

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 845

(Ano X)

(17/03/2018)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2018

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

COLONISTA DA SEMANA



12/03/2018 Thiago Pádua
» [30 Anos de Constituição](#)

ARTIGOS

- 16/03/2018 Ronaldo Paulino Filho
» [Teoria do Controle de Constitucionalidade - Tópicos Teóricos e Práticos](#)
- 16/03/2018 Samara Yasser Yassine Dalloul
» [Breves comentários acerca da imunidade de jurisdição e o direito brasileiro](#)
- 16/03/2018 Fernanda Rocha Ramos
» [A importância da Justiça Restaurativa como complemento ao modelo tradicional de justiça criminal no sistema brasileiro](#)
- 16/03/2018 Benigno Núñez Novo
» [As Constituições Brasileiras](#)
- 16/03/2018 Rebecca Braz Vieira de Melo
» [Responsabilidade civil do fornecedor nas relações de consumo pela presença de corpo estranho em produto alimentício](#)
- 15/03/2018 Layza Eliza Mendes Montenegro
» [Extradicação de brasileiro nato](#)
- 15/03/2018 Lívia Antunes Caetano
» [Da aplicabilidade do benefício legal da recuperação judicial ao produtor rural](#)
- 15/03/2018 Benigno Núñez Novo
» [Jus Cogens](#)
- 15/03/2018 Rebecca Braz Vieira de Melo
» [Controle de constitucionalidade sobre normas revogadas](#)
- 14/03/2018 Paulo Sergio Oliveira de Carvalho Filho
» [Habeas Corpus coletivo e o encarceramento feminino: comentários à decisão do Supremo Tribunal Federal no HC 143. 641/SP](#)

14/03/2018 Mariana Mingrone

» [Feminicídio: o reflexo do machismo na sociedade brasileira](#)

14/03/2018 Benigno Núñez Novo

» [A reforma da Previdência: a conta vai para os trabalhadores](#)

14/03/2018 Barbara Mota Pestana

» [O poder de Polícia](#)

14/03/2018 Olívia Waldemburgo de Oliveira Abrunhosa

» [A impossibilidade de adiantamento pela Fazenda Pública dos honorários periciais na vigência do CPC/15 e a superação da aplicação analógica da Súmula 232 do STJ](#)

13/03/2018 João Paulo Santos Borba

» [A reinquirição do acusado por outro coacusado no processo administrativo disciplinar](#)

13/03/2018 Benigno Núñez Novo

» [Realidade do sistema prisional brasileiro](#)

13/03/2018 Fernanda Rocha Ramos

» [Função social do contrato e boa-fé objetiva](#)

13/03/2018 Barbara Mota Pestana

» [Medidas Provisórias no Brasil](#)

13/03/2018 Vagner Luciano de Andrade

» [Ilegalidade da devastação ambiental associada à desumana escravidão no Brasil contemporâneo: breve discussão teórica a partir da Ecologia e do Direito Ambiental do Trabalho](#)

13/03/2018 Italo Roberto Fuhrmann

» [A Crise Política e Constitucional na Venezuela: Os \(Des\)Caminhos do Poder](#)

12/03/2018 Romullo Victor Nascimento Araújo

» [Análise da tributação dos bens intangíveis adquiridos por download](#)

12/03/2018 Joseph Bruno dos Santos Silva

» [Reiteração delitiva e princípio da insignificância no crime de descaminho: o conflituoso panorama doutrinário e jurisprudencial](#)

12/03/2018 Sergio Ricardo do Amaral Gurgel

» [O Rio de fevereiro: Intervenção federal cheia de enganos mil.](#)

12/03/2018 Barbara Mota Pestana

» [Federalismo brasileiro](#)

12/03/2018 Diego Guimarães Camargo

» [O crime de desacato e sua inconvenção - breve análise acerca do entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema](#)

12/03/2018 Benigno Núñez Novo

» [Condução coercitiva](#)

MONOGRAFIA

12/03/2018 Kimberly de Médici Varanda

» [Responsabilidade penal em crimes praticados por doentes mentais](#)

30 ANOS DE CONSTITUIÇÃO

THIAGO PÁDUA: Advogado Constitucionalista; ex-assessor de Ministro do STF. Doutorando e Mestre em Direito. Membro Pesquisador do CBEC - Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais. Professor de Direito Constitucional, Civil e Processo Civil. Parecerista de Renomadas Revistas Acadêmicas (Revista da AGU, Revista de Direito Civil Contemporâneo, dentre outras). Tradutor de inúmeros autores internacionais

A convite dos professores João Batista Ericeira, o culto e erudito Diretor da ESA/OAB-MA, e de José Rossini Correa, mestre e preclaro filósofo do direito, no último dia 1º de março tive honra de proferir a aula magna inaugural de abertura do corrente ano letivo da Escola Superior de Advocacia, da Seccional maranhense da Ordem dos Advogados do Brasil.

O tema escolhido como pano de fundo foi os “30 anos da Constituição”, a serem “comemorados” no próximo dia 5 de outubro de 2018; a “desculpa” perfeita para a troca de ideias com um público extremamente qualificado e participativo, como o ludovicense que esteve presente naquela noite chuvosa e agradável, no coração jurídico da “Ilha do Amor”.

Entre caminhos e descaminhos, preferi chamar de “Des-aniversário” da Constituição, para invocar a figura de Lewis Carrol e de Alice no País das Maravilhas, exatamente para dizer que precisamos pensar todos os dias no contexto de existência normativa da Constituição.

Salientei a importância de (re) pensarmos nossa prática cotidiana de arbitrariedades, que poderiam ser exemplificadas pelo uso da discricionariedade nos mais diversos meios, nomeadamente nos meios em que os profissionais do Direito se fazem presentes, e que acabam permitindo o espaço de respiração da discricionariedade, mas apenas quando não reclamamos dela, ou seja, quando não nos prejudica.

Também fiz referência à necessidade e à importância do papel da crítica no Direito, exemplificando com os textos publicados pelo estimado

professor Lenio Streck naquela mesma semana, primeiro no questionamento sobre o que “seria uma discricionariedade transparente”^[ii] ([aqui](#)), e depois sobre o esclarecimento sobre a “literalidade da Constituição”^[iii] ([aqui](#)). Textos louváveis e irresponsáveis. Para parafrasear o professor Lenio: “Bingo. Binguíssimo”.

Em termos gerais, me comprometi a refletir juntamente com aquele público sobre temas áridos, e não foi surpresa alguma a recepção crítica das ideias, com muitas perguntas ao final, todas elas extremamente bem formuladas sobre os pontos centrais da reflexão.

Se a Constituição possui alguma normatividade, e se ela precisa ser inserida em nosso modelo de fontes, é preciso registrar que o Constitucionalismo, na América Latina, possui algumas convergências e divergências, em termos de seu desenvolvimento histórico.

As Constituições possuem um ciclo de “vida e morte”, podemos dizê-lo, seja com base na arrojada percepção crítica de Vamireh Chacon^[iiii], ou na perspectiva de Roberto Gargarella, o sociólogo e jurista argentino que cunhou a metáfora sobre a “sala de máquinas da Constituição”, para com isso dizer que temos nos preocupado menos com o aprimoramento dos mecanismos limitativos do poder, e com a participação dos cidadãos na efetiva tomada de decisões, e nos preocupado mais com a reforma e atribuição de novos direitos.

Por isso, não faz sentido falarmos em uma “nova” constituinte, pois seria mais uma vez o “novo” travestido de velho, como tive oportunidade de dizer em artigo que escrevi e referendado pelo professor Lenio Streck^[iv], para asseverar que, baseando-me no pensamento do mesmo jusfilósofo, “é urgente entre nós a adoção de uma postura teórica de unicidade, constitucionalmente renovada, de 4 elementos, sem os quais jamais deixaremos de ser juridicamente atrapalhados: (1) teoria das fontes; (2) teoria da norma; (3) teoria da interpretação; e (4) teoria da decisão”.

“A questão” – disse eu naquela oportunidade – “é bastante simples, pois: se a fonte primacial for o precedente à brasileira (1), e a norma extraída do enunciado normativo (2) for “filtrada” por interpretação e

decisão decorrentes de postura conivente com o realismo jurídico-iluminista discricionário (3 e 4), será muito pouco provável que o fruto decorrente desta raiz traga segurança jurídica minimamente tolerável.”

Assim, nem o precedente à brasileira seria a solução, e nem uma “nova” Assembleia Nacional Constituinte. Nada resolverá nossos problemas se não nos dermos conta de que muitas de nossas práticas cotidianas precisam mudar, e que nós não devemos ser como aquelas personagens do famoso conto de Stevenson, que por serem estudantes de medicina, compravam cadáveres para auxiliar no estudo, mas só passaram a achar a prática chocante quando certa vez um dos cadáveres aparentava estar “mais fresco do que de costume”...

No artigo de Gargarella sobre a Sala de Máquinas da Constituição [\[v\]](#) ([aqui](#)), o qual tive a honra de traduzir juntamente com Jefferson Carús Guedes, vislumbramos a representação da síntese de sua obra mais ampla, que materializa a pesquisa sobre 200 anos de constitucionalismo latino-americano (1810-2010) [\[vi\]](#), e que devem guiar a salva de palmas e o grito de “parabéns” por ocasião da efeméride de 5 de outubro, juntamente com as críticas do professor Lenio Streck.

Portanto, neste grave momento pelo qual passamos, devemos nos preocupar com o acesso à “sala de máquinas” da Constituição, com a utilização da discricionariedade, com a diferença entre texto e norma, com as 4 posturas de unicidade, e com sua normatividade. Este será o maior e melhor presente para as comemorações de seu aniversário.

Notas:

[\[i\]](#) STRECK, Lenio. E o que seria a discricionariedade transparente do ministro Roberto Barroso? *Conjur*, de 26 de fevereiro de 2018.

[\[ii\]](#) STRECK, Lenio. Imperdível: professor e juiz explicam a literalidade da Constituição *Conjur*, de 1º de março de 2018.

[\[iii\]](#) CHACON, Vamireh. *Vida e Morte das Constituições Brasileiras*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

[\[iv\]](#) PÁDUA, Thiago, “Novo” Velho Estado (jurídico) Novo: Réplica ao Professor Luís Roberto Barroso (ou sobre os juristas que roubavam cadáveres). ([aqui](#)).

[v] GARGARELLA, Roberto. Constitucionalismo Latino-Americano: Direitos Sociais e a “Sala de Máquinas” da Constituição. Trad. Thiago Pádua e Jefferson Guedes. UniversitasJUS, v 17, n. 2, 2016.

[vi] GARGARELLA, Roberto. Latin american constitutionalism (1810-2010): the engine room of the Constitution. Oxford: OUP, 2013.

TEORIA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE - TÓPICOS TEÓRICOS E PRÁTICOS

RONALDO PAULINO FILHO: Mestre em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Especialista em Direito Constitucional Aplicado. Especialista em Direito Processual Civil. Advogado, Professor de Direito e Pesquisador.

Introdução

A Constituição é o ápice do sistema jurídico, se encontra em posição de hierarquia máxima em relação às demais normas do ordenamento jurídico. Dessa forma, há de se afinar a relação de compatibilidade e conformidade existente.

O controle de constitucionalidade se consubstancia no conjunto de mecanismos destinados a apurar a compatibilidade entre uma lei e a Constituição da República, de forma que, caso haja afronta entre a disposição normativa e o texto constitucional, este prevalecerá, operando-se a expurgação da norma viciada do ordenamento jurídico. Assim, trata-se de um apurado exame da adequação existente entre as normas jurídicas infraconstitucionais e a Constituição, que ocorre tanto do ponto de vista formal ou procedimental quanto do ponto de vista material ou de conteúdo.

O caso *Marbury vs Madison*, onde o Juiz John Marshall aplica a Constituição no caso concreto, fica conhecido pela primeira vez que se atribuiu um controle de constitucionalidade, nos Estados Unidos em 1803. Tipo de controle que se estabeleceu de forma difusa. Outro marco importante, mas que constitui o controle abstrato ou concentrado, é estabelecido pelo austríaco Hans Kelsen.

O controle de constitucionalidade tem por objeto as leis e emendas constitucionais editadas pelo poder legislativo. Em síntese, é a verificação da adequação da norma aos princípios e regras (explícitos e implícitos) existentes na constituição, tanto no que se refere ao conteúdo daquela norma, como à forma como foi produzida. E tem por escopo, normalmente, declarar a nulidade do preceito normativo, quer alijando-o em definitivo do

ordenamento jurídico, no controle abstrato, quer afastando sua aplicação num dado caso particular, no chamado controle concreto, conceito atribuído à Paulo Roberto Dantas.

Inconstitucionalidade é o vício que macula a norma que contraria o texto da Constituição Federal, é preciso então no aspecto doutrinário uma sistematização, facilitando o entendimento da matéria:

1) Formas de Inconstitucionalidade

1.1) Quanto ao tipo de conduta praticada pelo poder público:

Nesse aspecto, possui duas espécies de inconstitucionalidade, por ação ou por omissão:

A inconstitucionalidade por ação consiste em conduta que o Poder Público pratica um ato contrário ou incompatível com a constituição. Como exemplo: Poder Legislativo cria uma lei incompatível com a constituição decorre de um “*fachere*”

Enquanto a inconstitucionalidade por omissão se caracteriza quando algumas normas exigem condutas positivas e o Poder Público deixa de agir conforme o determinado. Exemplo: Artigo 37, VII – “o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica”;

Tal norma constitucional diz que o servidor público tem direito de greve, mas em lei específica, se o legislador não faz a lei, existe uma inconstitucionalidade por omissão do poder público.

1.2) Quanto à norma constitucional ofendida:

a) Formal (Nomodinâmica)

O termo Nomodinâmica, é extraído da classificação pelo professor Luís Alberto Davi Araújo, relacionado à forma de produção de normas jurídicas, a dinâmica é baseada na teoria de Hans Kelsen. Nesse aspecto, a violação constitucional diz respeito ao procedimento que a lei precisa seguir na sua criação.

a.1) Propriamente dita

Ocorre no caso de violação de norma constitucional referente ao processo legislativo. Se o processo estabelecido pela constituição não for observado no momento de elaboração da lei. Podendo ser: Subjetiva, quando o sujeito competente para tomar a iniciativa não for respeitado. Exemplo (Artigo 61§ 1º), ou seja, iniciativa exclusiva do presidente da república que se for proposta por um deputado será uma inconstitucionalidade formal propriamente dita subjetiva.

Objetiva, quando as outras fases do processo legislativo não são formadas. Como exemplo: (Artigo 69), que menciona o quórum de aprovação de uma Lei complementar, aprovada por maioria absoluta, se sua aprovação for por maioria simples, teria um caso de inconstitucionalidade formal, propriamente dita e objetiva.

a.2) Orgânica

Ocorre quando há violação de norma que estabelece o órgão competente para legislar sobre determinada matéria, Exemplo (Artigo 22), competência da União se o Estado legisla, será outro órgão, existirá uma violação do aspecto formal, propriamente dita orgânica.

a.3) Por violação a pressupostos objetivos

Se não houver os pressupostos terá a inconstitucionalidade, caso da Medida Provisória, deve haver relevância e urgência, mandamento do (Artigo 62), constatado o desrespeito existirá uma inconstitucionalidade.

b) Material (Nomoestática)

Ocorre quando o conteúdo de um ato do poder público é incompatível com o conteúdo da Constituição. Como exemplo: A questão do Princípio da Individualização da Pena que impede que o Legislador estabeleça em abstrato a progressão de regime, a Lei de Crimes Hediondos vedava a progressão de regime em abstrato, nesse caso é inconstitucional segundo o STF que decidiu no (Habeas Corpus 82959).

1.3) Quanto a sua extensão

Pode ser Total, quando atinge toda uma lei ou todo um dispositivo ou Parcial, onde pode atingir apenas uma palavra ou uma expressão, desde que essas sejam autônomas e não modifiquem o sentido da norma.

1.4) Quanto ao momento

Originária, ocorre quando o ato infraconstitucional é criado de forma incompatível com a constituição. O ato desde da sua origem já é inconstitucional, o parâmetro de controle é anterior a criação do ato que será realizado.

Superveniente, aquela que ocorre quando um ato infraconstitucional anterior se torna incompatível com uma norma constitucional posterior. Aqui no Brasil, em regra, entende que a inconstitucionalidade superveniente é denominada de não recepção, pela (ADPF 130), o Supremo adota esse entendimento.

1.5) Quanto ao prisma de apuração

Pode ser: Direta (Antecedente), ocorre quando o ato viola diretamente a Constituição, ou seja, quando se tem uma norma constitucional e uma lei, não tendo nada interposto entre elas. No caso da Indireta, pode ser dividida em:

Consequente, aquela que ocorre quando a inconstitucionalidade de um ato é decorrente da inconstitucionalidade de outro, Exemplo: A inconstitucionalidade de um decreto que regulamenta uma lei, se o conteúdo da lei é incompatível com a constituição também o decreto será inconstitucional.

Reflexa (mediata ou oblíqua), é aquela que ocorre quando há um ato interposto entre a constituição e o ato que a violou. Exemplo: Três atos: Constituição, Lei e Decreto. A Lei é constitucional, mas o decreto que regulamenta a lei é ilegal reflexamente terá uma inconstitucionalidade.

2. Formas de Controle de Constitucionalidade

2.1 Quanto à natureza do órgão

Pode ser um Controle Jurisdicional, quando exercido por órgãos do poder judiciário, exemplo: STF analisa a constitucionalidade de uma Lei. Político, é aquele exercido por um órgão sem poder jurisdicional, não pertence ao poder judiciário.

2.2) Quanto ao momento

Preventivo, é o controle realizado para evitar que ocorra uma lesão a Constituição. Quando o controle é realizado antes da Constituição ser violada. Os três poderes podem exercer controle preventivo.

Poder Legislativo tem um órgão específico para exercer esse controle: A Comissão de Constituição e Justiça. Poder Executivo através do veto jurídico, nos moldes do (Artigo 66, §1º), lembrando que o veto político é para o projeto de lei contrário ao interesse público e o veto jurídico é pela inconstitucionalidade do ato.

Poder Judiciário também pode exercer controle preventivo, em uma única hipótese: Através de Mandado de Segurança impetrado por parlamentar da respectiva casa, quando não for observado o devido processo legislativo constitucional. No caso as normas que regulam o processo legislativo não forem respeitadas. Consiste em direito líquido e certo do parlamentar que participa do processo legislativo, ele pode impetrar o mandado de segurança, tem que ser norma da Constituição não pode ser norma regimental, ou seja, norma de regimento interno. Como exemplo, o (Mandado de Segurança 31816), caso do Pré-Sal onde a ordem dos vetos não foi observado. (Mandado de Segurança 33032), questionava o projeto de lei para regras de criação de partidos políticos.

Repressivo é aquele realizado após a lesão à Constituição já ter ocorrido, também pode ser realizado pelos três poderes:

Poder Legislativo, em três hipóteses:

No (Artigo 49, V), sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa. Casos de lei delegada.

No (Artigo 62), Caso das medidas provisórias. O congresso pode rejeitar a medida provisória. Por fim, a terceira hipótese é a da (Súmula 347 do STF): “O tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público”. O Tribunal de Contas é órgão auxiliar do Poder Legislativo.

Para o Poder Executivo é mais restrito e só poderia em uma hipótese: O chefe do executivo poderá negar cumprimento a uma lei que entenda ser inconstitucional. Desde que motive e dê publicidade ao seu ato, estabeleça um decreto motivando-o e dando publicidade a este não cumprimento.

Na doutrina há uma polêmica com a ampliação do rol da ADI, tem Jurisprudência admitindo essa possibilidade mesmo após a Constituição de 1988. Após edição da emenda constitucional nº45 de 2004, não teria lógica tal situação, o Presidente da República é legitimado para propor uma ADI.

Em regra, o Controle Repressivo é exercido pelo Judiciário, através do Controle Concentrado e do Controle Difuso.

2.3) Quanto à competência jurisdicional

Difuso, pode ser exercido por qualquer juiz ou tribunal, criado nos Estados Unidos em 1803 no famoso caso Marbury versus Madison, já mencionado anteriormente. No Brasil foi introduzido em 1891 com a primeira constituição republicana.

Concentrado, é aquele reservado a um determinado órgão do Poder Judiciário. O STF quando o parâmetro é a Constituição Federal. Na esfera estadual, o Tribunal de Justiça. Surgiu em 1920 na Áustria, foi introduzido no Brasil na Constituição de 1934 (Representação Interventiva), primeira espécie de Controle Concentrado.

2.4) Quanto à finalidade do Controle jurisdicional

Pode ser Concreto, aquele que tem por finalidade principal a proteção de direitos subjetivos, também conhecido por controle por via de exceção,

por via de defesa ou incidental. Neste controle, o objetivo principal é proteger o direito subjetivo incidentalmente, terá que ser reconhecida a inconstitucionalidade.

O Abstrato, é aquele que tem por finalidade principal assegurar a supremacia da Constituição, também chamado de controle por via direta ou por via de ação ou controle principal.

