso. Para Freud a supressão de comportamentos socialmente reprovados pelo superego, uma ação própria do indivíduo, não os elimina totalmente da psique humana, mas deixam sedimentos no inconsciente. Freud coloca uma

¹⁹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: a história da violência nas prisões*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1987.

²⁰ Freud, Sigmund. *Criminosos em consequência de um sentimento de culpa*. Obras psicológicas completas de Sigmund Freud. Edição standard brasileira das obras completas. Rio de Janeiro: Imago, 1916. vol. XIV.

negativa ao conhecido conceito de culpabilidade e ao princípio basilar penal que o define. Esta teoria ficou conhecida como “delito por sentimento de culpa”²¹.

Por sua vez Theodor Reik²², influenciado pela mesma, funda a “teoria retributiva”, onde a pena teria dupla função: satisfação da necessidade própria do indivíduo de autopunição, fruto do inconsciente e, a necessidade de punição da sociedade, racionalizando fenômenos que fundam suas origens no inconsciente humano coletivo.

A conhecida teoria psicanalítica da finalidade da pena é desenvolvida posteriormente por Franz Alexander e Hugo Staub²³, colocando em evidência o mecanismo sociopsicológico através do qual a pena atribuída a quem delinque vem a contrabalançar a pressão dos impulsos reprimidos, tornando sua imposição no indivíduo mais forte. A punição representa, no campo psicológico dos atuantes da cena processual, uma defesa e um reforço do superego. Consiste em ver a pena não tanto do ponto de vista da identificação da sociedade com o delinquente, e do correspondente reforço do superego, mas do ponto de vista da identificação de um sujeito individual com a sociedade que o pune e com os órgãos da ação penal.

Já Edward Naegeli²⁴ relaciona a necessidade de descrições de delitos, o que ele chama de “bode expiatório”, que é encontrado na psique de quem delinque, onde são projetadas as inconscientes tendências criminosas:

O nosso negativo, a assim chamada sombra, produz, como conteúdo consciência inibido através das instâncias do superego, sentimentos de culpa inconscientes que procuram ser descarregados. Em todos os homens existe a tendência a transferir

²¹ CARVALHO, Salo de. Freud criminólogo... cit., p. 123. Segundo Freud: “No tocante às crianças, é fácil observar que muitas vezes são propositadamente ‘ travessas ’ para provarem o castigo, e ficam quietas e contentes depois de serem punidas. Frequentemente, a investigação analítica posterior pode situar-nos na trilha do sentimento de culpa que as induziu a procurarem a punição. Entre criminosos adultos devemos, sem dúvidas, excetuar aqueles que praticam crimes sem qualquer sentimento de culpa; que, ou não desenvolveram quaisquer inibições morais, ou, em seu conflito com a sociedade, consideram sua ação justificada. Contudo, no tocante à maioria dos outros criminosos, aqueles para os quais as medidas punitivas são realmente criadas, tal motivação para o crime poderia muito bem ser levada em consideração; ela poderia lançar luz sobre alguns pontos obscuros da psicologia do criminoso e oferecer punição com uma nova base psicológica” (Freud, Sigmund. Criminosos em consequência de um sentimento de culpa... cit., p. 348).

²² Baratta, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Revan: Rio de Janeiro, 2002.

²³ Baratta, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Revan: Rio de Janeiro, 2002

²⁴ Baratta, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Revan: Rio de Janeiro, 2002

esta sombra sobre uma terceira pessoa, objeto da projeção, ou seja, a transportá-la para o exterior e, com isso, a concebê-la como alguma coisa de externo, que pertence a um terceiro. Em lugar de voltar-se contra si próprio, insulta-se e pune-se o objeto desta transferência, o bode expiatório, para o qual é sobretudo característico o fato de que se encontra em condição indefesa (E. Naegeli, 1972, pg. 13).

Assim as teorias psicanalíticas enfatizam que o comportamento criminoso e a reação punitiva são expressões da mesma realidade psicológica, centradas em um fundamental e natural antagonismo entre indivíduo e sociedade. Uma relação entre quem exclui (sociedade) e quem é excluído (preso).