3) Controle Concentrado Abstrato

Se concentra no Supremo Tribunal Federal, no âmbito federal, com a finalidade de assegurar a primazia ou supremacia da Constituição Federal da República. Nesse tipo se estabelece as conhecidas ações de controle de constitucionalidade, ADI, Ação Direta de Inconstitucionalidade, ADC, Ação Declaratória de Constitucionalidade e ADPF, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

A ADI e ADC possuem caráter dúplice ou ambivalente, são ações que tem a mesma natureza, mesma essência, o que muda é o sinal, ou seja, uma ADI julgada procedente é a mesma coisa que uma ADC julgada improcedente, (Lei 9.868/99, Art. 24). ADC, precisa de uma Controvérsia Judicial Relevante como pressuposto de admissibilidade. A constitucionalidade das leis já se presume, por isso só justifica a declaração de constitucionalidade da lei se houver alguma controvérsia, senão o Supremo seria mero órgão de consulta.

ADPF possui caráter subsidiário, significa a inexistência de outro meio eficaz (ou seja, com a mesma efetividade, imediaticidade e amplitude) para sanar a lesividade. (Lei 9.882/99, Art. 4 °§1°)

A Legitimidade Ativa da ADI, ADC, ADPF é igual, todos estabelecidos pelo Artigo 103 da Constituição:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional n° 45, de 2004)

I- o Presidente da República;

II- a Mesa do Senado Federal

III-a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

V- o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

VI o Procurador-Geral da República

VII-o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII-partido político com representação no Congresso Nacional;

IX-confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

A Jurisprudência do Supremo diferencia alguns requisitos: Legitimidade Ativa Universal, aquele legitimado não precisa demonstrar a existência de pertinência temática; Legitimidade Ativa Especial, precisa demonstrar que existe pertinência temática entre o objeto impugnado e o interesse que ele representa.

Universal: Autoridades Federais: Mesa do Senado, Mesa da Câmara, Procurador Geral da República, Conselho Federal da OAB, Partido Político com representação no Congresso Nacional.

Especial: Mesa da Assembleia, Governador, Confederação Sindical ou Entidade de Classe de Âmbito Nacional (único de âmbito nacional).

O partido político tem que ter representante. Se ele perde o representante depois de ajuizada ação, o entendimento do STF é que a legitimidade do partido político deve ser aferida no momento da propositura da ação.

Entidade de Classe, de acordo com a jurisprudência do STF, tem que ser representativa de apenas uma categoria profissional, social ou econômica. Por exemplo: CUT, Central Única dos Trabalhadores, não tem

legitimidade porque são várias classes. Precisam estar presentes em pelo menos 1/3 dos estados brasileiros. O STF não admitia até 2004, que associação formada por pessoas jurídicas tivessem legitimidade. Hoje o STF admite a legitimidade de associações de associações, ou seja, associações formadas por pessoas jurídicas e não apenas por aquelas formadas por pessoas físicas.

Vale ainda mencionar a existência da chamada ADI, interventiva, estabelecida pelo (Artigo 36, III) em que o STF deverá requisitar a intervenção ao Presidente da República, que expedirá o decreto de intervenção, seguindo os mesmos aspectos para ADI Interventiva na esfera estadual.

3.1) Parâmetro de Controle

Pode-se entender como parâmetro de controle de constitucionalidade a norma de referência, ou seja, a norma violada pelo objeto. No caso da ADI e ADC: norma formalmente constitucional, (Artigo 5, °§3°). Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. O chamado Bloco de Constitucionalidade.

Para ADPF o parâmetro é mais restrito, que será o "Preceito Fundamental". Vale ressaltar que a Constituição possui 3 partes, só o preâmbulo não pode ser usado para o parâmetro, ele não é norma constitucional, o restante, ou seja, a parte geral como os atos das disposições finais e transitórias podem servir de referência. Para que a ADPF possa ser ajuizada é necessário que o parâmetro seja um preceito fundamental.

Preceito Fundamental, como exemplo: são os dispositivos constantes no Título I, os dispositivos do Título II, Princípios Constitucionais Sensíveis, Artigo 34, VII e Cláusulas Pétreas, outros preceitos também podem ser considerados fundamentais.

4) Objeto

Por natureza é a essência daquele ato normativo impugnado. ADI e ADC: Lei ou ato normativo (Art. 102, I, a). Quando se fala em Lei, o STF entende que pode ser qualquer tipo de Lei a partir da (ADI 4049); qualquer tipo de lei inclusive de efeitos concretos, o mesmo não ocorre em relação ao ato normativo. O ato normativo tem que ter densidade normativa, precisa ser geral e abstrato não pode ser de efeitos concretos.

Não podem ser objeto de ADI ou ADC, atos tipicamente regulamentares, que regulamentam uma lei, não pode porque só é possível violação direta da Constituição (ADI 3664).

Normas Constitucionais Originárias (ADI 4097), supremo rejeitou a tese que teriam normas feitas pelo poder constituinte originário, sendo uma superior a outra, ou seja, norma originária, mesma hierarquia.

Lei ou norma de efeitos concretos já exauridos (ADI 2980). Se a lei de efeito concreto já exauriu todos os seus efeitos, ou se ela não ameaça mais a supremacia da Constituição.

Leis revogadas ou medidas provisórias rejeitadas, revogadas ou havidas por prejudicadas. Ideia é a mesma do objeto anterior, se uma lei já foi revogada não há ameaça a supremacia da Constituição.

Quem teve o direito violado recorre ao judiciário através de controle difuso. No entanto, uma exceção: caso de lei revogada que o STF admite (ADI 3306). Fraude Processual, mesmo a lei sendo revogada, a ação continua. Este caso aconteceu com a câmara do Distrito Federal, antes do Supremo julgar foi revogada e logo em seguida fez uma outra lei com conteúdo semelhante e na terceira vez o Supremo entendeu como fraude processual. A câmara utilizava o artifício de revogar antes da declaração. Neste caso, vai permanecer a ação até o fim e julgou a ADI com eficácia retroativa.

Leis Temporárias, salvo quando a impugnação ocorrer em tempo adequado, ou seja, sua inclusão em pauta ocorrer antes do esgotamento da eficácia (ADI 4426). Lei temporária produz efeito durante um tempo determinado, a exceção é quando estes efeitos ainda estão perdurando.

Para a ADPF, não exige que o objeto seja lei ou ato normativo, ela admite como objeto qualquer ato do Poder Público (Lei 9882/99 Artigo 1º). O objeto é mais amplo nesse caso. Não se admite como objeto de ADPF: Atos tipicamente regulamentares (ADPF 59), Súmulas comuns (ADPF 80-AGR), Súmulas vinculantes (ADPF 147 AGR), súmulas comuns e súmulas vinculantes exigem procedimento específico, não teriam o caráter subsidiário, PEC, a proposta de emenda não pode (ADPF 43-AGR), Veto (ADPF 73) e Decisão Judicial transitada em julgado (ADPF 228 MC). Decisão Judicial pode, mas se já estiver transitada em julgado não pode ser objeto de ADPF.

4.1) Aspecto Temporal

Para ADI ou ADC o objeto produzido após o parâmetro, lembrar da Inconstitucionalidade Superveniente (Caso do Brasil Não recepção). Na ADPF, objeto produzido antes ou após o parâmetro (Lei 9.882, Artigo 1º, Parágrafo Único). Não exige que o objeto seja posterior ao parâmetro, ADPF não é uma arguição de inconstitucionalidade, é uma arguição de descumprimento de Preceito Fundamental, mesmo em hipótese de não recepção (ADPF 130 Lei de Imprensa), antes da Constituição. Caso de aborto de anencefalia (ADPF 54), analisa tipo do Código Penal que é anterior a Constituição da República.

4.2) Aspecto espacial

A ADC é Lei ou ato normativo federal, ADI, Lei ou ato normativo federal e estadual e ADPF, Ato do Poder Público federal, estadual e municipal. Distrito Federal depende da essência da Lei, normas de conteúdo de lei estadual ou lei de conteúdo municipal (Súmula 642).

5) Efeitos das Decisões (liminar/mérito)

5.1) Quórum

O Supremo Tribunal Federal tem 11 ministros, o quórum mínimo de presença é de 8 ministros (Artigo 22 da Lei 9868/99 e Artigo 8º da Lei 9882/99). Para decisão o quórum é de maioria absoluta, ou seja, pelo menos 6 dos 8 ministros (Artigo 23 da Lei 9868/99). Na ADPF, embora não

exista lei tratando da temática, por analogia, este mesmo quórum é utilizado.

5.2) Efeitos Objetivos e Subjetivos

Eficácia "erga omnes" e Efeito Vinculante. A eficácia erga omnes atinge a todos (tanto particulares quanto poderes públicos) e o chamado Efeito vinculante atinge apenas os poderes públicos. Não são todos os poderes públicos que são atingidos (Artigo 102, §2º). Efeitos da ADPF são os mesmos dos efeitos vinculantes em relação aos demais órgãos do poder judiciário. O Supremo não fica vinculado, nem a administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, não vincula o Poder Legislativo, para evitar o fenômeno da fossilização da constituição.

Na função legiferante, o Poder Legislativo pode fazer uma nova lei com o mesmo conteúdo que o Supremo considerou inconstitucional e o Supremo também pode alterar o entendimento. O chefe do executivo, Presidente, Governador e Prefeito, não fica vinculado pela decisão do Supremo, apenas no que diz respeito as atividades relacionadas ao processo legislativo, quando ele exerce o papel legiferante. Por exemplo: Medida provisória, veto, iniciativa de lei, celebração de tratado nos casos de atuação legislativa.

Efeitos Subjetivos: Parte da doutrina sustenta que o efeito vinculante atinge não apenas o dispositivo, mas também a fundamentação da decisão (Efeito transcendente dos motivos determinantes ou transcendência dos motivos). Para alguns autores a fundamentação também seria vinculante, no entanto, esta tese não vem sendo acatada pelo STF (RCL nº 3014). O Supremo ainda utilizou essa teoria, mas a partir desse momento o Supremo deixou de utilizar.

No (Artigo 10 da Lei 9.882/99), a redação é um pouco diferente, mas aplica-se as mesmas situações e critérios. Menciona em demais órgãos do poder público, embora a redação mais ampla o entendimento é o mesmo da ADI e da ADC.

5.3) Eficácia Temporal

A regra é de efeitos "ex tunc", ou seja, retroativo. Se a lei inconstitucional é nula, diz que já surgiu como inconstitucional, tem vício de origem, ou seja, o tribunal declara apenas o que já existia. Exceções: efeitos "ex tunc" e "pro futuro" ou Modulação Temporal dos Efeitos da Decisão. Pode dá uma decisão de agora em diante o "pro futuro" com um momento em que aquela decisão começará a valer, que significa dizer que a atuação estabelecerá fixando um momento posterior a decisão. Como exemplo: Efeito "ex nunc" (ADI 4029) e Efeito "Pro Futuro" (ADI 1842).

Para esse caso a justificativa seria por razões de segurança jurídica e excepcional interesse social. Em relação a decisão de mérito a regra é o efeito "ex tunc", no entanto excepcionalmente, o Supremo Tribunal Federal poderá modular os efeitos da decisão, desde que razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social, justifiquem essa modulação e para que faça isso, a lei exige um quórum qualificado, um quórum de 2/3 dos ministros.

6) Controle Difuso Incidental

6.1) Aspectos Gerais

A competência é estabelecida por qualquer órgão do poder judiciário, ou seja, qualquer juiz ou tribunal. A finalidade não é de assegurar a supremacia da constituição, é assegurar direitos subjetivos. Podendo ser inclusive de ofício, não precisa haver pedido. Embora esse entendimento não seja unânime na doutrina, mas é o que tem prevalecido (AI 66523-AGR do STF).

Maioria dos ministros do supremo entendeu que poderia de ofício reconhecer a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo. No caso do controle difuso incidental o parâmetro pode ser uma normal constitucional já revogada, desde que vigente na época do fato. O efeito é "inter partes", é apenas para as partes envolvidas no processo o efeito temporal em regra é "ex tunc", ou seja, retroativo.

Admite-se a modulação temporal dos efeitos da decisão pelo STF, ou seja, o STF também pode modular os efeitos temporal da decisão, aplica-se por analogia o (Artigo 27 da Lei 9868/99). (RE586453, RE 566664) como exemplo de efeito “ex nunc” (RE197917) exemplo de efeito “pro futuro”.

6.2) Cláusula da reserva de plenário

É estabelecida pelo (Artigo 97) que diz: “Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”.

Também conhecida como “Full Bench”, somente pelo voto da maioria absoluta dos membros, ou seja, a decisão não pode ser dada por órgão fracionários, só pelo pleno. Se tiver mais de 5 membros pode criar um órgão especial que entre suas funções, a declaração de inconstitucionalidade.

Só em âmbito dos tribunais, Turma Recursal de Juizado Especial não se aplica e nem a juízes singulares. Nesses casos, pode afastar a aplicação da lei, mas no âmbito de tribunais só o plenário. Também não se aplica ao STF no julgamento de Recurso Extraordinário (RE361829- ED), pela própria natureza da turma julgar recursos extraordinário.

Poderão os tribunais declarar a constitucionalidade, só é exigida para a declaração de inconstitucionalidade. Se for para declarar a constitucionalidade da lei, uma turma ou câmara pode declarar. Não será exigida também em caso de normas pré-constitucionais sendo rediscutido pelo Supremo Tribunal Federal (AI 838188), não há decisão ainda a respeito desse tema, pode ser que o Supremo modifique esse entendimento.

Também não será exigida em caso de interpretação conforme (RE 579721). Interpretação conforme quer dizer que a lei é constitucional, desde que interpretada desta maneira. Se a cláusula não for observada haverá uma nulidade absoluta da decisão (Súmula Vinculante nº 10).

7) Suspensão da Execução pelo Senado

Pelo entendimento do Art. 52, X da Constituição da República, “Compete privativamente ao Senado Federal: X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;”

Necessário que haja um ato para suspender a lei para todos, para evitar tratamentos desiguais, ou seja, para quem não chegou no Supremo. Só pode ocorrer quando há uma declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo, não se aplica a atos pré-constitucionais, porque seria hipótese de não recepção (RE 387271).

É um ato discricionário, não é obrigado a suspender a execução da lei (RE 150764). Leis federais, estaduais e municipais é possível a suspensão da execução. O Senado pode suspender leis federais, estaduais, municipais desde que haja decisão definitiva do Supremo no controle difuso. Não viola o princípio federativo porque o Senado atua como órgão de caráter nacional, ou seja, na defesa de interesses de todo o estado brasileiro e não apenas da União. Tem essa legitimidade porque é composto por representantes dos estados, situação diferente da Câmara.

O Senado deve se ater aos exatos limites da decisão proferida pelo STF, não pode ir nem além, nem ficar aquém da decisão do Supremo Tribunal Federal, o Senado não faz controle de constitucionalidade, nesse caso, ele só suspende, quem faz o controle é o Supremo Tribunal Federal.

8) Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão (ADO)

Finalidade e objetivo é tornar efetiva norma constitucional, a finalidade principal é assegurar a supremacia constitucional, faz parte do Controle Abstrato de Constitucionalidade.

O tipo de pretensão é processo constitucional objetivo. Diferente do controle concreto em que a questão constitucional é por processo subjetivo, ou seja, partes formais, autor e réu, na inconstitucionalidade por omissão não há partes formais, tem requerente e requerido, ou seja, legitimados.

A competência é de controle concentrado, apenas o Supremo Tribunal Federal, na esfera federal, e nos estados, o Tribunal de Justiça. Mesma legitimidade ativa das ações de controle de constitucionalidade abstrato.

Ao contrário do Mandado de Injunção não tem tantos pontos polêmicos ou controversos. O poder judiciário não deverá suprir a omissão, o que vai fazer é dá ciência ao poder competente da omissão. Se for o Poder Legislativo, não tem prazo. O Supremo Tribunal Federal não pode mandar o Poder Legislativo legislar, não pode impor um prazo coercitivo para que a lei seja elaborada. A (ADI 3682), gerou grande polêmica, porque foi interpretada a princípio que o Supremo teria dado prazo de 18 meses para o legislador legislar. O Supremo se manifestou dizendo que só sugeriu um prazo, e que 18 meses seria um prazo razoável para o legislador suprir a omissão.

Em relação aos órgãos administrativos tem prazo fixado de 30 dias, todavia, havia um problema em relação a esse prazo, nem sempre é possível suprir a omissão em trinta dias, tem situações mais complexas que em trinta dias seria pouco. O legislador infraconstitucional estabeleceu um dispositivo dando flexibilidade a Supremo Tribunal Federal para estabelecer esse prazo, (Artigo 12-H, 51. Lei 8.868/99).

9) Mandado de Injunção

Finalidade é tornar viável o exercício de direitos e prerrogativas da Constituição. Não é assegurar a supremacia da constituição, é assegurar direitos subjetivos. Estabelecido no Artigo 5 – LXXI que diz: “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

Ação de Controle Concreto. Precisa ser direito constitucionalmente assegurado, não legalmente. Por exemplo: Direito de Greve, não há regulamentação, mas é estabelecido constitucionalmente.

O tipo de pretensão é um processo constitucional subjetivo, ou seja, processo com partes formais, processo que visa formar a proteção de direitos.

Em relação à competência, possui uma característica que o torna um pouco diferente das demais ações, não é uma competência reservada, também não é por qualquer juiz ou tribunal. É necessário ter previsão legal para que o órgão tenha competência. É instrumento de controle difuso limitado.

Não é um controle concentrado, mas também não é qualquer juiz ou tribunal que poderá julgá-lo. Na Constituição Federal, estabelece 4 órgãos do Poder Judiciário: O Supremo Tribunal Federal (Artigo 102, I, q) que diz “o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, o do próprio Supremo Tribunal Federal;”

O STJ de acordo com a autoridade responsável pela omissão (Artigo 105, I, h) ao mencionar: “o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for federal, da administração direta ou atribuição de órgão, entidade ou autoridade indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal”

Nos TSE e TRE (Artigo 121, §4, V) ao estabelecer: “denegarem habeas corpus, mandado de segurança, habeas data ou mandado de injunção”.

Até o momento não há lei criada regulamentando o mandado de injunção, quando a lei for criada, outros tribunais poderão ter competência além destes quatro mencionados. Constituições Estaduais, podem estabelecer competência no âmbito estadual para que determinados tribunais ou juízes possam exercer a competência para julgá-los. Cada constituição estadual tem autonomia para estabelecer os órgãos competentes dentro da justiça estadual.

Em relação à Legitimidade Ativa, não há necessidade de especificação dos legitimados, porque se trata de ação para proteger direitos subjetivos. No entanto, existem dois tipos de mandado de injunção: O Mandado de Injunção Individual, que pode ser impetrado por qualquer pessoa que tenha um direito constitucional inviabilizado pela ausência de norma regulamentadora. Qualquer indivíduo que tenha um direito na constituição, mas não tenha como exercer esse direito pela omissão.

Mandado de Injunção Coletivo, a jurisprudência vem aplicando por analogia os mesmos legitimados para o Mandado de Segurança Coletivo, estabelecidos no (Artigo 5º, LXX):

“LXX- o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

- a) partido político com representação no Congresso Nacional;
- b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;”

Não se confundem com os legitimados para ADO, a Constituição fala em organização sindical, nas esferas federal ou estadual ou local, muda, ou seja, a legitimidade é mais ampla, Confederação no âmbito nacional, Federação no âmbito regional e o sindicato no âmbito local.

Por não existir lei regulamentadora os efeitos da decisão são bastante controversos, 4 correntes e as 4 já foram adotadas pelo Supremo Tribunal Federal em determinados momentos, são elas:

Não concretista: A decisão não tem efeito de suprimir omissão, não tem efeito de concretizar a norma. A decisão proferida não é capaz de estabelecer a norma concreta para suprir a omissão. O efeito seria o mesmo da ADO, mais adotada pelo Supremo Tribunal Federal. Somente depois de uns 15 anos o Supremo passou a adotar outras correntes e foi muito criticada porque praticamente esvaziava o Mandado de Injunção, ficava como uma ADO.

Concretista Geral: Segundo esta concepção a decisão judicial deve elaborar a norma com efeitos erga omnes, defende não apenas a possibilidade de elaboração de uma norma para suprir a omissão, mas também que essa norma tenha efeitos gerais. Chegou a ser adotada pelo Supremo Tribunal Federal no (Mandado de Injunção 708), questão discutia o direito de greve do servidor público.

Concretista Individual: O Supremo tem adotado nas decisões mais recentes. O Poder Judiciário pode suprir a omissão apenas em relação aos impetrantes, ou seja, nesta decisão o Supremo Tribunal Federal pode elaborar a norma regulamentadora, só que esta não é feita para todas as pessoas que se encontrem naquela situação, ela é feita apenas para quem impetrou o mandado de injunção.

O efeito seria “inter partes”, ou seja, apenas para as partes envolvidas na decisão (MI 721, MI 758). Solução interessante para ficar discutindo a mesma questão várias vezes. O (MI1795-QO) o STF autorizou que o relator decida monocraticamente os mandados de injunção cujo tema já tenha sido analisado pelo tribunal.

Concretista Intermediária, seria um misto da concretista individual com a não concretista, em um primeiro marco limitando à declaração da omissão ao órgão responsável, com prazo determinado. Após o fim do prazo, o Judiciário poderia suprir a lacuna para o impetrante, ou seja, para o caso concreto.

REFERÊNCIAS

BRASIL, **Constituição da República Federativa**, 1988.