6 A PROGRESSÃO DE REGIME VIGENTE COMPARADA COM A PREVISTA NO PROJETO DE REFORMA DO CÓDIGO PENAL

6.1 REGIMES PRISIONAIS NO PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 236/2012

Com intuito de atualizar a legislação penal vigente e adaptá-la a sociedade atual, teve início, no ano de 2012, no Senado Federal, o trâmite do Projeto de Lei nº 236/2012. Isso também servirá para unificar em um único diploma normativo, substituindo às inúmeras leis extravagantes hoje existentes. Este Projeto tem sido alvo de inúmeras críticas por renomados doutrinadores e juristas, inclusive com sucessivas revisões e alterações em seu texto ocorridas ao longo de sua tramitação, relacionadas, em sua maioria, às questões técnicas de redação e ao resultado encarcerador de suas propostas.

Nesse sentido, CIRINO DOS SANTOS (2013, p. 49), após analisar as inovações constantes do Projeto, afirmou que:

“Argumentos científicos e razões de política criminal parecem aconselhar a rejeição do Projeto. A natureza e a extensão dos defeitos são maiores do que eventuais méritos, tornando o Projeto imprestável: é impossível emendar, retificar ou corrigir. O maior problema é a contaminação do sistema penal por uma ideologia conservadora, ou a normatização de uma concepção autoritária de política criminal, ou a tentativa de garantir com crimes e penas uma sociedade desigual e injusta.”

Na mesma linha, REALE JÚNIOR (2012), em entrevista concedida à Revista Consultor Jurídico, afirmou que o Projeto de reforma do CP “É uma obscenidade, é gravíssimo. Erros da maior gravidade técnica e da maior gravidade com relação à criação dos tipos penais, de proporcionalidade. E a maior gravidade de todas está na parte geral, porque é uma utilização absolutamente atécnica, acientífica, de questões da maior relevância, em que eles demonstram não ter o mínimo conhecimento de dogmática penal e da estrutura do crime.”

Ainda, em nota técnica ao PLS nº 236/2012, datada de 08 de maio de 2015, o Núcleo Especializado de Situação Carcerária da Defensoria Pública do Estado de São Paulo (NESC), a Pastoral Carcerária Nacional, o Instituto brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) e a Rede de Justiça Criminal referiram, após análise do Projeto de CP, que, “caso aprovada a proposta de Código Penal da forma como se encontra, estar-se-á diante de certeza de colapso do sistema de Justiça e do sistema Penitenciário Nacional.”, bem como que:

“Considerando que o PLS 236/2012 traz em seu bojo o fim do livramento condicional, o aumento de prazos para a obtenção de progressão, a impossibilidade de aplicação de regime inicial aberto em alguns casos, bem como diversas outras alterações que implicam aumento de tempo de prisão, fica bastante óbvio que a política de encarceramento em massa, já em voga, seria intensificada violentamente se aprovada a reforma do Código Penal nos moldes proposta. [...] Em suma, a aprovação do projeto terá como provável consequência a responsabilização do Brasil nas instâncias internacionais de proteção a direitos humanos, com consequências sociais e econômicas deletérias já previstas, mas em nenhum momento analisadas e dimensionadas no relatório em que apresentado o substitutivo do PLS 236/2012, pelo que deve ser rejeitado integralmente, ou, ao menos, ter sua votação adiada para que, com responsabilidade, sejam apurados os resultados sociais desastrosos que poderá decorrer de uma eventual aprovação.” (2015, p. 1, 3 e 6)

6.1.1 Regramento do Regime Fechado

Em relação a este regime, o Projeto de Lei nº 236/2012, doravante denominado “Projeto”, mantém redação semelhante a presente no código atual em seu art. 33 e seguintes. Nesse sentido, o Projeto prevê, em seu art. 46, parágrafo único, alínea “a”, que o regime fechado é aquele em que a execução da pena se dá em estabelecimento penal de segurança máxima ou média.

Já em seu art. 50 e parágrafos, dispõe: “o condenado fica sujeito a trabalho no período diurno e a isolamento durante o repouso noturno, admitindo-se, de forma excepcional, o trabalho externo, desde que em serviço ou obras públicas” (art. 50, §3º, do Projeto).

Iniciará o cumprimento da pena em regime fechado, de acordo com o art. 49, I, do Projeto, o condenado à pena igual ou superior a oito anos (mais severa ao condenado, pois atualmente, a pena é igual a oito anos e implica a fixação do regime semiaberto). Ademais, as circunstâncias judiciais ou a eventual condição de reincidente do condenado, poderão levar à aplicação de regime de cumprimento mais severo, ainda que aplicada pena inferior a oito anos, nos termos do art. 49,

incisos II e III, bem como seu parágrafo único.