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro:** exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 1. Ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

DIMOULIS, Dimitri e LUNARDI, Soraya. **Curso de Processo Constitucional e Controle de Constitucionalidade**, São Paulo: Atlas, 2013.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**, 14º, Ed, Bahia, 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Positivo**, 28. Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BREVES COMENTÁRIOS ACERCA DA IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO E O DIREITO BRASILEIRO

SAMARA YASSER YASSINE DALLOUL:
Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Especialista em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes-RJ. Servidora do Ministério Público da União desde 2012, atua perante o Ministério Público do Trabalho.

RESUMO: O presente trabalho traz um apanhado acerca dos aspectos mais relevantes da Imunidade de Jurisdição – e também Imunidade de Execução, no panorama recente do Direito Internacional, especialmente no que se refere ao Estado brasileiro. Parte-se do histórico do instituto e o posicionamento tradicional da doutrina internacional para inaugurar os mais recentes posicionamentos sobre o tema, concluindo pela mitigação da vedação no ambiente da boa-fé contratual no Direito Internacional. Discute-se ainda, brevemente, as consequências das conclusões para a aplicação do instituto da arbitragem – enquanto faceta da jurisdição privada – em contratos envolvendo o Estado.

Palavras-chave: Imunidade de jurisdição, Direito Internacional, Imunidade de Execução, Arbitragem.

ABSTRACT: The present essay approaches the most relevant aspects of Sovereign Immunity – and also Execution Immunity, on the grounds of most recent International Law, especially in what concerns the Brazilian State. It starts on the history of said institute and traditional international doctrine's position on the matter, concluding on the mitigation of such stockade on the environment of contractual good faith on International Law. It's also approached, even though briskly, the consequences of such conclusions on the appliance of the arbitration institute – as a face of private jurisdiction – in contracts involving a State.

Key words: Sovereign Immunity, International Law, Execution Immunity, Arbitration.

1. Introdução

Originada pela expressão da soberania dos Estados, a imunidade de jurisdição é tema de extrema relevância nos estudos do Direito Internacional. A criação do Estado, dotada invariavelmente de reconhecimento de sua soberania, importou na noção de que os entes estatais seriam organismos apartados, mergulhados que estavam em suas próprias regras e sua própria jurisdição.

As relações internacionais, sobretudo aquelas de natureza comercial, viram florescer a economia globalizada e, com ela, contratos de toda natureza. E o inadimplemento, embora não constitua regra, é elemento corriqueiro do trato comercial. O inadimplemento acarreta, como bem se sabe, a execução forçada da obrigação ou a indenização da parte adversa, segundo o regramento ao qual estejam sujeitas.

Mas e quando um dos sujeitos desta relação jurídica é um Estado? Na concepção clássica que tomava a comunidade internacional, uma vez ente soberano, não havia como submeter o Estado a jurisdição estranha à sua própria, sob pena de invadir sua autonomia.

Embora coberta de suas razões, tal corrente acarretava uma incongruência fatal: em caso de inadimplemento o Estado não poderia ser cobrado como ente de personalidade jurídica privada. Mas o Estado participa, quão mais nos moldes econômicos modernos, ativamente do mercado negocial, agindo, muitas vezes, nas mesmas condições que os particulares.

Vê-se, portanto, a relevância do tema trazido à baila. A não compreensão da extensão da imunidade estatal pode levar a situações delicadas envolvendo o comércio e a economia internacional, já que a presença de um ente estatal em uma relação comercial geralmente traduz um vulto negocial de grande monta.

O presente estudo visa esclarecer alguns pontos relevantes acerca da imunidade estatal, estabelecendo, ainda, um contraponto com o posicionamento doutrinário e jurisprudencial brasileiro sobre o tema.

2. A imunidade de jurisdição

É patente que o Estado, enquanto sujeito de Direito, envolve-se em relações jurídicas complexas. Tais relações jurídicas não se limitam ao seu território, sendo intenso o histórico de relações entre Estados e entre estes e particulares no âmbito do Direito Internacional. Tal panorama não é nascido no atual modelo de superglobalização – fez parte de um processo inerente à criação da própria noção de Estado, na medida em que era possível diferenciar as relações ocorridas em âmbito interno e externo desde os primeiros registros da história humana.

São essas relações externas das quais participa o Estado que interessam ao presente estudo, na medida em que noções de soberania passaram a interferir nos resultados das relações tomadas com entes estatais. Nem todo ato emanado pelo Estado é ato de império – em igual parte das vezes o Estado age como gestor particular de interesses disponíveis, de modo que, sob determinado ponto de vista, iguala-se aos particulares em suas relações privadas.

Ocorre que, como manifestação de sua soberania, o Estado submete-se à sua jurisdição e à sua jurisdição apenas, segundo a clássica doutrina internacionalista. É o princípio da imunidade de jurisdição, onde um Estado não pode unilateralmente julgar um segundo Estado com base em suas próprias regras. Tal assertiva restava princípio absoluto, com base na cláusula *par in parem non habet imperium* (iguais não podem julgar iguais).

A doutrina clássica, que prelecionava a imunidade absoluta de jurisdição, dominou o entendimento na comunidade internacional até bem pouco tempo. Segundo tal entendimento, formulado ainda na Idade Média, baseava-se na exclusividade da jurisdição de um Estado sobre seu território. A única exceção à imunidade absoluta do Estado perante outra jurisdição, segundo a visão clássica, seria a expressa renúncia de sua imunidade, o que poderia ser obtido pelos meios diplomáticos.

Tal doutrina original evoluiu em direção à imunidade relativa, que prevalece hodiernamente. Ora, se pode o Estado igualar-se aos

particulares em defesa de seus interesses privados, por certo que deve se curvar às mesmas regras que estes.

É fato que a imunidade é a regra, donde partem diversas exceções. É este panorama que se encontra reverberado em diversas legislações nacionais, das quais se pode tomar como exemplo as enumeradas por Dolinger e Tiburcio (2003): leis norte-americanas de 1976 (§1604), australiana de 1985 (Part II, number 9), canadense de 1982 (number 3.1) e do Reino Unido de 1978 (number 1.1).

A fim de estabelecer uma diferenciação para a aplicação da regra ou exceção à imunidade de jurisdição, a doutrina estabeleceu como parâmetros a distinção entre atos de império (sobre os quais incide absoluta imunidade) – aqueles que envolvem matéria atinente à soberania – e atos de gestão – onde o Estado utiliza-se das mesmas prerrogativas dos particulares (onde a imunidade é utilizada com temperos).

Importante salientar que a imunidade de jurisdição não se aplica com exclusividade, nos entes federados, a seu governo central – recai também sobre suas unidades político-administrativas, bem como organismos de sua administração que possuam personalidade jurídica. A doutrina brasileira, assim como as legislações dos EUA, Austrália, Canadá, África do Sul, África do Sul, Reino Unido, Cingapura, Paquistão coadunam com tal entendimento.

Ressalte-se que a imunidade de jurisdição, ora em comento, diferencia-se da imunidade de execução. Segundo o entendimento ainda dominante, a imunidade de execução, ao revés do que ocorreu com aquela de jurisdição, permanece absoluta. Entende-se por imunidade de execução a não submissão de um Estado ou ente de sua administração a execução forçada de decisões proferidas na esfera judicial.

Uma corrente moderna, por outro lado, vem defendendo a relativização também da imunidade de execução, ao passo que engessa as evoluções que se obteve no que toca a imunidade de jurisdição – a não executoriedade de suas decisões. Essa imunidade absoluta encontra fulcro nas Convenções de Viena sobre Relações Diplomáticas de 1961, e

sobre Relações Consulares de 1963, que prelecionam a inviolabilidade dos bens das missões diplomáticas e consulares.

O Supremo Tribunal Federal brasileiro, embora tenha reconhecido a relativização da imunidade de jurisdição, conforme adiante se verá, tem se posicionado firmemente pela imunidade de execução absoluta. Por outro lado, no afã de fazer valer decisões brasileiras em face de Estados estrangeiros, a jurisprudência tem encontrado soluções alternativas, como a renúncia expressa à imunidade de execução, o envio de rogatória para o Estado executado a fim de que o judiciário do local promova a execução, e até mesmo providências executórias sobre bens que não pertençam a missões diplomáticas ou consulares.

3. Atos de império e atos de gestão

Ocorre que a distinção entre atos de império e atos de gestão não é campo menos fértil a dúvidas. A tendência de verdadeira confusão entre os dois conceitos levou a doutrina a criar critérios de diferenciação entre os mesmos: a natureza do ato e sua finalidade.

Dollinger e Tiburcio (2003) ensinam que de acordo com o primeiro critério, os atos de império se caracterizam pela atuação governamental característica, enquanto os atos de gestão também podem ser praticados por particulares. E, pelo segundo critério, se o ato tem como finalidade um objetivo governamental, mesmo se é ato também usualmente praticado por particulares, será ato de império.

A verdade é que a conceituação de atos governamentais *jure gestionis*, ou seja, de atividade estatal de natureza comercial, exige um julgamento de valor que depende da filosofia política que se adote quanto à esfera apropriada da atividade estatal e das prioridades da política governamental (...) Há fundamentalmente dois critérios. Um caracteriza o ato governamental por sua natureza jurídica, negando imunidade às atividades que também são empreendidas pelos particulares. Outros preferem perquirir a finalidade ou o objetivo do ato, concedendo

imunidade para os atos diretamente ligados a funções públicas, como defesa e financiamento. (DOLINGER; TIBURCIO, 2003, p. 395).

De acordo com Portela (2011), os atos de império (*jus imperim*) têm relação com a soberania do Estado e, portanto, gozam de sua imunidade de jurisdição. Seriam exemplos de tais atos aqueles praticados em ofensivas militares em período de guerra, ou aqueles relacionados à admissão de estrangeiros ao território de um Estado. Já os atos de gestão (*jus gestionis*) caracterizam-se pela equiparação do Estado ao particular, sendo atos sobre os quais não há imunidade de jurisdição. É exemplo de ato de gestão a aquisição de bens móveis e imóveis missões diplomáticas e consulares.

Observa-se, portanto, que embora não haja uma divisão prática clara acerca da classificação de atos de gestão e atos de império, por certo que a relativização da imunidade de jurisdição sobre atos que envolvam a soberania de um Estado não pode ser aceita no contexto da comunidade internacional.

É interessante, por outro lado, apontar que, por vontade própria podem os entes estatais abdicarem de sua jurisdição mesmo quando tratando de atos de império. É o caso de compromisso arbitral instituído por tratado internacional: a arbitragem de Direito Internacional Público.

Neste ponto de vista, se instituída por meio de tratado internacional, por certo será de alguma forma internalizada nos ordenamentos jurídicos de seus respectivos signatários e tornar-se-á, a partir daí, matéria regulada no âmbito interno dos Estados, o que não causa maiores problemas. Não há como se negar, no entanto, a renúncia à sua jurisdição original ao tornar objeto de pacto arbitral questão afeta a atos de império.

Os atos de gestão, onde, grosso modo, age o Estado como se particular fosse, são os que mais interessam ao presente estudo, tendo em vista serem aqueles onde o afastamento da imunidade de jurisdição parece ser a solução justa para as contendas envolvendo o Estado.

São os atos de gestão que trazem o Estado para o campo do comércio internacional na condição de parte, e não mero interventor, de modo que a doutrina da relativização – majoritária atualmente – encontrou terras férteis na equidade para fazer valerem os direitos dos particulares em oposição ao interesse do Estado em fazer valer sua prerrogativa de exclusividade jurisdicional.

4. Posicionamento brasileiro – O Estado estrangeiro no Brasil

O Brasil, antes da Constituição de 1988, adotava para relações de Estados estrangeiros no país, o posicionamento da imunidade absoluta. Desta forma, gozavam de completa imunidade de jurisdição, ainda nas hipóteses de reclamações trabalhistas, os Consulados e Embaixadas com sede no país.

Tal posicionamento harmonizava-se com o entendimento clássico no direito internacional – que surgiu, afinal, quando consolidava-se a noção de soberania entre os Estados durante a intensificação das relações internacionais – e coadunava com a ordem vigente. Neste sentido posicionava-se o Supremo Tribunal Federal, conforme se exemplifica com a ementa da Apelação Cível nº 9.705, RTJ 123/29, Rel. Ministro Moreira Alves:

Esta corte tem entendido que o próprio estado estrangeiro goza de imunidade de jurisdição, não só em decorrência dos costumes internacionais, mas também pela aplicação a ele da Convenção de Viena sobre relações diplomáticas, de 1961, nos termos que dizem respeito à imunidade de jurisdição atribuída a seus agentes diplomáticos. Para afastar-se a imunidade de jurisdição relativa à ação ou à execução (entendida em sentido amplo), é necessária renúncia expressa por parte do Estado estrangeiro. Não ocorrência, no caso, dessa renúncia. Apelação Cível que não se conhece em virtude da imunidade de jurisdição.

Tal panorama foi modificado, no entanto, com o advento da Constituição de 1988: mais precisamente no julgamento da AC nº 9.696, RTJ 133/159 pelo Supremo Tribunal Federal, cuja ementa transcreve-se a seguir:

- ESTADO ESTRANGEIRO. IMUNIDADE JUDICIÁRIA. CAUSA TRABALHISTA. NÃO HÁ IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO PARA O ESTADO ESTRANGEIRO, EM CAUSA DE NATUREZA TRABALHISTA. EM PRINCÍPIO, ESTA DEVE SER PROCESSADA E JULGADA PELA JUSTIÇA DO TRABALHO, SE AJUIZADA DEPOIS DO ADVENTO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 (ART. 114). NA HIPÓTESE, POREM, PERMANECE A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL, EM FACE DO DISPOSTO NO PARAGRAFO 10 DO ART. 27 DO A.D.C.T. DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, C/C ART. 125, II, DA E.C. N. 1/69. RECURSO ORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA SE AFASTAR A IMUNIDADE JUDICIÁRIA RECONHECIDA PELO JUÍZO FEDERAL DE PRIMEIRO GRAU, QUE DEVE PROSSEGUIR NO JULGAMENTO DA CAUSA, COMO DE DIREITO. (ACi 9696, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 31/05/1989, DJ 12-10-1990 PP-11045 EMENT VOL-01598-01 PP-00016 RTJ VOL-00133-01 PP-00159)

Na referida decisão emblemática o relator, Ministro Sydney Sanches, entendeu que a Constituição Federal, em seu artigo 114, ao disciplinar nova norma de competência interna, extinguiu a imunidade de jurisdição em face de relações trabalhistas. Já o Ministro Francisco Rezek, na mesma oportunidade, votou pelo afastamento da imunidade de jurisdição, com outro fundamento – no *costume internacional*. Considerando o posicionamento da comunidade internacional em

relativizar a imunidade de jurisdição, considerou cabível, no caso, seu afastamento.

Os tribunais brasileiros, desde então, têm conhecido de conflitos envolvendo entes estatais estrangeiros em lides trabalhistas. O próprio Superior Tribunal de Justiça já perfilhou o entendimento, afastando a imunidade de jurisdição em simples contrato de compra e venda firmado por embaixada, não possuindo relação com suas finalidades (AI nº 757, 4ª Turma, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 01.20.90, p. 10.448).

Conforme anteriormente mencionado, a imunidade de execução resiste quase absoluta no panorama internacional. O Estado brasileiro, a fim de fazer valer as pretensões traduzidas em suas decisões, chegava a realizar verdadeiros atos executórios sobre bens que não fizessem parte do patrimônio de missões diplomáticas e consulares, a fim de respeitar o disposto nos citados tratados internacional que regulam a matéria.

Ainda que possa se apontar tal exceção, a própria execução de bens nas situações apontadas tem sido ponto de divergência no Supremo Tribunal Federal. Decisão recente do pretório excelso, por maioria de votos, voltou a afirmar a imunidade executória absoluta de Estados estrangeiros, com exceção única da expressa renúncia de imunidade pelo ente estatal (ACO-AgR 543/SP, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 30.08.2006, DJ de 24.11.2006).

5. Posicionamento brasileiro – O Brasil no exterior

Tradicionalmente, o Estado brasileiro nega submissão a legislações alienígenas. Tal entendimento remonta ao Decreto nº 15.783 de 1922, regulamento do Código de Contabilidade da União (Decreto Legislativo nº 4.536 de 1922), mais especificamente em seu artigo 775, §1º:

A estipulação dos contratos administrativos compreende cláusulas essenciais e cláusulas acessórias. São cláusulas essenciais e como tais não podem ser omitidas em contrato algum, sob pena de nulidade: (...) e) nos contratos com pessoas naturais ou jurídicas domiciliadas no estrangeiro, a cláusula

que declara competente o foro nacional brasileiro, para dirimir quaisquer questões originadas dos mesmos contratos.

A obrigatoriedade da cláusula de eleição de foro brasileiro reverberaria em diversas legislações vindouras, como o Decreto-Lei nº 2.300 de 1986 e a redação original da Lei 8.666 de 1993. Entendiam os tribunais que tais dispositivos vedavam a renúncia à jurisdição brasileira em contratos que envolviam o poder público.

A arbitragem, por outro lado, foi facultada por vários dispositivos, como a Lei 8.987/95, que cuida das concessões de serviço público e que prevê – com certa imprecisão – foro amigável para solução de divergências em seu artigo 23, inciso XV. O mesmo se vê na Medida Provisória nº 29/2002, convertida na Lei 10.433/02 (revogada pela Lei 10.848/04), que previa em seu artigo 2º, §4º, a convenção de arbitragem no âmbito do Mercado Atacadista de Energia, ambiente onde ocorrem as negociações de compra e venda de energia.

Tomando em conta a natureza jurisdicional da arbitragem, tem-se que há, de certa forma, o afastamento da imunidade de jurisdição brasileira, já que para a instituição de juízo arbitral é necessário abrir mão de qualquer jurisdição estatal.

Nesse prisma, utilizando-se os critérios apontados pela doutrina internacional, a existência de atos classificáveis como de gestão autorizaria o afastamento da imunidade jurisdicional de um Estado. E a arbitragem privada – incidente sobre litígios que versam sobre direitos patrimoniais disponíveis (na dicção da Lei 9.307/96), é claro exemplo do referido afastamento.

6. Conclusão

Apreende-se, pois, que embora traduza verdadeira parcela da face soberana do Estado, a imunidade de jurisdição não pode ser tomada como absoluta, sob pena de instabilidade em relações negociais envolvendo entes estatais no panorama internacional.

Embora a doutrina tenha defendido, até não muito, a existência de imunidade de jurisdição absoluta, a evolução das relações comerciais internacionais - principalmente aquelas envolvendo o Estado em pé de igualdade com os particulares – forçou uma renovação nos pontos de vista, estabelecendo-se como verdadeiro costume internacional a relativização da imunidade estatal, obedecidos alguns critérios.

Já a imunidade de execução, em contrapartida à sua irmã jurisdicional, não apresentou a evolução esperada para a velocidade das relações internacionais. Prevalece, ainda, o entendimento de que seria absoluta, já que é assunto mais delicado despir o Estado de seu patrimônio com base em ordem emanada por Poder Judiciário que lhe seja estranho.

O Brasil mostrou-se a par das tendências da comunidade internacional, embora de maneira mais temperada. É firme em não abdicar de sua jurisdição quando confrontado por entes alienígenas, mas mostrou-se flexível em relativizar a imunidade de execução encontrando soluções alternativas que não violam os tratados existentes.

A imunidade de jurisdição é tema que muito interessa a arbitragem, na medida em que se mostra como meio alternativo de soluções de conflitos com verdadeira natureza jurisdicional. Neste passo, como exige a abdicção de qualquer jurisdição estatal em prol do poder do juízo arbitral, é paralelo útil a se traçar com a imunidade de jurisdição, já que esta poderá ser invocada por Estados para sua não submissão a compromissos arbitrais.

Embora tenha galgado considerável evolução, a imunidade de jurisdição, bem como aquela de execução, deve ser analisada sob o ponto de vista da equidade e tomando em consideração o papel da soberania dos entes estatais nas decisões a serem prolatadas. É necessária ainda cautela em seu manejo.

7. Referências

ALMEIDA, Ricardo Ramalho. **Arbitragem Comercial Internacional e Ordem Pública**. Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2005.

BRASIL, Decreto-Lei nº 15.783, de 8 de novembro de 1922. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D15783.htm. Acessado em 17 de novembro de 2017.

BRASIL, Decreto Legislativo nº 4.356, de 28 de janeiro de 1922. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dpl/dpl4536.htm. Acessado em 13 de novembro de 2017.

BRASIL, Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2300-86.htm. Acessado em 13 de novembro de 2017.

BRASIL, Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm. Acessado em 19 de novembro de 2017.

BRASIL, Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm. Acessado em 19 de novembro de 2017.

BRASIL, Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm. Acessado em 21 de novembro de 2017.

BRASIL, Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9427cons.htm. Acessado em 18 de novembro de 2017.

BRASIL, Medida Provisória nº 29, de 7 de fevereiro de 2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/Antigas_2002/29.htm. Acessado em 19 de novembro de 2017.

BRASIL, Lei nº 10.433, de 24 de abril de 2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10433.htm. Acessado em 21 de novembro de 2017.

CARMONA, Carlos Alberto, **Arbitragem e Processo. Um comentário à Lei nº 9.307/96**, 3ª ed., São Paulo, Atlas, 2010.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves, **Direito Internacional Público e Privado**, 8ª ed. Salvador, Editora Jus Podivm, 2016.

DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen, **Direito Internacional Privado. Arbitragem Comercial Internacional**, Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2003.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Agravo Regimental na Ação Cível Originária 543/SP, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno. Julgamento em 30-08-2006, publicado no DJ de 24-11-2006. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=392108>. Acessado em 28-11-2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Apelação Cível nº 9.705, RTJ 123/29, Rel. Ministro Moreira Alves. Julgamento em 09-09-1987, publicado no DJ de 23-10-1987. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=25126>. Acessado em 23-11-2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Apelação Cível 9696, Rel. Ministro Sydney Sanches, Tribunal Pleno. Julgamento em 31-05-1989, publicado no DJ de 12-10-1990. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=25118>. Acessado em 23-11-2017.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Agravo de Instrumento nº 757, 4ª Turma, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Julgamento em 21-08-1990, publicado no DJ de 01.10.90, p. 10.448. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=198900107704&dt_publicacao=01/10/1990. Acessado em 25-11-2017.

A IMPORTÂNCIA DA JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO COMPLEMENTO AO MODELO TRADICIONAL DE JUSTIÇA CRIMINAL NO SISTEMA BRASILEIRO

FERNANDA ROCHA RAMOS: graduada pela Universidade de Brasília (UnB) e pós-graduada em Direito e Jurisdição pela Escola da Magistratura do Distrito Federal (ESMA-DF).

Resumo: O objetivo deste trabalho consiste em examinar como o emprego de técnicas restaurativas pode contribuir para complementar e aprimorar o modelo tradicional de justiça criminal adotado pelo sistema brasileiro. Serão analisadas as premissas e as características tanto do modelo tradicional, eminentemente repressivo, quanto da justiça restaurativa, que valoriza a figura da vítima e prega a recomposição dos danos por meio do diálogo e da assunção de responsabilidade pelo infrator. Demonstrar-se-á que, com o surgimento de normas de proteção dos direitos humanos e de movimentos contestatórios das instituições repressivas, houve uma evolução do conceito de crime, com a conseqüente desconstrução do entendimento de que o sistema formal seria suficiente para lidar com a complexidade do delito. Ao final, serão abordadas as vantagens do modelo restaurativo e a sua importância para combater o mau funcionamento do sistema punitivo.

Sumário: 1. Breves noções a respeito dos modelos de justiça criminal. 1.1. Principais aspectos e fundamentos do modelo tradicional. 1.2. Características de um novo modelo – justiça restaurativa. 2. Insuficiência do modelo tradicional para lidar com a complexidade do crime. 3. Vantagens do modelo restaurativo e sua importância para combater o mau funcionamento do modelo atual brasileiro. 4. Conclusão. 5. Referências bibliográficas.

1. Breves noções a respeito dos modelos de justiça criminal

1.1. Principais aspectos e fundamentos do modelo tradicional

O modelo tradicional de justiça criminal baseia-se no paradigma crime-castigo, ou seja, quem pratica um fato típico, ilícito e culpável deve

receber uma reprimenda como contrapartida. A ideia é eminentemente retribuir o mal feito.

A finalidade mais evidente deste modelo é, pois, a de punir o criminoso, encarcerando-o e retirando-o do convívio da sociedade. A aplicação de um castigo (prisão) ao infrator seria uma forma de fazer justiça.

No sistema de justiça criminal convencional, o processo penal visa satisfazer, sobretudo, o interesse punitivo do Estado, submetendo os eventuais infratores aos ditames da lei. Esse modelo sofreu forte influência política do Estado Moderno e das monarquias, pois a prática de um crime representava grave ofensa ao rei, possuindo a reparação dos danos causados à vítima papel secundário.

A propósito, vale mencionar o posicionamento de Daniel Achutti:

“Desde que o Estado se apropriou dos conflitos e substituiu a noção de dano pela de infração, as vítimas foram relegadas a segundo plano, pois representavam um entrave às intenções política e confiscatória do processo inquisitório. Atualmente, pode-se dizer que a vítima não é admitida pelo sistema oficial por, dentre outros motivos, representar um risco considerável de trazer elementos irracionais ao processo penal e, com isso, comprometer a racionalidade de seu funcionamento. O processo penal, nesse contexto, é uma ferramenta para satisfazer unicamente os interesses punitivos do Estado, sem qualquer finalidade reparatória para a vítima”^[1].

Raffaella Pallamolla explicita a maneira como a vítima real do fato delituoso é relegada pelo modelo de processo penal convencional. Confira-se:

“Ademais, o processo penal afasta da justiça a vítima, o ofensor e a comunidade afetadas pelo delito.

O foco não está no dano causado à vítima ou na experiência desta e do ofensor no momento do delito, mas sim na estrita violação à lei, já que a vítima passa a ser o próprio Estado, tendo este o poder exclusivo de reagir. Dessa forma, ofensa e culpa são definidas em termos legais (violação de norma), enquanto questões éticas e sociais relacionadas ao evento são afastadas. A vítima real é negligenciada, suas necessidades não são atendidas, apesar dos esforços dos (poucos) programas de atenção às vítimas”[2].

Nesse contexto, as consequências nefastas de se sobrepor o interesse punitivo do Estado à reparação dos danos provocados à vítima, acrescidas às diversas críticas formuladas às prisões pelos primeiros movimentos contestatórios do sistema repressivo, acabaram contribuindo para o desenvolvimento de um novo modelo de justiça criminal, a saber, o da justiça restaurativa.

1.2. Características de um novo modelo – justiça restaurativa

Em contraponto ao sistema tradicional de justiça criminal, o modelo de justiça restaurativa possui como finalidade a restauração das marcas deixadas pelo crime, sendo este compreendido como um dano causado a uma pessoa e não mais como uma mera violação à lei.

Por se tratar de instituto relativamente novo e ainda em construção, não há definição consolidada a respeito da justiça restaurativa. Apesar, entretanto, da imprecisão do conceito, há certo consenso no sentido de que se trata de um método de resolução de conflitos heterônomo, na medida em que as partes decidem como lidar com as consequências do crime. Também é comum a noção de que o modelo da justiça restaurativa baseia-se no estabelecimento do sentimento de justiça, na valorização da figura da vítima e no reconhecimento de culpa pelo infrator.

O movimento da justiça restaurativa surgiu possivelmente na década de 60, nos Estados Unidos, em face da crise do sistema ressocializador,

da luta pelos direitos civis e pelos direitos das mulheres e, bem assim, do desenvolvimento de ideais de reconciliação com a vítima. Com efeito, naquele momento, ao se constatarem as injustiças e a ineficácia do sistema punitivo tradicional, defendia-se a elaboração de políticas de desencarceramento e o respeito aos direitos dos presos.

Especificamente no Brasil, a justiça restaurativa começou a ganhar força após a edição da Lei 9.099/95, que trouxe uma espécie de autocomposição penal para os crimes de menor potencial ofensivo.

O novo modelo de justiça criminal passa a se importar com as eventuais relações interpessoais e morais que influenciaram o crime e busca analisar as origens do conflito, para repará-las por meio do diálogo e do consenso. Propõe, assim, dentre outras técnicas, a realização de encontros entre a vítima e o ofensor, a fim de buscar o restabelecimento das relações quebradas pelo delito.

A propósito, veja-se o entendimento esposado por Conrado Ferraz:

“A Justiça Restaurativa, ao reconhecer os laços comuns que unem o ofensor e a vítima como membros de uma sociedade, exalta a ideia de interligação de todas as pessoas em uma rede de relacionamentos, instigando-as, não a delegarem, mas sim a compartilharem, como verdadeiras protagonistas, a responsabilidade pela existência de delitos e pela desarticulação dos prejuízos deles advindos”^[3].

A finalidade da pena não é mais apenas punitiva ou retributiva, porquanto o ofensor também deve compreender e reconhecer a sua responsabilidade pelos danos provocados. Dessa forma, por meio de gestos simples, do diálogo e até de eventuais pedidos de perdão, possibilita-se a efetiva reintegração do causador do dano à sociedade, cumprindo-se, efetivamente, a função ressocializadora da pena.

Os objetivos da justiça restaurativa, bem como as dificuldades decorrentes de sua amplitude, são enfatizados por Raffaella Pallamolla:

“As mesmas dificuldades e complexidade observadas na definição da justiça restaurativa também atingem os objetivos deste modelo, direcionados à conciliação e reconciliação entre as partes, à resolução do conflito, à reconstrução dos laços rompidos pelo delito, à prevenção da reincidência e à responsabilização, dentre outros, sem que estes objetivos, necessariamente, sejam alcançados ou buscados simultaneamente em um único procedimento restaurativo”[\[4\]](#).

Além dos propósitos mencionados, a justiça restaurativa visa tratar das obrigações que resultam dos danos causados, corrigir os males e prevenir a violência, contribuindo para a busca da pacificação social.

2. Insuficiência do modelo tradicional para lidar com a complexidade do crime

Com o passar dos tempos, constatou-se que o modelo tradicional de justiça criminal não cumpre as suas finalidades de inibir a reincidência e de ressocializar, além de gerar injustiças, estigmatização e não solucionar de forma global o delito.

Aliás, tão logo o modelo adotado passou a ter como principal instrumento a prisão, percebeu-se que a resposta do Estado ao crime era ineficiente, porquanto não diminuía os níveis de criminalidade e impunha um sofrimento desmedido ao agente infrator.

Michel Foucault, em sua clássica obra *Vigiar e Punir*, já criticava as prisões, considerando-as verdadeiras “fábricas de delinquentes”:

“A prisão não pode deixar de fabricar delinquentes. Fabrica-os pelo tipo de existência que faz os detentos levarem: que fiquem isolados nas celas, ou que lhes seja imposto um trabalho inútil, para o qual não encontrarão utilidade, é de qualquer maneira não ‘pensar no homem em sociedade; é criar uma existência contra a natureza inútil e perigosa’.

(...) A prisão fabrica também delinquentes impondo aos detentos limitações violentas; ela não se destina a aplicar leis, e a ensinar o respeito por elas; ora, todo o seu funcionamento se desenrola no sentido do abuso do poder”[5].

A ineficácia das penas privativas de liberdade também é asseverada por Eugenio Zaffaroni e Edmundo Oliveira:

“Eis a razão pela qual se diz, a todo o instante, que a prisão:

- a) não serve para o que diz servir;
- b) neutraliza a formação ou o desenvolvimento de valores;
- c) estigmatiza o ser humano;
- d) funciona como máquina de reprodução da carreira no crime;
- e) introduz na personalidade a prisionalização da nefasta cultura carcerária;
- f) estimula o processo de despersonalização;
- g) legitima o desrespeito aos direitos humanos”[6].

As críticas tornaram-se ainda mais contundentes após a criação de normas específicas de proteção aos direitos humanos, bem como o surgimento de movimentos de contestação das instituições repressivas e de descoberta da vítima.

Além disso, não se pode olvidar que o fenômeno do crime é extremamente complexo, havendo inúmeras vozes no sentido de que não se trata de um fato natural e inato às sociedades. Assim, a utilização de medidas alternativas, como as técnicas restaurativas, pode contribuir para a compreensão mais ampla e completa dos fatos delituosos, bem como para uma solução mais pacífica e satisfatória para todos os envolvidos (acusado, vítima e sociedade).

A propósito, Augusto César Jatobá e Letícia Delfino defendem que a justiça restaurativa representa uma mudança da concepção existente e pode significar um avanço quanto ao aspecto simbólico do modelo punitivo:

“A justiça restaurativa representa uma mudança de paradigmas, uma vez que a justiça meramente retributiva e desigual passa a dar lugar a um sistema onde todos são iguais em direitos e oportunidades, não só em relação ao procedimento em si, mas epistemologicamente e metodologicamente. Além disso, em se tratando de matéria penal, a justiça restaurativa enfrenta a dificuldade de transformar um sistema simbólico e punitivo, baseado na aplicação objetiva dos dispositivos legais, em uma realidade onde vítima, ofensor e comunidade possam interagir de forma democrática, visando sanar as dificuldades e injustiças ocasionadas”^[7].

Na mesma esteira, confirmam-se as palavras do professor André Gomma de Azevedo:

“Precisamente em razão de o ordenamento jurídico penal ser um sistema, e como tal em constante evolução, aceitar que o sistema penal cumpra meramente uma função substancialmente simbólica ou ainda meramente punitiva seria contrariar sua própria essência sistêmica. Como parte dessa evolução, buscam-se novos (e mais eficientes) mecanismos de resolução de litígios voltados não apenas a transformar o ordenamento processual penal em um mecanismo retributivo mais eficiente, mas também voltado a ressocialização, prevenção, redução dos efeitos da vitimização, educação, empoderamento e humanização do conflito”^[8].

Dessa forma, em virtude da insuficiência do modelo tradicional para lidar com a complexidade do crime, as técnicas restaurativas ganham

relevo e mostram-se como alternativas relevantes na busca pela pacificação do conflito.

3. Vantagens do modelo restaurativo e sua importância para combater o mau funcionamento do modelo atual brasileiro

O modelo da justiça restaurativa possui diversas vantagens quando comparado com outros modelos de justiça criminal. A título de exemplo, é possível mencionar a celeridade, a desburocratização, a inibição da reincidência, a ressocialização, a efetiva reparação dos danos causados, a validação de sentimentos, a percepção de justiça, a participação democrática dos envolvidos e a humanização das penas.

De fato, para a justiça restaurativa, não é necessário aguardar toda a tramitação do processo para se obter uma solução para o caso, porquanto a mediação pode ocorrer na fase inicial da relação processual e, quiçá, durante o inquérito policial. Assim, a resolução do conflito ocorre de forma mais célere, bem como de maneira mais econômica e informal.

Outrossim, por meio desse modelo, a ocorrência do ato delitivo é vista sob aspecto global, privilegiando-se a análise dos sentimentos, o reconhecimento de culpa por parte do ofensor e a efetiva reparação dos danos causados à vítima. Ao reconhecer a sua culpa e, mesmo, arrepender-se, o agente possivelmente se absterá de praticar atos semelhantes, inibindo a reincidência e contribuindo para a sua reinserção social.

Hugo Leonardo Santos destaca as características benéficas da justiça restaurativa:

“Inicialmente, trata-se de um modelo democrático, pois garante a participação efetiva da vítima, do infrator e da própria sociedade, para a resolução (restauração) do problema. Parece-nos que essa é uma arquitetura da justiça criminal mais coerente com um Estado de direito. Esse desenho significa, a *contrario sensu*, uma opção consciente pelo afastamento de um modelo de justiça penal

punitivista, centrado em um sistema autoritário e arbitrário (antidemocrático).

A outra característica marcante da justiça restaurativa é a sua informalização. Esse modelo oferta soluções para a criminalidade sem a necessidade de se recorrer ao burocrático aparelho judiciário estatal.

Evita, portanto, a formação de efeitos deletérios no infrator, os quais poderiam ser determinantes para a criminalização secundária e a reincidência criminal, e que são facilmente perceptíveis nos réus do processo penal clássico”^[9].

À vista dos inúmeros benefícios da justiça restaurativa, a sua utilização certamente auxilia no alcance de respostas mais consentâneas com o estado democrático e com a dignidade da pessoa humana. Dessa forma, é natural que o emprego de técnicas restaurativas possa representar a superação de diversos inconvenientes do sistema carcerário tradicional, como o excesso de prisões e o desrespeito aos direitos humanos dos presos.

4. Conclusão

O modelo tradicional de justiça criminal baseia-se no binômio crime-castigo, sendo o objetivo da pena retribuir o mal causado. Privilegia-se o interesse punitivo do Estado, com a sujeição do infrator aos estritos ditames da lei. A reparação dos danos e a participação efetiva da vítima revelam-se secundárias.

Com o surgimento de normas de direitos humanos e de movimentos contestatórios do sistema repressivo, percebeu-se que o modelo de justiça tradicional é incompleto e não alcança todos os fins a que se propõe, especialmente a inibição da reincidência e a diminuição dos índices de criminalidade.

Nesse cenário, o modelo de justiça restaurativa ganha relevo ao conceder enfoque aos danos e às necessidades deles resultantes, à

responsabilização do ofensor, à cooperação entre os envolvidos e à efetiva correção dos males. Por esse modelo, as próprias partes alcançam um consenso quanto à melhor forma de lidar com as consequências do crime.

Assim, destacam-se diversas vantagens na proposta restaurativa, como a inibição de encarceramentos desmedidos, a celeridade, a eficaz reparação dos danos causados, a validação de sentimentos, a realização de justiça e a participação democrática dos envolvidos. Como decorrência, o novo modelo é capaz de alcançar respostas mais consentâneas com o estado democrático e com a dignidade da pessoa humana, diminuindo os inconvenientes do modelo tradicional.

Não se defende a completa superação do modelo tradicional; em verdade, as práticas restaurativas complementam as penas privativas de liberdade que, em alguns casos, mostram-se imprescindíveis. Nessa ordem de ideias, há um aprimoramento do modelo tradicional por meio do emprego das técnicas de justiça restaurativa, com a conseqüente ampliação da pacificação social e da efetividade da justiça, compreendendo-se, de forma global, as origens do conflito.

Nesse sentido, é elucidativo o escólio de André Gomma de Azevedo:

“(...) a Justiça Restaurativa, com seu principal instrumento – a mediação restaurativa – não visa a substituir o tradicional modelo penal retributivo. Trata-se de iniciativa voltada a complementar o ordenamento processual penal para, em circunstâncias específicas, proporcionar resultados mais eficientes da perspectiva do jurisdicionado”^[10].

Acredita-se, pois, que a adoção e o recrudescimento do uso de técnicas restaurativas, em complemento ao modelo tradicional de justiça penal, representarão grande avanço ao sistema, na medida em que os objetivos da pena poderão ser buscados de maneira mais efetiva, além de se privilegiar a observância dos direitos humanos e a consolidação do regime democrático.

5. Referências bibliográficas

ACHUTTI, Daniel. *Justiça restaurativa e abolicionismo penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil*. 2 ed., revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2016.

ANTUNES, Maria João, SANTO, Cláudia Cruz Santos, AMARAL, Cláudio Prado do. *Os novos atores da justiça criminal*. Portugal: Almedina, 2016.

AZEVEDO, André Gomma de. *O componente de Mediação Vítima-Ofensor na Justiça Restaurativa: Uma breve apresentação de uma Inovação Epistemológica na Autocomposição Penal*. Disponível em: <http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol4/parte-i-memoria/o-componente-de-mediacao-vitima-ofensor-na-justica-restaurativa-uma-breve-apresentacao-procedimental-de-uma-inovacao-epistemologica-na-autocomposicao-penal>. Acesso em: 12 de março de 2018.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

BIANCHINI, Edgar Hrycylo. *Justiça restaurativa: um desafio à práxis jurídica*. Campinas: Servanda, 2012.

BRAGA, Romulo Rhemo Palitot e SILVA, Maria Coeli Nobre da (org.). *Direito Penal da Vítima: Justiça Restaurativa e Alternativas Penais na Perspectiva da Vítima*. Curitiba: Juruá, 2015.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 6ª edição, revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2015.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. 30ª edição. Petrópolis: Vozes, 2005.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

TOURINHO, Luciano. *Justiça Restaurativa e Crimes Culposos: Contributo à construção de um novo paradigma Jurídico-Penal no Estado Constitucional de Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl e OLIVEIRA, Edmundo. *Criminologia e política criminal*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010.

NOTAS:

[1] ACHUTTI, Daniel. *Justiça restaurativa e abolicionismo penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 40.

[2] PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 70-71.

[3] FERRAZ, Conrado. *A Justiça Restaurativa e o Sistema Jurídico-Penal Brasileiro: breve análise sobre os antecedentes normativos, as experiências práticas e os procedimentos adotados no Brasil*. In: Os novos atores da justiça criminal. Portugal: Almedina, 2016, p. 67.

[4] PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 53.

[5] FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 221-223.

[6] ZAFFARONI, Eugenio Raúl e OLIVEIRA, Edmundo. *Criminologia e política criminal*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010, p. 440.

[7] DELFINO, Leticia de Oliveira e JATOBÁ, Augusto César Maurício de Oliveira. *Justiça Restaurativa: uma perspectiva democrática no âmbito da justiça criminal*. In: Direito Penal da Vítima: Justiça Restaurativa e Alternativas Penais na Perspectiva da Vítima. Curitiba: Juruá, 2015, p. 16.

[8] AZEVEDO, André Gomma de. *O componente de Mediação Vítima-Ofensor na Justiça Restaurativa: Uma breve apresentação de uma Inovação Epistemológica na Autocomposição Penal*. Disponível em: <http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol4/parte-i-memoria/o-componente-de-mediacao-vitima-ofensor-na-justica-restaurativa-uma-breve-apresentacao-procedimental-de-uma-inovacao-epistemologica-na-autocomposicao-penal>. Acesso em 12 de março de 2018.

[9] SANTOS, Hugo Leonardo Rodrigues. *Direito Penal da Vítima*. In: Direito Penal da Vítima: Justiça Restaurativa e Alternativas Penais na Perspectiva da Vítima. Curitiba: Juruá, 2015, p. 48 e 49.

[10] AZEVEDO, André Gomma de. *O componente de Mediação Vítima-Ofensor na Justiça Restaurativa: Uma breve apresentação de uma Inovação Epistemológica na Autocomposição Penal*. Disponível em: <http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol4/parte-i-memoria/o-componente-de-mediacao-vitima-ofensor-na-justica-restaurativa-uma-breve-apresentacao-procedimental-de-uma-inovacao-epistemologica-na-autocomposicao-penal>. Acesso em 12 de março de 2018.

AS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

BENIGNO NÚÑEZ NOVO: Advogado, doutor em direito internacional pela Universidad Autónoma de Asunción.