Conforme art. 75 do Projeto, são circunstâncias judiciais: a culpabilidade, motivos e fins, meios e modo de execução, circunstâncias e consequências do crime, além da contribuição da vítima para o fato, restando excluídos, portanto, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, atualmente previstos no art. 59 do CP²⁵.

6.1.2 Regramento do Regime Semiaberto

No tocante ao regime semiaberto, mantém-se redação semelhante à do atual art. 33, §1º, “a”, do CP, dispondo, o art. 46, parágrafo único, “b”, do Projeto de Lei, que: “no regime semiaberto, a execução da pena ocorrerá em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar”, sendo permitido o trabalho externo, assim como a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior – art. 50, §1º, do Projeto.

Conforme art. 49, II e parágrafo único, do Projeto, iniciará o cumprimento de pena em regime semiaberto o condenado não reincidente em crime doloso, cuja pena seja superior a quatro anos e inferior a oito anos, observada eventual reincidência ou circunstâncias judiciais que demandem a aplicação do regime fechado. Cabe destacar que, em parecer emitido pela Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código Penal, cujo relator, Senador Pedro Taques, apresentou substitutivo ao Projeto. Sugeriu o mesmo a inclusão, ao lado das colônias agrícolas e industriais, das casas de albergado para o cumprimento de pena em regime semiaberto. Espaços estes não mais aproveitados segundo disposições do Projeto. Isto, para o recolhimento de presos em regime aberto, possibilitando assim, a abertura de novas vagas para o cumprimento no regime semiaberto – art. 40, parágrafo único, “b”, do substitutivo.²⁶

O substitutivo acima referido inclui novo parágrafo ao art. 51 do Projeto,

²⁵ SENADO FEDERAL. Projeto de Lei do Senado nº 236 de 2012. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=111516&tp=1>>. Acesso em: 21 mar. 2017, p 18 e 27.

²⁶ SENADO FEDERAL. Parecer Nº 1.576, de 2013. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=143751&tp=1>>. Acesso em: 22 mar. 2017, p 116.

permitindo ao magistrado que determine a fiscalização do cumprimento das condições do regime semiaberto também por meio do sistema de monitoramento eletrônico – art. 46, §5º, do substitutivo.²⁷

Tal medida serviria para ampliar a rede de controle prisional, acarretando vigilância constante do apenado e com prejuízo ao retorno do condenado ao convívio social. Aumenta ainda os custos do Estado com a execução penal, sem diminuir a população dos presídios ou combater problemas mais importantes com políticas públicas voltadas à saúde e educação.

6.1.3 Ausência de Vagas no Regime Semiaberto

Novidade do Projeto relativamente aos regimes prisionais para cumprimento de pena. Com efeito, conforme expressamente previsto no art. 47, §4º, do Projeto, “se, por razão atribuída ao Poder Público não houver vaga em estabelecimento penal apropriado para a execução da pena em regime semiaberto, o apenado terá direito à progressão diretamente para o regime aberto”. Disposição esta que, observando a dura realidade de superlotação dos presídios brasileiros, na circunstância de inexistência de vagas suficientes para o cumprimento de pena no regime semiaberto ou de inadequação das existentes, autoriza a transferência do preso (com direito à progressão para o regime semiaberto) diretamente para o regime aberto.

Se aprovado, colocaria fim ao debate doutrinário e jurisprudencial sobre a possibilidade de concessão de regime mais brando de pena quando ausentes vagas em regime compatível ao semiaberto. Desta forma estaria legalmente prevista exceção à Súmula 491 do STJ, esta veda a chamada progressão *per saltum* de regime prisional. Pois o preso passaria do regime fechado diretamente ao regime aberto, fazendo prevalecer o princípio da dignidade da pessoa humana a que faz jus a pessoa condenada.

No substitutivo ao Projeto oferecido pela Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código Penal, o art. 47, §4º, do Projeto original sofreu alteração, passando a constar que, na ausência de vaga em estabelecimento penal apropriado para a execução da pena em regime semiaberto, “[...] o juiz poderá determinar o

²⁷ Ibidem, p. 324.

recolhimento domiciliar, considerando a natureza do crime praticado e as circunstâncias pessoais do condenado, mediante fiscalização por monitoramento eletrônico ou outro meio eficaz” – art. 41, §4º, do substitutivo.²⁸

Além da ausência de vaga apropriada, o juiz deverá ponderar as circunstâncias pessoais do condenado e a natureza do crime praticado. Isto possibilita analisar quais os condenados que primeiro serão beneficiados por meio do recolhimento domiciliar. Determina ainda que o apenado agraciado com este recolhimento domiciliar seja fiscalizado por meio de monitoramento eletrônico (ou outro meio eficaz), tornando obrigatório algo que, no regime aberto atual, é facultado ao juiz decidir.

6.1.4 Regramento do Regime Aberto

Aqui o Projeto inova, adaptando a legislação penal ao que já ocorre em nossa prática jurídico-penitenciária. A similitude presente permite cogitar que o Poder Legislativo, juntando esforços ao Poder Judiciário, estaria tentando encontrar soluções viáveis a omissão do Poder Executivo em destinar verbas à criação de vagas suficientes e adequadas ao cumprimento de pena, dentro dos diversos regimes prisionais existentes. Isto pode gerar pontos positivos e negativos.

O Projeto de Lei nº 236/2012 surpreende em seu art. 46, parágrafo único, alínea “c”, que o cumprimento de pena em regime aberto ocorrerá “fora do estabelecimento penal”, conferindo maior relevância ao senso de responsabilidade e amadurecimento do preso com a experiência, que retorna ao convívio em sociedade.

O artigo 52 do Projeto dispõe:

Art. 52. O regime aberto consiste na execução da pena de prestação de serviços à comunidade, cumulada com outra pena restritiva de direitos e com o recolhimento domiciliar.

§1º A pena de prestação de serviço à comunidade será obrigatoriamente executada no período inicial de cumprimento e por tempo não inferior a um terço da pena aplicada.

§2º O recolhimento domiciliar baseia-se na autodisciplina e senso

²⁸ SENADO FEDERAL. Parecer Nº 1.576, de 2013. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=143751&tp=1>>. Acesso em: 22 mar. 2017, p 322.

de responsabilidade do condenado, que deverá, sem vigilância direta, trabalhar, frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido nos dias e horários de folga em residência ou em qualquer local destinado à sua moradia habitual.

§3º O juiz poderá definir a fiscalização por meio da monitoração eletrônica.

§4º Em caso de descumprimento injustificado das condições do regime aberto o condenado regredirá para o regime semiaberto.²⁹

Percebe-se que, no cumprimento da pena em regime aberto, o preso poderá prestar serviços à comunidade e cumprir outra pena restritiva de direitos, permanecendo recolhido em seu domicílio, com a possibilidade de acompanhamento da sua pena por meio de monitoramento eletrônico. Neste ponto a tornozeleira se faria indispensável (a critério do magistrado) para fiscalizar os procedimentos do condenado.

Estaria afastado o consenso, prevalecente na jurisprudência atual, de ilegalidade na concessão da prisão domiciliar excepcional, por ausência de previsão legal, devido à inexistência de vagas compatíveis com o regime aberto. O disposto no §3º acima transcrito, também afastaria a tese jurisprudencial, de que o sistema de monitoramento eletrônico (por ausência de previsão legal) não pode ser utilizado para fiscalização da prisão domiciliar excepcional.

O Projeto alterou a redação do art. 33, §2º, “c”, do CP, determinando em seu art. 49, III, que: “o condenado por crime praticado sem violência ou grave ameaça, não reincidente, cuja pena seja superior a dois e igual ou inferior a quatro anos, poderá iniciar o cumprimento em regime aberto.”³⁰

Sobre o Projeto, quanto ao regime aberto, critica Miguel Reale Júnior quando diz:

Diante do fracasso da prisão albergue, em vez de se suprimir o regime aberto, mantém-se este regime, mas com exigências distantes da realidade, pois consiste – art. 52 – no recolhimento domiciliar à noite, devendo o condenado trabalhar e cumprir duas penas alternativas concomitantemente: obrigatoriamente a

²⁹ SENADO FEDERAL. Projeto de Lei do Senado nº 236 de 2012. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=111516&tp=1>>. Acesso em: 21 mar. 2017, p. 19.

³⁰ SENADO FEDERAL. Projeto de Lei do Senado nº 236 de 2012. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=111516&tp=1>>. Acesso em: 21 mar. 2017, p. 18.

prestação de serviços à comunidade, acrescentada de outra pena restritiva. Como irá o condenado, após anos de encarceramento, não só conseguir trabalhar, mas, ainda por cima, prestar serviços à comunidade e outra pena restritiva, sem condições efetivas para enfrentar tantas tarefas na vida livre depois do aprisionamento. Absurdamente irrealista a proposta.³¹

É notório que se o Projeto for aprovado, surtirá os mesmos efeitos imediatos quanto à população carcerária, reduzindo o número de presos e abrindo vagas. Pois todos os presos do regime aberto, atualmente mantidos em casas de albergado ou em estabelecimentos prisionais legalmente destinados aos presos do regime semiaberto (colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar), cumpririam suas penas fora do estabelecimento penal, isto é em prisão domiciliar.