Resumo: Este artigo tem por objetivo demonstrar uma análise das Constituições brasileiras ao longo de nossa história política, o Brasil tem sete Constituições. Uma no período Monárquico (1824) e seis no período Republicano (1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1988). Constituição é a Lei Maior de cada país, que contém um conjunto de normas reguladoras que trata desde a forma de governo até os direitos e deveres do cidadão. Na história das constituições brasileiras, houve uma alternância entre regimes mais fechados e mais democráticos. O caráter dos governos teve uma repercussão na aprovação das Cartas, que foram ora impostas, ora aprovadas por Assembleias Constituintes.

Palavras-chave: Constituições; Histórico; Evolução; Direito Constitucional.

Abstract: This article aims to demonstrate an analysis of the Brazilian Constitutions throughout our political history, Brazil has seven Constitutions. One in the Monarchical period (1824) and six in the Republican period (1891, 1934, 1937, 1946, 1967 and 1988). Constitution is the Major Law of each country, which contains a set of regulatory norms that deals from the form of government to the rights and duties of the citizen. In the history of Brazilian constitutions, there was an alternation between more closed and more democratic regimes. The character of the governments had a repercussion in the approval of the Letters, which were now imposed, now approved by Constituent Assemblies.

Keywords: Constitutions, Historic, Evolution, Constitutional Right.

Resumen: Este artículo tiene por objetivo demostrar un análisis de las Constituciones brasileñas a lo largo de nuestra historia política, Brasil tiene siete Constituciones. Una en el período Monárquico (1824) y seis en el período Republicano (1891, 1934, 1937, 1946,

1967 y 1988). La Constitución es la Ley Mayor de cada país, que contiene un conjunto de normas reguladoras que trata desde la forma de gobierno hasta los derechos y deberes del ciudadano. En la historia de las constituciones brasileñas, hubo una alternancia entre regímenes más cerrados y más democráticos. El carácter de los gobiernos tuvo una repercusión en la aprobación de las Cartas, que fueron impuestas, aprobadas por las Constituciones.

Palabras clave: Constituciones, Histórico, Evolución, Derecho Constitucional.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição ou Carta Magna, é um conjunto de regras de governo, muitas vezes codificada como um documento escrito, que enumera e limita os poderes e funções de uma entidade política. No caso dos países, o termo refere-se especificamente a uma Constituição que define a política fundamental, princípios políticos, e estabelece a estrutura, procedimentos, poderes e direitos, de um governo.

Ao longo de nossa história política, o Brasil tem sete Constituições. Uma no período Monárquico (1824) e seis no período Republicano (1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1988).

Constitucionalismo é como se denomina o movimento social, político e jurídico e até mesmo ideológico, a partir do qual emergem as constituições nacionais. Em termos genéricos e supranacionais, constitui-se parte de normas fundamentais de um ordenamento jurídico de um Estado, localizadas no topo da pirâmide normativa, ou seja, sua constituição. Seu estudo implica, deste modo, uma análise concomitante do que seja constituição com suas formas e objetivos. O constitucionalismo moderno, na magistral síntese de Canotilho "é uma técnica específica de limitação do poder com fins garantir limitação do poder do Estado" (CANOTILHO).¹

1 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

As transformações sociais ocorridas com o constitucionalismo influenciaram de forma definitiva os rumos evolutivos do direito, desconstruindo paradigmas até então existentes, por meio de técnicas hermenêuticas valorativas do conteúdo e da aplicabilidade mais prática das normas, o positivismo veio a surgir assim, como resposta a abstração do direito natural, isto é, uma resposta prática ao idealismo deste.

O marco filosófico do novo direito constitucional é o pós-positivismo, e para sua adequada caracterização é necessário a análise dos dois paradigmas anteriores a ele, o jusnaturalismo e o positivismo. Muitas vezes complementares, o positivismo e o jusnaturalismo abarcam ideias que juntas, ajudam a entender como chegamos ao pós-positivismo e posteriormente a sua crise, instaurada em razão das diversas transformações sociais que levaram à necessidade de rever o papel do Estado na regulação das relações privadas, bem como à revisão dos próprios poderes outorgados.

O ponto central do constitucionalismo contemporâneo é a ascensão institucional do poder judiciário e o espaço que este tem ocupado na política. Atualmente, o Brasil passa por uma crise de identidade entre os poderes legislativo, executivo e judiciário e vem deixando de lado a rígida tripartição de poderes estabelecida por Montesquieu, especialmente, quando o judiciário invade terreno de atuação específica do executivo e principalmente do legislativo.

A expansão judicial tem suscitado críticas e preocupações, gerando inicialmente uma repudia a possibilidade do Poder Judiciário substituir o legislador nas lacunas existentes no ordenamento jurídico, por ser, a tarefa de concretização da Constituição confiada ao Poder Legislativo. Assim, por faltar legitimidade democrática ao poder judiciário, na medida em que juízes e tribunais não têm a condescendência popular por meio da votação, em uma análise preliminar, tanto a divisão de poderes

proposta por Montesquieu quanto o postulado da Democracia obstam que o Judiciário possa suprir lacunas eventualmente existentes.

Na história das Constituições brasileiras, há uma alternância entre regimes fechados e mais democráticos, com a respectiva repercussão na aprovação das Cartas, ora impostas, ora aprovadas por assembleias constituintes.

1ª - Constituição de 1824 (Brasil Império)

Apoiado pelo Partido Português, constituído por ricos comerciantes portugueses e altos funcionários públicos, D. Pedro I dissolveu a Assembleia Constituinte em 1823 e impôs seu próprio projeto, que se tornou a primeira Constituição do Brasil. Apesar de aprovada por algumas Câmaras Municipais da confiança de D. Pedro I, essa Carta, datada de 25 de março de 1824 e contendo 179 artigos, é considerada pelos historiadores como uma imposição do imperador.

Entre as principais medidas dessa Constituição, destaca-se o fortalecimento do poder pessoal do imperador, com a criação do Poder Moderador, que estava acima dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. As províncias passam a ser governadas por presidentes nomeados pelo imperador e as eleições são indiretas e censitárias. O direito ao voto era concedido somente aos homens livres e proprietários, de acordo com seu nível de renda, fixado na quantia líquida anual de cem mil réis por bens de raiz, indústria, comércio ou empregos. Para ser eleito, o cidadão também tinha que comprovar renda mínima proporcional ao cargo pretendido.

Essa foi a Constituição com duração mais longa na história do país, num total de 65 anos.

1.1) Características:

- A monarquia era a forma de governo de caráter hereditário.

- A religião católica era a religião oficial na época.

- O direito de petição era garantido; todo cidadão poderia apresentar, por escrito, reclamações, queixas ou petições, e expor qualquer infração da Constituição Imperial, requerendo perante a autoridade competente responsabilidade dos infratores.

- Além dos três poderes (Executivo, Judiciário e Legislativo) foi criado um novo poder, o Moderador, por Dom Pedro I, conforme o art. 10.

Poder Moderador: Era um poder autoritário que conferia a D. Pedro I poderes como chefe supremo da Nação, além de dar ao Imperador a competência para intervir nos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. A pessoa do Imperador é inviolável e sagrada; ele não está sujeito a responsabilidade alguma, conforme o art. 99 previa.

Além de subjugar os três poderes, também instituiu o regime de Padroado, subjugando o poder da igreja católica ao poder do imperador.

O Senado era composto de membros vitalícios, escolhidos pelo próprio Imperador, constituindo uma representação da Aristocracia Imperial.

1.2) Consequências:

- Provocou diversas reações armadas, como exemplo a Revolução Pernambucana de 1824, que proclamou a Confederação do Equador.

- O duelo entre a Nação e o Imperador culminou com a abdicação deste, a 7 de abril de 1831.

A reação do espírito liberal brasileiro corporificou-se, a seguir, na reforma da Constituição Imperial de 1834.

Organograma do Poder político de acordo com a Constituição

de 1824



2ª - Constituição de 1891 (Brasil República)

Após a proclamação da República, em 15 de novembro de 1889, houve mudanças significativas no sistema político e econômico do país, com a abolição do trabalho escravo, a ampliação da indústria, o deslocamento de pessoas do meio rural para centros urbanos e também o surgimento da inflação. Outra mudança foi o abandono do modelo do parlamentarismo franco-britânico, em proveito do presidencialismo norte-americano.

O marechal Deodoro da Fonseca, proclamador da República e chefe do governo provisório, e Rui Barbosa, seu vice, nomearam uma comissão de cinco pessoas para apresentar um projeto a ser examinado pela futura Assembleia Constituinte. O projeto escolhido vigorou como Constituição Provisória da República até as conclusões da Constituinte.

As principais inovações dessa nova Constituição, datada de 24 de fevereiro de 1891, são: instituição da forma federativa de Estado e da forma republicana de governo; estabelecimento da independência dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário; criação do sufrágio com menos restrições, impedindo ainda o voto aos mendigos e analfabetos; separação entre a Igreja e o Estado, não sendo mais

assegurado à religião católica o status de religião oficial; e instituição do habeas corpus (garantia concedida sempre que alguém estiver sofrendo ou ameaçado de sofrer violência ou coação em seu direito de locomoção – ir, vir, permanecer –, por ilegalidade ou abuso de poder).

2.2) Características:

- Instituiu a forma federativa de Estado e a forma republicana do governo (art. 1º).

- Os poderes voltaram a ser 3, sendo excluído o Poder Moderador, conforme determinação do art. 15: “são órgãos da soberania nacional o poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si”.

- O vice-presidente da república era o presidente do senado.

- Não podiam votar os mendigos, os analfabetos, os religiosos de ordem monástica e os militares de baixa patente (art. 70).

- As penas de Galés (pena que sujeitava os condenados a andar com correntes de ferro nos pés, e de banimento judicial foram abolidas).

- Previu-se expressamente o habeas corpus.

2.3) Consequências:

- Separação de Igreja e Estado, não sendo mais assegurada a religião católica o status de religião oficial.

- Estabelecido o direito de culto externo a todas as religiões. (art. 11, inc. 2).

3ª - Constituição de 1934 (Segunda República)

Presidido por Getúlio Vargas, o país realiza nova Assembleia Constituinte, instalada em novembro de 1933.

A Constituição, de 16 de julho de 1934, traz a marca getulista das diretrizes sociais e adota as seguintes medidas: maior poder ao governo federal; voto obrigatório e secreto a partir dos 18 anos, com direito de voto às mulheres, mas mantendo proibição do voto aos mendigos e analfabetos; criação da Justiça Eleitoral e da Justiça do Trabalho; criação de leis trabalhistas, instituindo jornada de trabalho de oito horas diárias, repouso semanal e férias remuneradas; mandado de segurança e ação popular.

Essa Constituição sofreu três emendas em dezembro de 1935, destinadas a reforçar a segurança do Estado e as atribuições do Poder Executivo, para coibir, segundo o texto, “movimento subversivo das instituições políticas e sociais”. Foi a Constituição que vigorou por menos tempo no Brasil: apenas três anos.

3.1) Características:

- Determinou-se a proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho, por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil.

- Instituiu-se o salário mínimo, capaz de satisfazer, conforme as condições de cada região, as necessidades normais do trabalhador, ou seja, jornada de oito horas diárias, repouso semanal e férias remuneradas.

- Houve uma reforma eleitoral com a introdução do voto secreto e do voto feminino.

3.2) Consequências:

- O Supremo Tribunal Federal passou a chamar-se de Corte Suprema.

- Foi criado o mandado de segurança, para defesa de direito certo e incontestável ameaçado ou violado por ato manifestante inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade.

4ª - Constituição de 1937

Em 10 de novembro de 1937, Getúlio Vargas deu um golpe de Estado e assumiu poderes ditatoriais. Ele revogou a Constituição de 1934, dissolveu o Congresso e outorgou ao país, sem qualquer consulta prévia, a Carta Constitucional do Estado Novo, de inspiração fascista, com a supressão dos partidos políticos e concentração de poder nas mãos do chefe supremo do Executivo. Essa Carta é datada de 10 de novembro de 1937.

Entre as principais medidas adotadas, destacam-se: instituição da pena de morte; supressão da liberdade partidária e da liberdade de imprensa; anulação da independência dos Poderes Legislativo e Judiciário; restrição das prerrogativas do Congresso Nacional; permissão para suspensão da imunidade parlamentar; prisão e exílio de opositores do governo; e eleição indireta para presidente da República, com mandato de seis anos.

Com a derrota da Alemanha na Segunda Guerra Mundial, as ditaduras direitistas internacionais entraram em crise e o Brasil sofreu as consequências da derrocada do nazifascismo. Getúlio Vargas tentou, em vão, permanecer no poder, mas a grande reação popular, com apoio das Forças Armadas, resultou na entrega do poder ao então presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), José Linhares, após a deposição de Vargas, ocorrida em 29 de outubro de 1945.

O novo presidente constituiu outro ministério e revogou o artigo 167 da Constituição, que adotava o estado de emergência, acabando também com o Tribunal de Segurança Constitucional. Ao fim de 1945, as eleições realizadas para a Presidência da República deram vitória ao general Eurico Gaspar Dutra, empossado em 31 de outubro de 1946, que governou o país por decretos-lei, enquanto preparava-se uma nova Constituição.

4.1) Características:

- Nesse período foram instituídos os seguintes documentos legais em vigor até hoje: Código Penal, Código de Processo Penal, Leis das Contravenções Penais e consolidação das Leis Trabalhistas (CLT).

- Foi determinado em todo o Brasil estado de emergência que perdurou durante todo o Estado Novo.

- Pelo art. 178, os parlamentos foram fechados e as eleições suspensas. O chefe de Estado exercia a função legislativa, por intermédio das leis constitucionais e dos decretos-leis.

4.2) Consequências:

- Reduziu a esfera dos direitos individuais, desconstitucionalizando o mandado de segurança e a ação popular.

- Foram abolidos os partidos políticos e a liberdade de imprensa.

- Pelo fato de ser um regime ditatorial, houve uma excessiva perseguição aos opositores do governo.

5ª - Constituição de 1946

Essa Constituição, datada de 18 de setembro de 1946, retomou a linha democrática de 1934 e foi promulgada de forma legal, após as deliberações do Congresso recém-eleito, que assumiu as tarefas de Assembleia Nacional Constituinte.

Entre as medidas adotadas, estão o restabelecimento dos direitos individuais, o fim da censura e da pena de morte. A Carta também devolveu a independência ao Executivo, Legislativo e Judiciário e restabeleceu o equilíbrio entre esses poderes, além de dar autonomia a estados e municípios. Outra medida foi a instituição de eleição direta para presidente da República, com mandato de cinco anos.

As demais normas estabelecidas por essa Constituição foram: incorporação da Justiça do Trabalho e do Tribunal Federal de Recursos ao Poder Judiciário; pluralidade partidária; direito de greve e livre associação sindical; e condicionamento do uso da propriedade ao bem-estar social, possibilitando a desapropriação por interesse social.

Destaca-se, entre as emendas promulgadas à Carta de 1946, o chamado ato adicional, de 2 de setembro de 1961, que instituiu o regime parlamentarista. Essa emenda foi motivada pela crise político-militar após a renúncia de Jânio Quadros, então presidente do país. Como essa emenda previa consulta popular posterior, por meio de plebiscito, realizado em janeiro de 1963, o país retomou o regime presidencialista, escolhido pela população, restaurando, portanto, os poderes tradicionais conferidos ao presidente da República.

Em 1964, o golpe militar derrubou João Goulart e conduziu o país a uma nova ditadura.

5.1) Características:

- A justiça do trabalho foi constitucionalizada e passou a ser um ramo do poder judiciário.

- Para estabelecimento de impostos, era necessária lei prévia obrigatória (princípio da legalidade tributária).

- Os juízes e tribunais só podiam ser naturais, ficando vedado os juízes de exceção. O foro privilegiado ficou proibido.

- A retroatividade da lei Penal ficou vedada.

- A extradição de brasileiro ou estrangeiro por crime político ou de opinião não seria deferida.

5.2) Consequências:

- O Tribunal do Júri voltou a ter previsão constitucional.

- Foi garantida a assistência judiciária para os necessitados.

Com o fim das eleições assumiu a presidência do Brasil o General Eurico Gaspar Dutra, iniciando os trabalhos para elaboração de uma nova constituição.

Com a renúncia do Presidente Jânio Quadros em 25 de agosto de 1961, ocorreu uma crise inconstitucional que culminou com a implementação do parlamentarismo no país por meio da Emenda Constitucional nº. 4 de 02 de setembro de 1961. Assumindo o cargo de primeiro ministro Tancredo Neves, tomando assim a presidência da república João Goulart. Através de referendo popular em janeiro de 1963, o parlamentarismo foi afastado do sistema político brasileiro.

6ª - Constituição de 1967

O contexto predominante nessa época era o autoritarismo e a política da chamada segurança nacional, que visava combater inimigos internos ao regime, rotulados de subversivos. Instalado em 1964, o regime militar conservou o Congresso Nacional, mas dominava e controlava o Legislativo. Dessa forma, o Executivo encaminhou ao Congresso uma proposta de Constituição que foi aprovada pelos parlamentares e promulgada no dia 24 de janeiro de 1967.

Mais sintética do que sua antecessora, essa Constituição manteve a Federação, com expansão da União, e adotou a eleição indireta para presidente da República, por meio de Colégio Eleitoral formado pelos integrantes do Congresso e delegados indicados pelas Assembleias Legislativas. O Judiciário também sofreu mudanças, e foram suspensas as garantias dos magistrados

Essa Constituição foi emendada por sucessiva expedição de Atos Institucionais (AIs), que serviram de mecanismos de legitimação e legalização das ações políticas

dos militares, dando a eles poderes extra constitucionais. De 1964 a 1969, foram decretados 17 atos institucionais, regulamentados por 104 atos complementares.

Um desses atos, o AI-5, de 13 de dezembro de 1968, foi um instrumento que deu ao regime poderes absolutos e cuja primeira consequência foi o fechamento do Congresso Nacional por quase um ano e o recesso dos mandatos de senadores, deputados e vereadores, que passaram a receber somente a parte fixa de seus subsídios. Entre outras medidas do AI-5, destacam-se: suspensão de qualquer reunião de cunho político; censura aos meios de comunicação, estendendo-se à música, ao teatro e ao cinema; suspensão do habeas corpus para os chamados crimes políticos; decretação do estado de sítio pelo presidente da República em qualquer dos casos previstos na Constituição; e autorização para intervenção em estados e municípios. O AI-5 foi revogado em 1978.

6.1) Características:

- Competia à União a apuração das infrações penais contra a segurança nacional e a ordem política e social, bem como determinar a censura em diversões públicas.
- O Presidente da República podia expedir decretos com força de Lei sobre matéria de segurança nacional e finanças públicas.
- O Ministério Público era uma seção conjugada ao poder Judiciário.
- Toda pessoa natural ou jurídica era responsável pela segurança nacional.

6.2) Consequências:

- Reduziu a autonomia dos municípios estabelecendo a nomeação de prefeitos de alguns municípios pelo governador.
- Houve uma criação de suspensão de direitos políticos e individuais.

- Baseou toda a estrutura de poder na segurança nacional.

7ª - Constituição de 1988 (Constituição Cidadã)

Em 27 de novembro de 1985, foi convocada a Assembleia Nacional Constituinte com a finalidade de elaborar novo texto constitucional para expressar a realidade social pela qual passava o país, que vivia um processo de redemocratização após o término do regime militar.

Datada de 5 de outubro de 1988, a Constituição inaugurou um novo arcabouço jurídico-institucional no país, com ampliação das liberdades civis e os direitos e garantias individuais. A nova Carta consagrou cláusulas transformadoras com o objetivo de alterar relações econômicas, políticas e sociais, concedendo direito de voto aos analfabetos e aos jovens de 16 a 17 anos. Estabeleceu também novos direitos trabalhistas, como redução da jornada semanal de 48 para 44 horas, seguro-desemprego e férias remuneradas acrescidas de um terço do salário.

Outras medidas adotadas Constituição de 88 foram: instituição de eleições majoritárias em dois turnos; direito à greve e liberdade sindical; aumento da licença-maternidade de três para quatro meses; licença-paternidade de cinco dias; criação do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em substituição ao Tribunal Federal de Recursos; criação dos mandados de injunção, de segurança coletivo e restabelecimento do habeas corpus. Foi também criado o habeas data (instrumento que garante o direito de informações relativas à pessoa do interessado, mantidas em registros de entidades governamentais ou banco de dados particulares que tenham caráter público).

Destacam-se ainda as seguintes mudanças; reforma no sistema tributário e na repartição das receitas tributárias federais, com propósito de fortalecer estados e municípios; reformas na ordem econômica e social, com instituição de política

agrícola e fundiária e regras para o sistema financeiro nacional; leis de proteção ao meio ambiente; fim da censura em rádios, TVs, teatros, jornais e demais meios de comunicação; e alterações na legislação sobre seguridade e assistência social.

7.1) Características:

- Os alicerces da República Federativa do Brasil são: a Soberania, Cidadania, Dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

- Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos.

- Estabeleceu a faculdade do exercício do direito de voto ao analfabeto e os jovens entre 16 e 17 anos.

- Estabeleceu novos direitos trabalhistas.

7.2) Consequências:

- Poder Judiciário voltou a ter independência, com autonomia funcional administrativa e financeira.

- Fim da censura.