Quanto aos presos em regime fechado, que já tivessem direito ao regime semiaberto, mas que devido à falta de vagas adequadas ao cumprimento de pena neste regime, tivessem permanecido recolhidos no regime mais gravoso, seriam, segundo proposto pelo Projeto, transferidos ao regime aberto.

6.2 QUANTO AO REQUISITO OBJETIVO

O requisito objetivo refere-se ao tempo mínimo de cumprimento de pena que o sentenciado possa ser beneficiado com uma progressão, sendo a regra geral a do artigo 112 da LEP, ou seja, a fração de 1/6. A isto denomina-se lapso temporal, onde para cada nova progressão é exigido novo lapso, já que o cálculo da pena deverá ser feito do remanescente da mesma e não da sua integralidade. O Projeto de Lei do Senado nº236 muda os lapsos legais para que seja concedida a progressão de regime:

Artigo 47: A pena de prisão será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso ostentar bom comportamento carcerário e aptidão para o bom convívio social e tiver cumprido no regime anterior:

I – um sexto da pena, se não reincidente em crime doloso; II – um terço da pena:

a) se reincidente;

b) se for o crime cometido com violência ou grave ameaça; ou

b) se o crime tiver causado grave lesão à sociedade.

³¹ REALE JÚNIOR, Miguel. Erros e absurdos do Projeto de Código Penal. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, v. 11, n. 50, p. 79-95, jul./set. 2013, p. 86.

III – metade da pena:

a) se o condenado for reincidente em crime praticado com violência ou grave ameaça à pessoa ou em crime que tiver causado grave lesão à sociedade; ou

b) se condenado por crime hediondo.

IV – três quintos da pena, se reincidente e condenado por crime hediondo.³²

Ou seja, os reincidentes não terão mesmo tratamento dos primários. Aplicaram também o entendimento já habitual aos crimes hediondos, onde a progressão dos reincidentes é de 3/5 e não de 2/5, nos crimes comuns. Com o novo Projeto, os reincidentes em crimes comuns progredirão ao cumprirem 1/3 da pena. Outra mudança é a progressão de 1/6, independentemente de haver ou não emprego de grave ameaça ou violência, tratando-se de crime comum.

6.3 REQUISITO SUBJETIVO

O Projeto trás o exame criminológico obrigatório e deverá ser realizado em prazo estabelecido, conforme o §3º do art. 47 do Projeto³³:

As condições subjetivas para a progressão serão objeto de exame criminológico, sob a responsabilidade do Conselho Penitenciário e com prazo máximo de sessenta dias a contar da determinação judicial.

Dispõe ainda, o §2º do art. 47, do PLS nº 236: “A não realização do exame criminológico no prazo acima fixado implicará na apreciação judicial, de acordo com critérios objetivos”. Isto significa dizer que fica dispensado o requisito subjetivo e o juiz decidirá conforme o requisito objetivo pela concessão ou não da progressão de regime.

³² SENADO FEDERAL. Projeto de Lei do Senado nº 236 de 2012. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=111516&tp=1>>. Acesso em: 21

mar. 2017, p. 17.

³³ Ibidem, p. 17.

METODOLOGIA

1 TIPO DE PESQUISA

De acordo com Andrade (1999, p. 121), "[...] pesquisa é o conjunto de procedimentos sistemáticos, baseado no raciocínio lógico, que tem por objetivo encontrar soluções para problemas propostos, mediante a utilização de métodos científicos". Do ponto de vista da sua natureza: a) Pesquisa Aplicada: pois objetiva gerar conhecimentos dirigidos à solução de problemas específicos, negligência de direitos, negligência aos direitos constitucionais adquiridos, acúmulo de processos, superlotação de presídios e a criação de leis que minimizam a situação à curto prazo, mas não resolvem. Envolve verdades e interesses nacionais, não apenas locais. b) Do ponto de vista da forma de abordagem do problema: c) Pesquisa Quantitativa e qualitativa. c) Do ponto de vista de seus objetivos: pesquisa descritiva

e exploratória, pois ampla investigação bibliográfica e descrição histórica do processo de criação e evolução das penas no Brasil. d) Do ponto de vista dos procedimentos técnicos: pesquisa Bibliográfica e documental: pois utiliza material já produzido: sentenças, leis, decretos, jurisprudências, doutrina e informações disponibilizadas na internet por órgãos oficiais, dentre outros.

2 INSTRUMENTOS E TÉCNICAS DE COLETAS DE DADOS

Dados secundários, já se encontram disponíveis, pois já foram objeto de estudo e análise, levantamento bibliográfico com autores especializados no direito penal e na prática penal, leis, jurisprudência, estatísticas governamentais.

3 VARIÁVEIS DE ESTUDO

Conhecimento da realidade com uso da pesquisa bibliográfica e de evidências, processos julgados, reportagens, publicações, dados governamentais obtidos em secretarias e sites oficiais do Ministério da Justiça.

4 TIPOS E FONTES DE ESTUDO

Fontes primárias, pesquisa bibliográfica, doutrina especializada, jurisprudência, leis, artigos e publicações de cunho jornalístico.

5 PROCEDIMENTOS E ASPECTOS ÉTICOS

Não houve discriminação na seleção de informações ou priorização de autores, foram abordados os prós e contras na aprovação do Projeto de Lei nº 236 de 2012 que altera o atual código penal, com vistas a informar seu impacto real na sociedade.

6 PERÍODO DA PESQUISA

A pesquisa teve início em agosto de 2016 até a conclusão em junho 2017.

7 POPULAÇÃO E AMOSTRA

Teve em vista abordagem a grupos diferenciados, tais como: presas gestantes, doentes mentais ou usuários de drogas, presos condenados e provisórios, inclusive com levantamento do atual panorama carcerário do Estado do Maranhão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O sistema prisional progressivo é considerado por muitos juristas e pelos que elaboradores do Projeto de Lei do Senado nº 236, como o melhor sistema para que o apenado seja reinserido na sociedade, já que adquire gradativamente a sua liberdade. Outro aspecto da defesa do sistema progressivo é que ele é o que melhor se adéqua ao princípio de individualização da pena, conforme previsto na Constituição Federal. Assim, cada indivíduo deve ser avaliado de maneira diferente, ou seja, de acordo com o crime praticado, seu histórico pessoal e seu comportamento durante o cumprimento da pena.

É indiscutível que o cumprimento da pena fora de estabelecimentos prisionais, quando em regime aberto e, que a progressão *per saltum* (quando da ausência de vagas em regime semiaberto) seriam modificações benéficas para reintegração social do apenado. Impedir-se-ia a violação a direitos básicos da pessoa presa e, em contrapartida seria evitado o convívio dos condenados a regimes mais brandos de pena (aberto e semiaberto) em estabelecimentos penais, degradantes e atentatórios à sua saúde física e mental, com presos por crimes mais graves.

Contudo, a imediata geração de vagas no regime semiaberto (conforme a alteração proposta pelo Projeto) poderia fazer com que o Poder Executivo ficasse ainda menos engajado em realizar investimentos na melhoria das condições dos presídios. O problema da superlotação não estaria resolvido, bem como não

eliminaria mazelas como: a ausência de atendimento profissional especializado nas áreas médica, jurídica e psicológica, atividade laboral (essencial para a readaptação social do condenado) e de lazer e, os presos ainda estariam submetidos às péssimas condições físicas dos presídios. Pois as atividades dos Poderes, individualmente, refletem na atuação dos outros, bem como na pressão exercida por movimentos da sociedade, provocando efeitos positivos e/ou negativos.

Mas com a progressão *per saltum* o recolhimento domiciliar, na ausência de vagas no regime semiaberto, dificultaria o sistema progressivo com prejuízo principalmente dos apenados do regime fechado, pois seriam dilatados os lapsos temporais para que o preso obtivesse direito a progressão para o regime semiaberto, provocando majoração gradual do déficit de vagas no regime fechado.

É possível manter esta perspectiva na diferenciação de lapsos necessários para a progressão de regime dos crimes comuns para os crimes hediondos e equiparados. Pois no primeiro caso, o tempo adotado pela lei é menor do que o adotado no segundo caso, visto que os crimes hediondos e equiparados são os crimes considerados mais perversos do nosso ordenamento jurídico e com maior repercussão social, conseqüentemente, praticados pelos criminosos mais problemáticos e perigosos e, que levarão mais tempo para serem ressocializados.