A atual Constituição vigente contém 250 artigos, 114 artigos nos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias e recebeu 96 emendas desde a sua vigência em 5 de outubro de 1988 até 6 de junho de 2017.

No que se refere a Constituição de 1988, destaque-se a influência direta no seu texto, do jurista português Gomes Canotilho, e do jusfilósofo socialista espanhol Elias Diaz.

DESENVOLVIMENTO

O Constitucionalismo pode ser vislumbrado sobre a perspectiva jurídica, sociológica ou política, partindo-se da ideia de que todo Estado deve possuir uma Constituição, que contém regras que dão sustentação a limitação do poder, inviabilizando que os governantes possam fazer prevalecer seus interesses.

Podemos citar, como dois marcos mais importantes na história do constitucionalismo moderno, a Constituição norte-americana de 1787 e a Constituição francesa de 1791, esta, que teve como preâmbulo a declaração universal dos direitos do homem e do cidadão de 1789.

Os Estados Unidos diferentemente, a constituição americana sempre teve o caráter de documento jurídico passível de aplicação direta e imediata pelo judiciário.

A concepção de constituição como norma jurídica suprema criou condições necessárias para que os juízes pudessem exercer a função de controlar a legitimidade constitucional das leis.

É o que cita Luís Roberto Barroso (2012, p.02):

Berço do constitucionalismo escrito e do controle de constitucionalidade, a Constituição americana – a mesma desde 1787 – teve, desde a primeira hora, o caráter de documento jurídico, passível de aplicação direta e imediata pelo Judiciário. De fato, a normatividade ampla e a judicialização das questões constitucionais têm base doutrinária em O Federalista e precedente jurisprudencial firmado desde 1803, quando do julgamento do caso Marbury v. Madison pela Suprema Corte.²

2 BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>> Acesso em: 22 de set de 2017.

Proclamada a independência do Brasil, surge a necessidade de uma unidade nacional, bem como de um poder centralizador e uma organização nacional que freassem os poderes regionais e locais, sem deixar de adotar princípios básicos da teoria política. O constitucionalismo era o princípio fundamental, que se realizava por meio de uma constituição escrita, onde se consubstanciava o liberalismo, a declaração de direitos e a separação de poderes (SILVA, 2005, p. 74).³

A primeira experiência do Brasil como nação livre, após a declaração de independência em 1822, deu-se à luz do constitucionalismo clássico ou histórico, a luz da Declaração dos direitos do homem e do cidadão em 1789 que dispunha que toda sociedade para ter uma Constituição deve ter nela a garantia de direitos e a separação de poderes (COELHO, 2009, p. 183).⁴

Assim, por influência da revolução francesa e das revoluções americanas, a Constituição de 1824, continha importante rol de direitos civis e políticos que acabou por influenciar as Constituições seguintes. A Constituição de 1824, quanto a divisão e ao exercício do poder político, não adotou a separação tripartida de Montesquieu, pois, além das funções legislativa, executiva e judiciária, estabeleceu-se o poder moderador. Segundo Pedro Lenza (2011, p. 97)⁵, durante esse período o poder judiciário era independente e composto por juízes e jurados. Mas o Imperador, por meio do poder moderador podia suspendê-los por queixas, não sendo garantida a inamovibilidade.

Gilmar Ferreira Mendes (2009, p. 1083), destaca que:

³ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2005.

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

⁵ LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

A Constituição de 1824 não contemplava qualquer modelo assemelhado aos modelos hodiernos de constitucionalidade. A influência francesa ensejou que se outorgasse ao Poder Legislativo a atribuição de “fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las”, bem como “velar na guarda da Constituição”.⁶

Nesse período, a chave de toda a organização política estava efetivamente no poder moderador e no aparelho político do governo, dois órgãos reforçavam a ação do poder soberano: o senado e o conselho de estado. Os liberais lutaram contra esse mecanismo centralizador, sendo que em 1889, venceram as forças descentralizadoras, com consubstanciação dos poderes efetivos e autônomos locais, agora aliados aos novos fatores que se firmaram: o federalismo e a democracia (SILVA, 2005, p. 76-77).⁷

Com a Constituição de 1891, o Poder Moderador foi extinto, adotando-se a teoria clássica de Montesquieu da tripartição de poderes. Sua fonte inspiradora foi a Constituição americana de 1787, conforme aduz Inocêncio Mártires Coelho (2009, p. 186):

Constituição, mesmo, nós só a tivemos ao término dos trabalhos da Assembleia Constituinte, que operou sobre projeto elaborado pela Comissão dos Cinco e retocado pelo bico da pena Rui Barbosa, um republicano de última hora que, forte no constitucionalismo norte americano, “escrevia para o Brasil

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

7 SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2005.

traduzindo o inglês”, como observou, em comentário mordaz, o arguto Afonso Arinos de Melo Franco.⁸

Nesta época o poder legislativo federal era bicameral, composto pela câmara dos deputados e o senado federal, passando o órgão máximo do poder judiciário a se chamar Supremo Tribunal Federal, sendo mantida a justiça federal. Com a Constituição de 1891 e o reconhecimento do Supremo Tribunal Federal como órgão máximo do poder judiciário, foi estabelecida a competência da Suprema Corte para rever as decisões das justiças dos estados, em última instância, quando fosse questionada a validade e aplicação de tratados ou leis federais ou quando se contestasse a validade de leis ou atos dos governos locais.

A Constituição de 1934 introduziu significativas mudanças no sistema de controle de constitucionalidade, a par de manter algumas disposições da Constituição de 1891, estabeleceu que a declaração de inconstitucionalidade só poderia ser realizada pela maioria da totalidade de membros do tribunal. Consagrou ainda, a competência do senado federal para suspender a execução de qualquer lei ou ato de deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo poder judiciário.

A Carta de 1937 trouxe um retrocesso no controle de constitucionalidade brasileiro, embora não tenha introduzido qualquer modificação no modelo difuso, estabeleceu esta, que poderia o presidente da república, no caso ser declarada a lei inconstitucional, submetê-la novamente ao exame do parlamento, que se a confirmasse por dois terços dos votos em cada uma das câmaras ficaria sem efeito a decisão do tribunal.

A Constituição de 1946 restaura o controle judicial no direito brasileiro, emprestando nova conformação à ação direta de inconstitucionalidade, introduzida,

⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

inicialmente na Constituição de 1934. Nesta, foi atribuído ao procurador geral da república a titularidade para a representação de inconstitucionalidade, para fins de intervenção federal.

A Carta de 1967 concentrou fortemente o poder no âmbito federal, esvaziando os Estados e os Municípios e conferindo amplos poderes ao Presidente da República. Segundo Gilmar Ferreira Mendes (2009, p. 1094)⁹, a constituição de 1967 não trouxe muitas mudanças ao sistema de controle de constitucionalidade mantendo-se a ação direta de inconstitucionalidade tal como prevista na Constituição de 1946, e mantendo incólume o controle difuso. O ato institucional nº 5, conferiu ao chefe do poder executivo amplos poderes, podendo decretar o recesso do congresso nacional, das assembleias e das câmaras dos vereadores, bem como determinar a intervenção nos estados e municípios, sem limitações, tendo suspenso as garantias constitucionais.

Com a Constituição de 1988 o Superior Tribunal de Justiça passou a ser a corte responsável pela uniformização da interpretação da lei federal, e o Supremo Tribunal Federal passou a cuidar de temas predominantemente constitucionais. Conforme Pedro Lenza (2011, p. 125) “pela primeira vez se estabeleceu o controle das omissões legislativas, seja pelo mandado de injunção (controle difuso), seja pela ADI por omissão (controle concentrado)”.¹⁰

Com a Emenda Constitucional nº. 3 de 1993, disciplinou-se o instituto da ação declaratória de constitucionalidade, como forma mais célere de resolução das controvérsias judiciais. Conforme leciona Gilmar Ferreira Mendes acerca do controle de constitucionalidade brasileiro (2009, p. 1104):

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

10 LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

A Constituição de 1988 reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso ao ampliar de forma marcante, a legitimação para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (Art. 103), permitindo que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas.¹¹

Com o avanço do direito constitucional, as premissas ideológicas sobre o sistema de interpretação tradicional deixaram de ser suficientes, pois, se verificou que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontravam no relato abstrato do texto normativo, sendo necessária uma participação mais ativa do poder judiciário na interpretação e efetivação das normas jurídicas nos casos concretos apresentados, garantindo-se sempre os direitos e garantias do cidadão.

2.1 NEOCONSTITUCIONALISMO

O estado constitucional de direito somente veio a se consolidar após a segunda guerra mundial, como expõe Daniel Sarmento (2011, p.76-77):

Até a Segunda Guerra Mundial, prevalecia uma cultura jurídica essencialmente legicêntrica, que tratava a lei editada pelo parlamento como a fonte principal do Direito, e não atribuía força normativa às constituições. As constituições eram programas políticos que deveriam inspirar a atuação do legislador, mas que não podiam ser invocados perante o Judiciário, na defesa de direitos.¹²

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

12 SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: NOVELINO, Marcelo; FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de (org.). As Novas Faces do Ativismo Judicial. Salvador: Editora jusPODIVM, 2011. P. 73-114.

Antes da segunda guerra mundial, teorias positivistas defendiam que a validade do direito seria determinada exclusivamente por considerações formais, pela atribuição ou reconhecimento de competência normativa à sua fonte produtora ou simplesmente pela eficácia social da norma, conforme leciona Norberto Bobbio (2006, 142):

O positivismo jurídico, definindo o direito como um conjunto de comandos emanados pelo soberano, introduz na definição o elemento único da validade, considerando, portanto, como normas jurídicas todas as normas emanadas num determinado modo estabelecido pelo próprio ordenamento jurídico, prescindindo do fato de estas normas serem ou não efetivamente aplicadas na sociedade: na definição do direito não se introduz assim o requisito eficácia.¹³

Com o fim da segunda guerra mundial, tornou-se evidente a insuficiência do positivismo e surgiram diversas escolas de pensamento que defendiam a reaproximação do direito e a moral. “A aproximação das ideias de constitucionalismo e de democracia produziu uma nova forma de organização política, que atende por nomes diversos: estado democrático de direito, estado constitucional de direito [...]” (BARROSO, 2012, p.01).¹⁴

Assim, após a segunda guerra mundial, a necessidade de superação do passado de barbaridades, e dos horrores do totalitarismo, fez-se buscar soluções de preservação da dignidade contra os abusos dos poderes estatais. Os países que

13 BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico. Lições de filosofia do direito. Compilação pelo Dr. Nello Morra. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Editora Ícone, 2006.

14 BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>> Acesso em: 22 de set de 2017.

saíam do trauma dos regimes ditatoriais passaram a buscar proteger as declarações liberais das suas constituições de modo eficaz (BRANCO, 2009, p.224).¹⁵

O direito constitucional se espalha pela Europa nesta época, na medida em que os seus países foram se democratizando, e iniciando nova organização política do estado constitucional de direito. Este vem a ser acolhido em Portugal e na Espanha nos anos setenta e em diversos outros países da Europa.

Nos Estados Unidos, “diferentemente, desde do início do século XIX é reconhecido o valor normativo da Constituição como um documento máximo da ordem jurídica” (BRANCO, 2009, p.224)¹⁶. A supremacia da constituição era um instrumento de submissão dos poderes a limites, e tendo os limites bem delineados, era a garantia a proteção das minorias em face de possíveis alterações pela maioria, contra as quais as limitações eram estabelecidas.

A concepção de constituição na Europa então, se aproxima da constituição dos Estados Unidos de 1787, já previa a proteção aos direitos fundamentais, bem a consagração da constituição como norma jurídica soberana, sendo possível ao judiciário limitar o exercício de poder pelo legislativo, invalidando decisões legislativas que a contrariem a Constituição, garantindo sempre sua supremacia.

Contudo, enquanto a Constituição norte-americana é sintética e se limita a definir traços básicos do estado, as cartas europeias nesse período foram extensas e repletas de normas e garantias.

Como expõe Daniel Sarmento (2011, p. 78):

¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

As constituições europeias do 2º pós-guerra não são cartas procedimentais, que quase tudo deixam para as decisões da maiorias legislativas, mas sim documentos repletos de normas impregnadas de elevado teor axiológico, que contem importantes decisões substantivas e se debruçam sobre uma ampla variedade de temas que outrora não eram tratados pelas constituições, como a economia, as relações de trabalho e a família.¹⁷

Daniel Sarmento (2011) explica ainda, que como grande parte das normas constitucionais se caracterizavam por indeterminações semânticas, principalmente por princípios, deu-se espaço a técnica de ponderação, tornando frequente o recurso ao princípio da proporcionalidade na esfera judicial e tornando cada vez mais importante o papel do poder judiciário.

A introdução nas cartas constitucionais de direitos fundamentais, implicou novo raciocínio jurídico, que como princípios, exigem uma ponderação, através do qual juízes e tribunais exercem um juízo de valor que mais otimize a sua aplicação, dando, portanto, maior poder aos juízes na concretização dos direitos e garantias do cidadão, bem como para afastar interpretações contrarias a esses direitos.

Como marco histórico, da supremacia da constituição e do controle pelo poder judiciário, cita-se a mais notória decisão proferida pela Suprema Corte americana, o caso *Marbury v. Madison* que foi a primeira decisão na qual a Suprema Corte afirmou o seu poder de exercer o controle de constitucionalidade, negando aplicação a leis que, de acordo com sua interpretação, fossem inconstitucionais. Conforme expõe Paulo Gustavo Gonet Branco (2009, p.229):

17 SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: NOVELINO, Marcelo; FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de (org.). *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador: Editora jusPODIVM, 2011. P. 73-114.

O caso *Marbury v. Madison* reclama superioridade para o Judiciário, argumentando, essencialmente, com a ideia de que a Constituição é uma lei e que a essência da Constituição é ser um documento fundamental e vinculante. Desenvolve-se a tese de que interpretar as leis insere-se no âmbito das tarefas próprias do Judiciário. Em caso de conflito entre dois diplomas, o juiz deve escolher, segundo a técnica aplicável, aquele que haverá de reger a situação levada a julgamento. Cabe, por isso, ao Judiciário, diante da hipótese de conflito entre uma lei infraconstitucional e a Constituição, aplicar esta última e desprezar a primeira.¹⁸

Daniel Giotti de Paula (2011, p. 282) afirma que “não há dúvidas de que a fonte remota do ativismo, traduzida em uma postura de atuação dos juízes da Suprema Corte americana, está na própria legitimidade que lhe foi outorgada para controlar a constitucionalidade de atos normativos”.¹⁹

Deve-se atentar que antes, conforme Montesquieu, os juízes eram somente a “boca da lei”, e estes gradativamente passaram a ter que lidar com conceitos indeterminados, cláusulas gerais, tendo que regular o direito, ou estabelecer o direito a ser aplicado no caso concreto. O juiz passou a se encontrar muitas vezes dividido entre a obrigação de aplicar a lei ou de ministrar uma justiça equitativa e adaptada ao momento atual da sociedade, se achando, nesta ocasião, forçado interpretar o texto de uma outra forma, lhe atribuindo um novo sentido.

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

19 PAULA, Daniel Giotti de. Ainda existe separação de poderes? A Invasão da política pelo direito no contexto do ativismo judicial e da judicialização da política. In: NOVELINO, Marcelo; FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de (org.). *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador: Editora jusPODIVM, 2011. P. 271-312.

Assim, as novas posições adotadas pelos juízes foram fundamentais para o desenvolvimento do neoconstitucionalismo, com a constitucionalização do Direito, a irradiação das normas e valores constitucionais, bem como a rejeição ao formalismo, o realce a primazia do princípio da dignidade da pessoa humana, e os direitos fundamentais consagrados constitucionalmente que devem ser protegidos e aplicados, pelos Poderes Públicos e pela sociedade.

2.1.1 A evolução no Brasil

O judiciário brasileiro sofreu grandes influências dos grandes debates que tomaram corpo na Europa e nos Estados Unidos após a Segunda Guerra Mundial, e que chegaram ao Brasil e se consolidaram com a Carta Magna de 1988. “No caso brasileiro, o renascimento do direito constitucional se deu, igualmente, no ambiente de reconstitucionalização do país, por ocasião da discussão prévia, convocação, elaboração e promulgação da Constituição de 1988.” (BARROSO, 2012, p.01).²⁰

Conforme leciona ainda Luis Roberto Barroso (2012, p.02):

A partir de 1988, e mais notadamente nos últimos cinco ou dez anos, a Constituição passou a desfrutar já não apenas da supremacia formal que sempre teve, mas também de uma supremacia material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios. Com grande ímpeto, exibindo força normativa sem precedente, a Constituição ingressou na paisagem jurídica do país e no discurso dos operadores jurídicos.²¹

²⁰ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>> Acesso em: 22 de set de 2017.

²¹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1

Com atribuição à norma da constituição um do status de norma jurídica superior, superou-se o modelo que vigorou na Europa no qual “a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos” (BARROSO, 2012, p.01)²². Com as mudanças verificadas com a Constituição de 1988, podemos destacar o reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo, onde regras e princípios tiveram reconhecido seu caráter normativo e passaram a ser concretizadas pelo poder judiciário. Bem como, a rejeição ao formalismo, a constitucionalização do direito, com irradiação de normas e valores constitucionais e a reaproximação entre o direito e a moral.

Como expõe Daniel Sarmento (2011, p.86):

Até 1988, a lei valia muito mais do que a Constituição no tráfico jurídico, e, no Direito Público, o decreto e a portaria ainda valiam mais do que a lei. O Poder Judiciário não desempenhava um papel político tão importante, e não tinha o mesmo nível de independência de que passou a gozar posteriormente.²³

Atualmente a Constituição “se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos.” (José Afonso da Silva,

nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>> Acesso em: 22 de set de 2017.

²² BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>> Acesso em: 22 de set de 2017.

²³ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: NOVELINO, Marcelo; FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de (org.). As Novas Faces do Ativismo Judicial. Salvador: Editora jusPODIVM, 2011. P. 73-114.

2006, p. 45)²⁴. Sendo lei fundamental e suprema do Estado brasileiro, as normas que integram a ordenação jurídica só serão válidas se se conformarem com as normas da Constituição Federal.

Inocência Mártires Coelho (2009, p. 149), ressalta que “sob o novo constitucionalismo, a Constituição, que outrora era um simples catálogo de competências e fórmulas exortativas que não vinculavam o legislador [...], essa Carta Política simbólica assume, agora, a função de norma suprema”.²⁵

A Carta Magna introduziu duas novidades, ao prever a inconstitucionalidade por omissão e ampliar a legitimidade para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, por ação ou omissão. Passou-se a ter então, o controle jurisdicional, combinando critérios difuso e concentrado, este de competência do Supremo Tribunal Federal, podendo também declarar inconstitucional a omissão legislativa.

Segundo José Afonso da Silva (2005, p. 49)²⁶, para defender a supremacia constitucional existem três sistemas de controle, o político, onde a verificação da inconstitucionalidade é realizada por órgãos de natureza política, como poder legislativo, o controle jurisdicional, que se outorga ao poder judiciário a declaração de inconstitucionalidade de lei e de outros atos do poder público, e o controle misto, que ocorre quando a constituição submete certas categorias de leis ao controle político e outras ao controle jurisdicional.

²⁴ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2005.

²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

²⁶ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2005.

Luís Roberto Barroso (2011, p. 228) afirma que a grande importância dada a um poder judiciário forte como elemento essencial para uma democracia moderna, decorre muito de uma desilusão com a política e uma crise da representatividade do parlamento no Brasil. Uma constituição analítica também contribuiu para a “judicialização”, onde importantes questões são decididas em última análise pelo Poder Judiciário conforme expõe este autor:

No Brasil, o fenômeno assumiu proporção ainda maior, em razão da constitucionalização abrangente e analítica – constitucionalizar é, em última análise, retirar um tema do debate político e trazê-lo para o universo das pretensões judicializáveis – e do sistema de controle de constitucionalidade vigente entre nós, em que amplo o acesso ao Supremo Tribunal Federal por via das ações diretas. (2011, p. 230-231)²⁷

Com a Constituição de 1988 abriu-se ainda, a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade, na medida em que se atribuiu particular significado ao controle de constitucionalidade da omissão do legislador, bem como, previu expressamente o mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora tornar inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais.

É defendido atualmente por grandes doutrinadores que o mandado de injunção seria o instrumento dirigido contra a omissão legislativa visando possibilitar o exercício de direito subjetivo, competindo ao juiz proferir a decisão que contivesse a regra concreta destinada a assegurar esse direito, conforme leciona Jose Afonso da Silva (2005, p. 450):

²⁷ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>> Acesso em: 22 de set de 2017.

O mandado de injunção tem, portanto, por finalidade realizar concretamente em favor do impetrante o direito, liberdade ou prerrogativa, sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o seu exercício. Não visa obter regulamentação prevista na norma constitucional. Não é função do mandado de injunção pedir a expedição da norma regulamentadora, pois ele não é sucedâneo da ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103 §2º). É equivocada, portanto, data vênia, a tese daqueles que acham que o julgamento do mandado de injunção visa a expedição de norma regulamentadora do dispositivo constitucional dependente de regulamentação, dando a esse remédio constitucional o mesmo objeto da ação de inconstitucionalidade por omissão.²⁸

Atualmente, verifica-se no Brasil diversos precedentes da postura ativista do Supremo Tribunal Federal, como na aplicação da Constituição a situações não expressamente contempladas, imposição de condutas ou abstenções ao poder público, tanto em caso de inércia do legislador, como no de políticas públicas insuficientes.

É certo que a concentração de poderes no judiciário leva a certa desconsideração do papel desempenhado por outras instituições, como o poder legislativo. Contudo, deve-se ter em vista que o poder legislativo sempre terá um papel de destaque na concretização dos direitos, pois as decisões judiciais da Suprema Corte não criam obstáculos a ação posterior do poder legislativo, que pode, inclusive, ultrapassar a decisão proferida pelo tribunal por meio de leis.

²⁸ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2005.

No Brasil, o neoconstitucionalismo é cada vez mais impulsionado pela descrença da população em relação à política, no poder legislativo e nos partidos políticos, enquanto a Justiça, adota decisões em consonância com a opinião pública, fortalecendo ainda mais o sentimento neoconstitucionalista.

Hoje em dia, o Supremo Tribunal Federal faz parte da vida dos brasileiros, seja por meio da televisão, twitter, youtube, bem como através da participação da sociedade por meio de audiências públicas ou do amicus curie, tornando o poder judiciário o órgão mais próximo, acessível e transparente dos cidadãos e a opinião pública.

Conforme leciona Luís Roberto Barroso (2013, p.07) é comum nos países com Cortes Supremas existe uma variação entre o judiciário que procura reduzir sua interferência nas ações dos outros poderes, e decisões que suprem omissões e muitas vezes inovam na ordem jurídica:

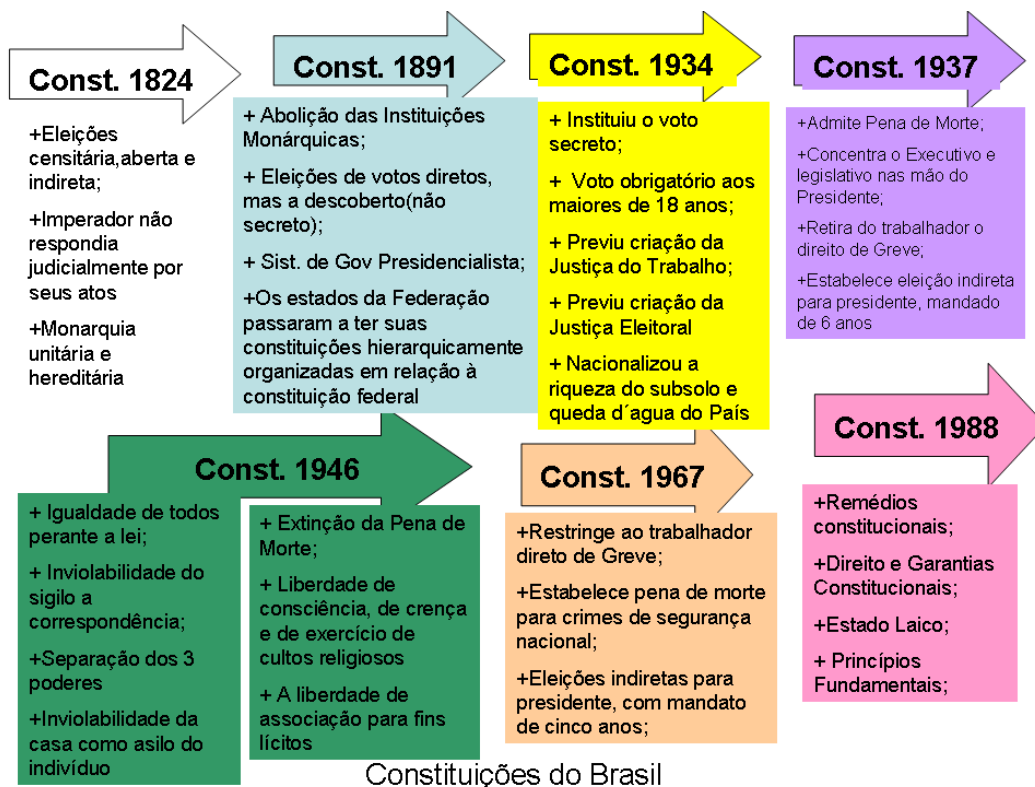
O binômio ativismo-autocontenção judicial está presente na maior parte dos países que adotam o modelo de supremas cortes ou tribunais constitucionais com competência para exercer o controle de constitucionalidade de leis e atos do Poder Público. O movimento entre as duas posições costuma ser pendular e varia em função do grau de prestígio dos outros dois Poderes.²⁹

À medida que decisões importantes e questões polêmicas passaram a ser decididas pela Suprema Corte, está se viu em posição muito mais importante na sociedade, e a clássica separação de poderes, que impunha limites rígidos ao poder

29 BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>> Acesso em: 22 de set de 2017.

judiciário, cedeu espaço a outras visões mais favoráveis a atuação dos magistrados para a tutela de direitos e garantias fundamentais.

Resumo das Constituições brasileiras



Quadro comparativo da classificação das Constituições Brasileiras

Evolução do Direito Constitucional Brasileiro							
Classificação quanto à (ao):	1824	1891	1934	1937	1946	1967	1988
Conteúdo	formal	formal	formal	formal	formal	formal	formal
Forma	escrita	escrita	escrita	escrita	escrita	escrita	escrita
Modo de elaboração	dogmática	dogmática	dogmática	dogmática	dogmática	dogmática	dogmática
Origem	outorgada	promulgada	promulgada	outorgada	promulgada	promulgada	promulgada
Estabilidade	semi-rígida	rígida	rígida	rígida	rígida	rígida	rígida
Extensão e finalidade	analítica	analítica	analítica	analítica	analítica	analítica	analítica

Classificação quanto à forma e sistema de Governo

Classificação quanto à forma e sistema de governo	
Constituição	Forma e sistema de governo
1824	Monarquia hereditária constitucional e representativa
1891	República presidencialista
1934	República presidencialista
1937	República presidencialista
1946	República presidencialista* - 1961/1962 - Parlamentarismo
1967	Ditadura militar
1988	República presidencialista

Resumo de todas as Constituições brasileiras

1824: Outorgada em 25 de março de 1824 no Império de D. Pedro I, determinava que:

- Monarquia constitucional, hereditária e vitalícia;
- Estado unitário não federativo;
- Os cargos de senadores passaram a ser vitalícios;
- Voto censitário (sexo masculino para maiores de 25 anos);
- Igualdade de todos perante a lei;
- Catolicismo passa a ser a religião oficial;
- Igreja Católica fica subordinada ao Estado;
- Criação de 4 poderes: Executivo, Legislativo, Judiciário e Moderador;
- Eleições indiretas;
- Províncias seriam governadas por um presidente e um Conselho Geral.

1891: promulgada em 24 de fevereiro de 1891 durante o Governo Provisório do Marechal Deodoro da Fonseca. Era baseada na Constituição dos EUA e determinava:

- Federalismo;
- Presidencialismo com mandato de quatro anos;
- Extinção do poder moderador e estabelecimento dos três poderes;

- Voto aberto, masculino, proibido aos analfabetos, mendigos e praças, além do clero.
- Igualdade perante a lei;
- Estados autônomos.

1934: promulgada em 16 de julho de 1934 no Governo Provisório de Getúlio Vargas, previa:

- Estados federativos;
- Eleições diretas para presidente;
- Mandato presidencial de 4 anos;
- Extinção do cargo presidencial de vice-presidente;
- Limitação das garantias do habeas-corpus;
- Criação do mandato de segurança;
- Instituição da justiça do trabalho;
- Criação da Justiça Eleitoral;
- Voto universal secreto;
- Nacionalização dos bancos;
- Permitia a organização de sindicatos e viabilizava uma melhor organização das massas trabalhadoras;
- Proibições de diferenças salariais para o mesmo trabalho;
- Salário mínimo;
- Jornada de trabalho de oito horas diárias;
- Proibição do trabalho infantil;

- Repouso semanal;
- Férias remuneradas;
- Indenização por demissão sem justa causa;
- Assistência médica;
- Criação da previdência social pública (aposentadoria);
- Extensão do direito de voto a homens e mulheres com mais de dezoito anos.

1937: outorgada em 10 de novembro de 1937 durante o Governo de Getúlio Vargas. Veio como aparato legal para o golpe dado por Vargas para implantar o Estado Novo. Conhecida como POLACA, pois foi inspirada nas Constituições fascistas da Itália e da Polônia.

- Concentrou todos os poderes nas mãos do presidente;
- O presidente podia dissolver o Congresso e expedir decretos-lei;
- Extinção dos partidos políticos;
- Proibição do direito de greve;
- Aboliu-se a liberdade de imprensa;
- Instituiu-se a censura;
- Estados seriam governados por interventores;
- Instituiu-se a pena de morte;
- Manutenção das leis trabalhistas.

1946: promulgada em 18 de setembro de 1946 durante o governo do general Eurico Gaspar Dutra.

Tinha as seguintes determinações:

- Autonomia dos Estados;
- República federativa e democrática;

- Eleições diretas e secretas em todos os níveis;
- Igualdade de todos perante a lei;
- Liberdade de manifestação de pensamento;
- Inviolabilidade do sigilo de correspondência e de domicílio;
- Liberdade de crença religiosa;
- Liberdade de associação;
- Prisão só em flagrante delito ou por ordem escrita da autoridade competente;
- Garantia de ampla defesa do acusado;
- Mandato presidencial de cinco anos;
- Defesa da propriedade privada;
- Instituição do habeas-corpus;
- Independência dos três poderes.

1967: promulgada em 24 de janeiro de 1967. Era um arranjo político dos militares para dar legalidade à decretação dos Atos Institucionais.

- Dava ar de legalidade ao regime da Ditadura;
- Mantinha o Brasil como federação;
- Estados com menos poderes;
- Executivo fortalecido;
- Eleições indiretas;
- Extinção dos partidos políticos.

Ao todo, foram dezessete Atos Institucionais, mas os cinco primeiros tiveram extrema importância no aparato da ditadura.

Ato Institucional – 1

- Poder de alterar a Constituição;
- Cassar mandatos e suspender políticos;

- Estabelecia eleições indiretas para presidência da República.

Ato Institucional – 2

- Determinou eleição indireta para presidência da República;
- Extinguiu os partidos políticos;
- Ampliou o número de ministros do STF;
- Intervenção nos Estados.

Ato Institucional – 3

- Determinava eleições indiretas para governador e vice-governador e nomeação de prefeitos pelos governadores.

Ato Institucional – 4

- Submissão do Poder do Legislativo pelo Executivo.

Ato Institucional – 5

- Fechamento do Congresso Nacional;
- Cassação dos mandatos eletivos;
- Suspensão dos direitos políticos e liberdades individuais;
- Proibição de manifestações públicas;
- Ao Poder Executivo foi dada a prerrogativa de legislar com supremacia sobre todos os temas.

1988: promulgada em 05 de outubro de 1988 no Governo de José Sarney. Foi elaborada em conformidade com os anseios da população.

- Eleições diretas para todos os cargos políticos;
- Eliminação da fidelidade partidária;

- Direito de voto aos analfabetos;
- Liberdade de criação de partidos políticos;
- Direito de representação política aos moradores do Distrito Federal;
- Garantia dos direitos humanos contra as arbitrariedades do Estado;
- Proibição da pena de morte e da tortura;
- Igualdade de direitos entre homens e mulheres;
- Racismo é crime inafiançável;
- Fim da censura;
- Jornada de trabalho de 44 horas semanais;
- 13º salário para aposentados;
- Liberdade sindical;
- Eleições em dois turnos em cidades com mais de 200 mil eleitores;
- Mandatos de 4 anos;
- Proteção ao índio;
- Licença maternidade de 120 dias e paternidade de 5;
- Ampliação dos direitos do Congresso.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os Estados Unidos da América do Norte mantêm a mesma Constituição Republicana e Presidencialista de 1787 com 7 artigos e 27 emendas, em igual e mesmo período, o Brasil já foi de tudo: Colônia, Império, República Presidencialista, Ditadura Civil, Ditadura Militar, República Parlamentarista e até Democracia, sempre com Constituições que pouco refletiram a verdadeira pauta de valores desejados pelo povo, o único detentor legítimo daquele poder capaz de criar e/ou derrubar uma Constituição.

Em todas as fases do constitucionalismo revelou-se pela limitação do governo pelo Direito, são as chamadas limitações constitucionais.

No Estado constitucional democrático em que vivemos a separação entre o direito e política tem sido considerada como essencial. Na política, deve vigorar a soberania popular e a vontade da maioria, enquanto no direito deve vigorar o disposto pela lei e pelos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição, que possui supremacia sobre todo o ordenamento jurídico. A crença nessa distinção tem resistido ao tempo e até hoje se mantém a tradicional divisão entre a política e o direito. Contudo, a concretização da ordem fundamental e do estado democrático de direito estabelecido pela Carta Magna de 1988 depende da edição de leis, leis estas que dependem do poder político do país que ocupa os dois órgãos de representação do poder legislativo brasileiro, a câmara dos deputados e o senado federal.

Apesar da separação entre o direito e a política, é fato que a Constituição Federal não basta em si mesma, e toda a organização político-administrativa do Estado depende da edição de lei para sua organização e funcionamento. O problema começa a surgir, quando um dos poderes começa a não atuar como deveria, e outro poder fica obrigado a assumir sua função por uma atuação defeituosa.

A tripartição concebida por Aristóteles e aprimorada por Montesquieu, visava à contenção do poder, pois ao conter o poder e evitar a concentração do poder estatal em único órgão, encontrava-se a justiça e garantia do Estado Democrático. O fundamento da divisão era a proteção do cidadão, contudo, atualmente, a divisão rígida de poderes passou a ir contra os direitos mais fundamentais do cidadão, direitos garantidos constitucionalmente e que se tornaram inoperantes pela inércia

legislativa. Assim, não se pode perder de vista que as escolhas políticas devem ser no limite em que as mesmas estejam em conformidade com a ordem jurídica, não se admitindo omissões abusivas e ilegais, casos em que o controle jurisdicional se torna necessário.

O modelo tripartite de Poderes deve ser conformado com os tempos atuais, impondo-se o controle de um poder sobre o outro como forma de concretização dos objetivos buscados pelo Estado Social em que vivemos, em vista da feição prestacional do Estado.

O futuro do constitucionalismo identifica-se com a verdade, com a solidariedade, consenso, continuidade, participação e universalização dos direitos humanos e do ideal de cidadania pura e sadia.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>> Acesso em: 05 de out de 2012

_____. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista nº 04 da Ordem dos Advogados do Brasil**. Janeiro/Fevereiro de 2009, disponível em <<http://www.oab.org.br/editora/revista/0901.html>>. Acesso em: 10 de fev de 2013.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. Lições de filosofia do direito. Compilação pelo Dr. Nello Morra. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Editora Ícone, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

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

PAULA, Daniel Giotti de. Ainda existe separação de poderes? A Invasão da política pelo direito no contexto do ativismo judicial e da judicialização da política. In: NOVELINO, Marcelo; FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de (org.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Editora jusPODIVM, 2011. P. 271-312.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: NOVELINO, Marcelo; FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de (org.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Editora jusPODIVM, 2011. P. 73-114.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2005.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO FORNECEDOR NAS RELAÇÕES DE CONSUMO PELA PRESENÇA DE CORPO ESTRANHO EM PRODUTO ALIMENTÍCIO

REBECCA BRAZ VIEIRA DE MELO:

Bacharela pela Universidade Federal da Paraíba e Especialista em Direito Público pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Servidora Pública do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba.

RESUMO: Este artigo volta-se ao estudo da responsabilidade civil do fornecedor nas relações de consumo pela presença de corpo estranho no interior de produto alimentício. A relevância do presente tema reside na existência de diferentes posicionamentos constatados ao se analisar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o que impõe uma sistematização da matéria para melhor compreendê-la. Serão utilizados os seguintes métodos: o dedutivo, como método de abordagem; e o interpretativo, como método de procedimento. Como técnica de pesquisa adota-se a bibliográfica e a legal. Almeja-se, com o desenvolvimento deste trabalho, proceder a uma análise detida, especialmente sobre as recentes decisões da Colenda Corte, com vistas a confirmar ou não a existência de um posicionamento consolidado acerca da questão.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Relação de consumo. Alimento. Dano moral.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 Base histórica do direito do consumidor. 2 A responsabilidade civil do fornecedor de bens e serviços. 3 Análise jurisprudencial. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Buscar-se-á, neste artigo, analisar a existência de dano moral e o consequente dever de indenizar diante da aquisição e consumo de gênero alimentício impróprio para o fim a que se destina, em razão da presença de um corpo estranho em seu interior. Após a realização de pesquisas sobre o tema, os resultados alcançados serão expostos em três capítulos.

A *priori*, traçar-se-á um breve panorama histórico acerca do desenvolvimento do Direito do Consumidor, compilando as transformações sociais que conduziram à necessidade de elaboração e aplicação de normas jurídicas voltadas à proteção dos consumidores.

Em seguida, analisar-se-á a responsabilidade civil dos fornecedores à luz da disciplina legal trazida pelo Código de Defesa do Consumidor, tratando sobre os elementos a serem aferidos para constatação da existência de situação ensejadora de responsabilização – a saber: conduta,nexo e dano.

No último capítulo, examinar-se-á recentes decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça acerca da matéria, objetivando verificar se há ou não um entendimento predominante na Corte.

1 Base histórica do direito do consumidor

Estudos históricos demonstram que as sociedades primitivas tinham como traço característico a autossuficiência. As necessidades dos indivíduos eram atendidas no seio da própria comunidade e, dessa forma, inexistia qualquer interação econômica com outros grupamentos humanos. Nas palavras de Fran (2014, p. 44), “no início da civilização, os grupos sociais procuravam bastar-se a si mesmos, produzindo material de que tinham necessidade ou se utilizando daquilo que poderiam obter facilmente da natureza para a sua sobrevivência (...)”.

Todavia, observava-se que determinada aglomeração humana, em decorrência do aperfeiçoamento de técnicas e de fatores físicos verificados em certas regiões do mundo (tais como elementos topográficos, hidrológicos, biológicos etc.), experimentavam um incremento da produção de determinados bens, atingindo patamares superiores ao consumo regular interno. Por outro lado, as mencionadas condicionantes tornavam este mesmo povo e território menos propenso a conseguir cultivar ou fabricar outros gêneros dos quais igualmente necessitava. A correção do paradoxo escassez-excesso só se tornou possível com a política de trocas de excedentes de produção entre as sociedades.

Entretanto, por vezes, não havia uma exata correspondência entre os bens que um povo almejava adquirir e aqueles que o outro tinha à sua disposição para oferecer em troca. Situações como esta impediam a transação entre as civilizações, prejudicando ambas, visto que permaneciam com uma produção de

bens extranumerária em estoque, sem destinação útil, e não tinham como obter o outro gênero pretendido. Para remediar tal imbróglio, estabeleceu-se uma medida uniforme de riqueza – a moeda, viabilizando, assim, a aquisição de utilidades pela oferta de determinado valor e, como consequência, o desenvolvimento daquilo que se convencionou chamar de “comércio”. Consoante Fran (2014, p. 44-46):

Nem sempre o que era desnecessário a um grupo se mostrava útil a outro que, entretanto, podia dispor de bens indispensáveis aos primeiros. As trocas, desse modo, de bens por bens, não se realizavam por falta de equivalência de utilidade para as partes interessadas. Chegou-se, desse modo, à contingência de ser criada uma mercadoria capaz de ser permutada por qualquer outra, servindo, assim, de padrão para as trocas, foi a moeda (...) o aparecimento da moeda deu lugar ao surgimento de uma atividade específica, inicialmente praticada por um número reduzido de pessoas e depois grandemente desenvolvida. (...) E à atividade consistente em pôr em circulação as mercadorias, adotando esse mecanismo, se deu o nome de comércio (...)

A forma de produzir e comercializar as mercadorias sofreu significativa transformação a partir do século XIX, por força da Revolução Industrial. As relações, antes travadas de modo pessoalizado, aos poucos foram se padronizando para atender a demanda. A uniformização dos contratos e a produção em larga escala permitiram a redução dos custos e a realização de negociações de modo mais célere. Contudo, a relação outrora paritária tornou-se desigual. Neste momento histórico, o fiel da balança inclinava-se em favor daquele que detinha os meios de produção e estabelecia as regras contratuais. Segundo Nunes (2015, p. 160):

(...) no começo do século XX, instaura-se definitivamente um modelo de produção, que terá seu auge nos dias atuais. Tal modelo é o da massificação: fabricação de produtos e oferta de serviços em série, de forma padronizada e uniforme, no intuito de diminuição

do custo da produção, atingimento de maiores parcelas de população com o aumento da oferta etc.

Esse sistema de produção pressupõe a homogeneização dos produtos e serviços e a estandardização das relações jurídicas que são necessárias para a transação desses bens.

A partir da Segunda Guerra Mundial o projeto de produção capitalista passou a crescer numa enorme velocidade, e, com o advento da tecnologia de ponta, dos sistemas de automação, da robótica, da telefonia por satélite, das transações eletrônicas, da computação, da microcomputação etc., a velocidade tomou um grau jamais imaginado até meados do século XX.

A partir de 1989, com a queda dos regimes não capitalistas, o modelo de globalização, que já se havia iniciado, praticamente completou seu ciclo, atingindo quase todo o globo terrestre.