Desta forma, evidencia-se que um indivíduo por ter praticado um único homicídio qualificado (sem levar em conta as circunstâncias do ato) pode ser considerado mais perigoso do que aquele que praticou inúmeros roubos a mão armada e por isso progredirá no sistema com mais dificuldade e com o dobro de lapso que o segundo, razão pela qual o objetivo de atingir a almejada adequação ao princípio de individualização da pena não esteja assim tão próximo.

Para tentar minimizar tal situação, o Projeto de Lei do Senado nº 236 propõe a criação de lapsos diferenciados para os reincidentes e para os autores de crimes praticados mediante grave ameaça ou violência, com vistas à aplicação do princípio da individualização da pena. Entretanto, o aumento do lapso para a progressão faz com que o detento fique mais tempo preso, aumentando o número da população carcerária, estas já superlotadas. É uma bola de neve, um problema produzirá outro. É evidente que o objetivo almejado com o sistema progressivo é a readaptação do

preso, mas com a superlotação e com os presos ficando mais tempo nos presídios, caso o projeto seja aprovado, a tendência é o aumento da população prisional.

Para tentar diminuir o problema, seria necessária a criação de muitas penitenciárias, ou seja, um investimento altíssimo para o Governo, que tem outras prioridades além da criação de inúmeros presídios, vale dizer que a pena por si só não requalifica o detento ao retorno à sociedade, isto sem falar no número de reincidentes que só aumenta.

A superlotação dos estabelecimentos prisionais dilacera um sistema que já está fragilizado. Os presos em condições desumanas, sem condições básicas de higiene, sem espaço, sem educação, sem trabalho, prejudicando sua mental, não há como falar em uma boa convivência com os demais detentos e muito menos em reeducação. Além disso, o encarceramento em massa faz com que fiquem presos em uma mesma cela indivíduos dos mais diferentes graus de periculosidade, furtadores com homicidas, estelionatários com estupradores, dificultando a convivência entre os mesmos, propiciando a profissionalização no crime e principalmente a ressocialização. O que comumente ocorre é o agravamento da periculosidade de um preso ao ingressar no sistema penitenciário atual.

Um dos caminhos utilizados para diminuir a quantidade de presos foi a retirada da exigência do exame criminológico por equipe multidisciplinar antes da autorização a uma progressão de regime. Esta deu-se por frustrada, pois houve o aumento populacional nos presídios após promulgação da lei que o desobrigava. Os sentenciados ficam presos, cumprem os lapsos exigidos pela lei, são avaliados pelo diretor do estabelecimento prisional, por bom ou mau comportamento, e que utiliza como critério a prática ou não de faltas pelo sentenciado. Este posteriormente é beneficiado com uma progressão de regime, retornam à liberdade e depois voltam para a prisão, por práticas até piores, porque saem inaptos e despreparados ao convívio social.

O Projeto de Lei do Senado nº 236 propõe o retorno da obrigatoriedade do exame criminológico feito por uma equipe multidisciplinar fundamentado no fato de que estariam voltando para as ruas pessoas que não possuem condições para isso,

e que a simples conferência de atestado de boa conduta não é suficiente para a apreciação do mérito do sentenciado.

É evidente que a dilatação dos lapsos e o retorno do exame criminológico fazem com que os sentenciados fiquem por um período maior cumprindo pena, entretanto o encarceramento por mais tempo ou ainda a realização de um exame criminológico não são insuficientes para reeducar alguém e nem mesmo para verificar a reeducação do sentenciado. As medidas adotadas para tentar obter a ressocialização do detento são, pelo visto, no mínimo contraditórias e estão em desacordo com esta finalidade, pois querem que o preso volte ao convívio social, mas para isso que isso deveras ocorra deverá o mesmo ficar mais tempo encarcerado!

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Arthur Guerra de, et al. **Integração de competências no desempenho da atividade judiciária com usuário e dependentes de drogas**. 2º ed. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria Nacional de Políticas Sobre Drogas, 2015.

ANDRADE, Maria Margarida de. **Introdução à metodologia do trabalho científico**. Atlas: São Paulo, 1999.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Rio de Janeiro-RJ: Revan, 2002.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução: J, Cretella Jr. E Agnes Cretella I. 2. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 1997.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 268.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei do Senado nº 236** de 2012.

Disponível em:

<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=111516&tp=1>>

Acesso em: 21 mar. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. 168 p. (Série Legislação Brasileira).

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Parecer Nº 1.576**, de 2013. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 8 de dez. 2013. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=143751&tp=1>> Acesso em: 22 out. 2016, p 322.

COSTA, Lídia Mendes da; AMARAL, Marilda Ruiz de Andrade. **A superlotação do sistema prisional brasileiro**. Presidente Prudente: s.n, 2008.

DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1980 e **Curso de Direito Penal**, 3. Ed. São Paulo: RT,2010.

ERICEIRA, João Batista. **A reinvenção do judiciário**: coletânea de artigos publicados de 1996 a 1999. São Luís-MA: ESA/OAB, 2006.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução: Raquel Ramalhete. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 196.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: a nova parte geral. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

FREUD, Sigmund. **Psicanálise e a determinação dos fatos nos processos jurídicos** (1906). Rio de Janeiro-RJ: Imago, 1976.

GOMES, Luís Flávio. **A política da vingança e o aumento dos cadáveres**. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2013/10/23/a-politica-da-vinganca-e-o-aumento-dos-adaveres/>>. Acessado em: 14 de abril de 2017.

GOMES, Luis Flávio. **Crimes violentos e perversos e nova lei de execução penal**. Disponível em: <http://institutoavantebrasil.com.br/crimes-violentos-perversos-e-nova-lei-de-execucao-penal/> - Acesso em: 26 mar. 2017.

GIL, Antonio Carlos. **Projetos de pesquisa**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 1996.

GOLDENBERG, Gita Wladimirski. **Direito e psicanálise**: visão interdisciplinar com ênfase em casos judiciais complexos. Rio de Janeiro-RJ: Lumen Juris, 2014.

GRECO, Rogério. **Direitos humanos, sistema prisional e alternativa à privação da liberdade**. São Paulo: Saraiva, 2011.

JESUS, Damásio E. de. **Código Penal Anotado**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LEAL, César Barros Leal. **Prisão**: crepúsculo de uma era. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

MALULY, Jorge Assaf. **O exame criminológico e a sua exigência na lei de execução penal**. Disponível em: www.mpsp.mp.br/portal/.../O%20EXAME%20CRIMINOLÓGICO.doc Acesso em: 26 mar. 2017.

MARANHÃO. SECRETARIA DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Decreto-lei nº 31.356**, de 20 de Novembro de 2015. Diário Oficial do Estado. São Luis, MA. Dispõe sobre o Regulamento Disciplinar Prisional - REDIPRI aplicável às Unidades Prisionais da Secretaria de Estado de Administração Penitenciária Do Maranhão – SEJAP.

MARANHÃO. SECRETARIA DE SEGURANÇA PÚBLICA. **PORTARIA nº 466**, de 02 de Junho de 2016. Diário Oficial do Estado. São Luis, MA. Define dos procedimentos da Comissão Técnica de Classificação nas Unidades Prisionais do Sistema Penitenciário do Estado do Maranhão e dá outras Providências.

MARANHÃO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MARANHÃO. **Lei Complementar Nº 014**, de 17 de Dezembro de 1991. Diário Oficial do Estado. São Luis, MA. Código de divisão e organização judiciárias do Estado do Maranhão. São Luis-MA, 1991. Revista e atualizada até 30º de dezembro de 2010. Disponível em: <<http://www.tjma.jus.br> > TJ > Divisão e Organização > Acesso em: 31 de out. 2016.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução penal**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 1997

MONTEIRO, Felipe Mattos; CARDOSO, Gabriela Ribeiro. **A seletividade do sistema prisional brasileiro e o perfil da população carcerária**. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/view/12592/9689> Acesso em: 26 mar. 2017.

MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Legislação Penal Especial**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**, 3ª ed., São Paulo Revista dos Tribunais, 2007.

PAGLIUCA, José Carlos Gobbis. **Direito Processual Penal**. 6º ed. São Paulo-SP: Rideel, 2010.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. São Paulo: Revista do Tribunal, 1999.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito Penal – Introdução crítica**. Belo Horizonte. Forense. 2000.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Erros e absurdos do Projeto de Código Penal**. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, v. 11, n. 50, p. 79-95, jul./set. 2012.

REGO, Isabel Pojo do. **Sociologia da Prisão**. Resenha da obra: Sociologie de la Prison, de Philippe de Combessie. Volume 19. Brasília: s.n, 2014.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria da pena: fundamentos políticos e aplicação judicial**. Curitiba: ICPC, 2013.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. 23. ed. rev. e atualiz. São Paulo: Cortez, 2007. 304 p.50.

SIRENA, Gustavo. **Aplicação da Pena: Tribunal do Júri – da aplicação pelos jurados**. Disponível em: <<http://www.oabgo.org.br/Revistas/35/juridico5.htm>>