Este cenário de desigualdade fez com que os Estados, acompanhando as mudanças e buscando restabelecer o equilíbrio nas relações de consumo, editassem normas jurídicas voltadas à proteção da parte contratual vulnerável, a saber: o consumidor. No Brasil, o constituinte reconheceu a defesa do consumidor como um dos princípios gerais da atividade econômica (artigo 170, V, da CRFB/1988) e impôs ao Estado o dever de garantir os direitos dos consumidores (artigo 5º, XXXII, da CRFB/1988) e ao Congresso Nacional a obrigação de elaborar, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, o Código de Defesa do Consumidor (artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias).

O legislador ordinário, cumprindo os ditames da Lei Maior, publicou aos 12 de setembro de 1990 a Lei nº 8.078 – denominada de “Código de Defesa do Consumidor”, inaugurando um microsistema jurídico próprio, permeado por normas protecionistas, que visam reger as relações de consumo afastando-se das regras gerais contidas no Código Civil sobre obrigações, contratos e responsabilidade. Conforme Nunes (2015, p. 167-168):

(...) o CDC é um subsistema jurídico próprio, lei geral com princípios especiais voltada para a regulação de todas as relações de consumo, tão caras a sociedade de massas contemporânea e representando o mais importante e largo setor da economia.

(...) o princípio do protecionismo inaugura o sistema da lei consumerista. Ele decorre diretamente do texto constitucional, que estabelece a defesa do consumidor como um dos princípios gerais da atividade econômica (inciso V do art. 170) e impõe ao Estado o dever de promover tal defesa (inciso XXXII do art. 5º).

2 A responsabilidade civil do fornecedor de bens e serviços

O Código de Defesa do Consumidor, atento às peculiaridades dos fatos sociais que disciplina, estabelece normas especiais acerca da responsabilidade civil do fornecedor de bens e serviços. A comercialização na escala em que ocorre atualmente apenas se tornou possível devido à produção em série. Entretanto, esta não é isenta de falhas. Apesar de se buscar a aplicação da melhor e mais segura técnica, admite-se a existência de vícios e defeitos, considerando que o alto custo para que a fabricação fosse livre de erros tornaria a atividade economicamente impraticável. Nos dizeres de Nunes (2015, p. 249-250):

Com a explosão da revolução industrial, a aglomeração de pessoas nos grandes centros urbanos e o inexorável aumento da complexidade social, exigia-se um modelo de produção que desse conta da sociedade que começava a surgir. A necessidade de oferecer cada vez mais produtos e serviços para um número sempre maior de pessoas fez com que a indústria passasse a produzir em grande quantidade. Mas o maior entrave para o crescimento da produção era o custo.

A solução foi a produção em larga escala e em série, que, a partir de modelos previamente concebidos, permitia a diminuição dos custos.

(...) Em produções massificadas, seriadas, é impossível assegurar como resultado final que o produto ou o serviço não terá vício/defeito. Para que a produção em série conseguisse um resultado isento de vício/defeito, seria preciso que o fornecedor elevasse seu custo a níveis altíssimos, o que inviabilizaria o preço final do produto e do serviço e desqualificaria a principal característica da produção em série, que é a ampla oferta para um número enorme de consumidores.

Dessa maneira, sem outra alternativa, o produtor tem de correr o risco de fabricar produtos e oferecer serviços a um custo que não prejudique o benefício.

Como bem explicitado por Nunes linhas acima, o produtor assume o risco de eventualmente causar alguma espécie de dano ao consumidor, responsabilizando-se por ele, ainda que sua ocorrência não venha a ser fruto de uma conduta culposa sua. A constatação de negligência, imprudência ou imperícia é irrelevante para a imputação do seu dever de indenizar. Nesse sentido é a lição de Nunes (2015, p. 161):

É exatamente a hipótese de responsabilidade objetiva que tem aqueles que desenvolvem atividade de risco. O novo Código Civil, portanto, incorporou no seu regramento um dos aspectos mareantes das sociedades capitalistas contemporâneas, o de que o sistema de produção e a consequente exploração das reservas naturais, a criação, produção e distribuição de produtos e serviços com seus reflexos no modo de vida social, na alimentação, na saúde, na moradia, no transporte etc., implicam riscos a integridade das pessoas. E esse risco se põe independentemente da ação do produtor, vale dizer, há risco – e eventual dano – mesmo que não haja culpa. O modelo é, assim, o mesmo da lei consumerista.

Nesse diapasão, o Código de Defesa do Consumidor opta por adotar, em regra, a responsabilidade objetiva dos fornecedores e fixar a obrigação

solidária de todos os envolvidos na cadeia produtiva de indenizar os consumidores que vierem a ser vitimados. Conforme prelecionam Tartuce e Neves (2017, p. 89):

(...) o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor consagra como regra a responsabilidade objetiva e solidária dos fornecedores de produtos e prestadores de serviços, frente aos consumidores. Tal opção visa a facilitar a tutela dos direitos do consumidor, em prol da reparação integral dos danos, constituindo um aspecto material do acesso à justiça. Desse modo, não tem o consumidor o ônus de provar a culpa dos réus nas hipóteses de vícios ou defeitos dos produtos ou serviços.

Esquadrinhando as razões que levaram o legislador a assim proceder, Nunes (2015, p. 252-253) dispõe que se não tivesse sido feita a escolha pela responsabilidade objetiva do fornecedor, se inviabilizaria o ressarcimento do consumidor pelos prejuízos sofridos, ao se estabelecer um ônus probatório excessivo a ele, visto que este normalmente não tem acesso ao sistema de produção e a prova técnica posterior ao evento danoso tem reduzidas chances de demonstrar a culpa. Assim, para aferição da responsabilidade do fornecedor se investiga a existência de apenas três elementos: conduta, nexó e dano.

A conduta pode ser conceituada como a ação – ou omissão, quando o agente tinha a obrigação de agir – voluntária, geradora do dever de indenizar. Cumpre ressaltar que a aferição da “voluntariedade” não se confunde com a comprovação do elemento anímico do agente. Não se discute dolo ou culpa. Não é necessário que o sujeito tenha intenção de causar o dano, mas que tenha consciência da sua atuação. Por esta razão, a norma consumerista admite algumas excludentes de responsabilidade, como o caso fortuito ou a força maior, considerando a impossibilidade de se imputar ao fornecedor o dever de indenizar aquilo que não foi resultado de uma ação livre.

Quanto ao dano, entende-se que, para gerar o dever de indenizar, ele deve ser certo, inexistindo dúvida quanto a sua existência; e deve representar lesão a interesse jurídico, seja de cunho patrimonial ou moral, ainda não reparada. A tutela judicial não é apenas voltada ao restabelecimento do equilíbrio patrimonial, mas tem por objetivo precípua a restauração do *status quo ante*.

Por fim, deve-se comprovar a existência do nexo de causalidade. Ou seja, deve-se demonstrar que da ação voluntária do fornecedor decorreu o dano experimentado pelo consumidor. Não é difícil comprovar a existência da conduta do produtor e é ainda mais evidente o dano experimentado pela vítima. Entretanto, o mesmo não se pode dizer da confirmação de que este decorreu daquela. Noutra dizer, é extremamente complexo comprovar o nexo de causalidade entre estas.

3 Análise jurisprudencial

Diferentes nuances são observadas ao se analisar julgados que discutem a responsabilização dos fornecedores diante de vício ou defeito ocorrido em atividade de produção e comercialização de gêneros alimentícios. A essencialidade de tais bens gera sutis distinções entre as situações postas em juízo, merecendo uma verificação mais detida sobre a matéria. A jurisprudência, nos últimos anos, em especial a do Superior Tribunal de Justiça, apresenta delicada oscilação ao buscar averiguar a existência ou não de dano moral nesse contexto.

Até 2014, prevalecia no âmbito do Superior Tribunal de Justiça o posicionamento no sentido da inexistência de dano moral pela simples aquisição de alimento impróprio ao consumo. Só se considerava caracterizado o acidente de consumo apto a legitimar a responsabilização do fornecedor quanto tivesse havido a ingestão do produto. Nesse sentido, manifestou-se a Quarta Turma, ao apreciar recurso especial em 16/11/2010, sob a relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão:

RESPONSABILIDADE CIVIL. PRODUTO IMPRÓPRIO PARA O CONSUMO. OBJETO METÁLICO CRAVADO EM BOLACHA DO TIPO "ÁGUA E SAL". OBJETO **NÃO INGERIDO**. **DANO MORAL INEXISTENTE**.

1. A **simples aquisição** de bolachas do tipo "água e sal", em pacote no qual uma delas se encontrava com objeto metálico que a tornava imprópria para o consumo, **sem que houvesse ingestão** do produto, não acarreta **dano moral** apto a ensejar reparação. Precedentes.

2. Verifica-se, pela moldura fática apresentada no acórdão, que **houve inequivocamente vício do produto** que o tornou impróprio para o consumo, nos termos do art. 18, caput, do CDC. Porém, **não se verificou o acidente de consumo**, ou, consoante o art. 12 do CDC, o fato do produto, por isso descabe a indenização pretendida.

3. De ofício, a Turma determinou a expedição de cópias à agência sanitária reguladora para apurar eventual responsabilidade administrativa.

4. Recurso especial principal provido e adesivo prejudicado.

(REsp 1131139/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 16/11/2010, DJe 01/12/2010) (grifo nosso)

Idêntico foi o entendimento esposado pela Terceira Turma, em 2011, ao julgar, em sede de recurso especial, situação na qual o consumidor havia ingerido parcialmente o conteúdo de uma lata de leite condensado cujo interior continha um inseto. No caso em tela, reconheceu-se a presença de dano moral indenizável e o recurso foi desprovido, conforme se verifica na leitura da ementa abaixo colacionada:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO CONSUMIDOR. RECURSO ADESIVO. ADMISSIBILIDADE. REQUISITOS. **AQUISIÇÃO** DE ALIMENTO COM INSETO DENTRO. INGESTÃO PELO CONSUMIDOR. DANO MORAL. EXISTÊNCIA. VALOR. REVISÃO PELO STJ. POSSIBILIDADE, DESDE QUE IRRISÓRIO OU EXORBITANTE.

(...)

3. A aquisição de lata de leite condensado contendo inseto em seu interior, **vindo o seu conteúdo a ser**

parcialmente ingerido pelo consumidor, é fato capaz de **provocar dano moral** indenizável.

4. A revisão da condenação a título de danos morais somente é possível se o montante for irrisório ou exorbitante. Precedentes.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido. Recurso adesivo não conhecido.

(REsp 1239060/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/05/2011, DJe 18/05/2011) (grifo nosso)

Noutra direção, todavia, caminhou o Colendo Tribunal no julgamento proferido pela Terceira Turma nos autos do Recurso Especial nº 1.424.304/SP, cuja relatoria coube à Ministra Nancy Andrigli. Destoando da posição consolidada na Corte, sustentou-se a desnecessidade da ingestão do alimento para que restasse configurada a existência de dano moral indenizável. Para a ilustre relatora, a aquisição de produto alimentício que contenha, em seu interior, corpo estranho expõe o consumidor a risco concreto de lesão e ofende o direito fundamental à alimentação adequada, atingindo o indivíduo em sua dignidade. Assim, caracterizado o defeito do produto, justifica-se a imputação do dever de indenizar, como se vê no excerto infra transcrito:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. **AQUISIÇÃO DE GARRAFA DE REFRIGERANTE CONTENDO CORPO ESTRANHO EM SEU CONTEÚDO. NÃO INGESTÃO. EXPOSIÇÃO DO CONSUMIDOR A RISCO CONCRETO DE LESÃO À SUA SAÚDE E SEGURANÇA. FATO DO PRODUTO. EXISTÊNCIA DE DANO MORAL. VIOLAÇÃO DO DEVER DE NÃO ACARRETAR RISCOS AO CONSUMIDOR. OFENSA AO DIREITO FUNDAMENTAL À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA. ARTIGOS ANALISADOS: 4º, 8º, 12 e 18, CDC e 2º, Lei 11.346/2006.**

(...)

2. Discute-se a existência de dano moral na hipótese em que o consumidor adquire garrafa de refrigerante com corpo estranho em seu conteúdo, sem, contudo, ingerí-lo.

3. A aquisição de produto de gênero alimentício contendo em seu interior corpo estranho, expondo o consumidor à risco concreto de lesão à sua saúde e segurança, ainda que não ocorra a ingestão de seu conteúdo, dá direito à compensação por dano moral, dada a **ofensa ao direito fundamental à alimentação adequada**, corolário do princípio da dignidade da pessoa humana.

4. Hipótese em que se caracteriza defeito do produto (art. 12, CDC), o qual expõe o consumidor à risco concreto de dano à sua saúde e segurança, em clara infringência ao dever legal dirigido ao fornecedor, previsto no art. 8º do CDC.

5. Recurso especial não provido.

(REsp 1424304/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/03/2014, DJe 19/05/2014) (grifo nosso)

Em conformidade com o julgado acima, em 10/05/2016, a Terceira Turma reafirmou que a oferta de produto impróprio para o consumo afeta a segurança que legitimamente se espera nas relações de consumo, razão pela qual há o direito a indenização, ainda que não tenha havido a ingestão do alimento.

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE CIVIL. PRESENÇA DE CORPO ESTRANHO EM ALIMENTO. EXPOSIÇÃO DO CONSUMIDOR A RISCO DE LESÃO À SUA SAÚDE E SEGURANÇA. DANO MORAL EXISTENTE.

1. A disponibilização de produto considerado impróprio para consumo em virtude da presença de objeto estranho no seu interior afeta a segurança que rege as relações consumeristas na medida que expõe o consumidor a risco de lesão à sua saúde e segurança e, portanto, dá direito à compensação por dano moral.

2. Agravo regimental provido.

(AgRg no REsp 1380274/SC, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/05/2016, DJe 19/05/2016)

Entretanto, a jurisprudência mostra-se hesitante em aceitar o posicionamento acima mencionado. Após poucos meses do primeiro julgado, em 18/11/2014, a própria Terceira Turma voltou a apreciar o tema e curvou-se novamente ao entendimento tradicional, segundo o qual a aquisição de produto nas condições em testilha sem que tenha havido a sua ingestão geraria mero dissabor, pelo qual não caberia o pagamento de qualquer compensação. O fato se repetiu em 2016 e também na Quarta Turma, conforme se verifica nos julgados a seguir:

RECURSO ESPECIAL DIREITO DO CONSUMIDOR.
RESPONSABILIDADE CIVIL.

PRESENÇA DE CORPO ESTRANHO EM ALIMENTO.
EMBALAGEM DE REFRIGERANTE LACRADA. TECNOLOGIA
PADRONIZADA. **AUSÊNCIA DE INGESTÃO**. DANO MORAL
INEXISTENTE. **MERO DISSABOR**. ÂMBITO INDIVIDUAL.

1. Cuida-se de demanda na qual busca o autor a condenação da empresa ré ao pagamento de indenização por danos morais decorrentes da aquisição de refrigerante contendo inseto morto no interior da embalagem.

2. No âmbito da jurisprudência do STJ, **não se configura o dano moral quando ausente a ingestão do produto** considerado impróprio para o consumo, em

virtude da presença de objeto estranho no seu interior, por não extrapolar o âmbito individual que justifique a litigiosidade, porquanto atendida a expectativa do consumidor em sua dimensão plural.

3. A tecnologia utilizada nas embalagens dos refrigerantes é padronizada e guarda, na essência, os mesmos atributos e as mesmas qualidades no mundo inteiro.

4. **Inexiste um sistemático defeito de segurança** capaz de colocar em risco a incolumidade da sociedade de consumo, a culminar no desrespeito à dignidade da pessoa humana, no desprezo à saúde pública e no descaso com a segurança alimentar.

5. Recurso especial provido.

(REsp 1395647/SC, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/11/2014, DJe 19/12/2014) (grifo nosso)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL RESPONSABILIDADE CIVIL. PRESENÇA DE CORPO ESTRANHO EM ALIMENTO. EMBALAGEM DE REFRIGERANTE. AUSÊNCIA DE INGESTÃO. DANO MORAL INEXISTENTE.

MERO DISSABOR. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA NO STJ.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se consolidou no sentido de que a ausência de ingestão de produto impróprio para o consumo configura, em regra, hipótese de mero dissabor vivenciado pelo consumidor, o que afasta eventual pretensão indenizatória decorrente de alegado dano moral. Precedentes.

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 489.030/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 16/04/2015, DJe 27/04/2015)

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AGRAVO INTERNO.

RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO NCP. AÇÃO INDENIZATÓRIA. EXISTÊNCIA DE MATERIAL ESTRANHO NO INTERIOR DE BEBIDA. AUSÊNCIA DE INGESTÃO.

DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. MERO DISSABOR. PRECEDENTES. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

(...)

2. A jurisprudência desta Corte firmou o entendimento de que, ausente a ingestão do produto considerado impróprio para o consumo em virtude da presença de corpo estranho, não se configura o dano moral indenizável. Precedentes. Incidência da Súmula nº 83 do STJ.

3. Não sendo a linha argumentativa apresentada capaz de evidenciar a inadequação dos fundamentos invocados pela decisão agravada, mantém-se a decisão proferida, por não haver motivos para a sua alteração.

4. Agravo interno não provido.

(AgInt no REsp 1597890/SP, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/09/2016, DJe 14/10/2016)

No final do ano de 2017, novo entendimento começou a se delinear. Em decisão da lavra da Ministra Nancy Andrighi, a Terceira Turma deu provimento a recurso especial, determinando que o dano moral restará caracterizado ainda

que não haja ingestão do alimento, quando o consumidor “levar à boca” o corpo estranho.

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. AQUISIÇÃO DE PACOTE DE BISCOITO RECHEADO COM CORPO ESTRANHO NO RECHEIO DE UM DOS BISCOITOS. NÃO INGESTÃO. LEVAR À BOCA.

EXPOSIÇÃO DO CONSUMIDOR A RISCO CONCRETO DE LESÃO À SUA SAÚDE E SEGURANÇA. FATO DO PRODUTO. EXISTÊNCIA DE DANO MORAL. VIOLAÇÃO DO DEVER DE NÃO ACARRETAR RISCOS AO CONSUMIDOR. (...)

2. O propósito recursal consiste em determinar se, para ocorrer danos morais em função do encontro de corpo estranho em alimento industrialização, é necessária sua ingestão ou se o simples **fato de levar tal resíduo à boca** é suficiente para a configuração do dano moral.

3. A aquisição de produto de gênero alimentício contendo em seu interior corpo estranho, expondo o consumidor à risco concreto de lesão à sua saúde e segurança, ainda que não ocorra a ingestão de seu conteúdo, dá direito à compensação por dano moral, dada a ofensa ao direito fundamental à alimentação adequada, corolário do princípio da dignidade da pessoa humana.

4. Hipótese em que se caracteriza defeito do produto (art. 12, CDC), o qual expõe o consumidor à risco concreto de dano à sua saúde e segurança, em clara infringência ao dever legal dirigido ao fornecedor, previsto no art. 8º do CDC.

5. Na hipótese dos autos, **o simples "levar à boca" do corpo estranho possui as mesmas consequências**

negativas à saúde e à integridade física do consumidor que sua ingestão propriamente dita.

6. Recurso especial provido.

(REsp 1644405/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/11/2017, DJe 17/11/2017)

CONCLUSÃO

Este artigo teve por escopo verificar a existência de posição predominante no Superior Tribunal de Justiça acerca da responsabilização do fornecedor pela presença de algum resíduo impróprio para consumo no interior de gêneros alimentícios, notadamente perscrutando qual o momento em que se configura o dano moral.

O desenvolvimento das civilizações, analisado no primeiro capítulo, demonstrou a necessidade de adoção pelos Estados, ao cumprir o seu dever de regular as relações entre fornecedores e consumidores, de normas jurídicas protecionistas, direcionadas a melhor tutelar os direitos dos consumidores, de forma a contrabalancear a desigualdade verificada na mencionada relação contratual.

Conforme a disciplina legal estabelecida pelo Código de Defesa do Consumidor, há responsabilidade do fornecedor – e, conseqüentemente, dever de indenizar – quando uma ação ou omissão voluntária deste acarretar uma lesão a um interesse jurídico do consumidor. O dever de indenizar, portanto, prescinde da comprovação do elemento anímico do agente. Basta identificar a conduta do fornecedor, o dano ao consumidor e o nexo causal entre estes. Assim, diz-se que a responsabilidade civil, no âmbito do Direito do Consumidor, é, em regra, objetiva.

Por fim, os julgados do Superior Tribunal de Justiça indicam existir três posições distintas na Corte. Uns afirmam que o dano moral só se configura quando houver a ingestão do alimento contaminado. Outros sustentam que a mera aquisição do bem impróprio para o consumo seria suficiente para violar o direito fundamental à alimentação adequada e a segurança legitimamente esperada do produto, gerando o direito do consumidor à compensação pelos

prejuízos suportados. Há ainda um terceiro entendimento exposto em recente julgado proferido pela Terceira Turma, no sentido de que o dano moral ocorreria no momento em que o indivíduo realizasse o ato de levar o gênero alimentício à boca, não importando se houvesse ou não a efetiva ingestão do alimento.

Por todo o exposto, considerando as diferentes conclusões que as Turmas do Superior Tribunal de Justiça chegaram acerca da matéria, mostra-se prematura a afirmação de que uma corrente de pensamento prevalece ou não naquela Corte, devendo-se aguardar que, futuramente, o confronto entre as teses conduza à uniformização do entendimento do Tribunal.

REFERÊNCIAS

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, v. 7: responsabilidade civil**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume III: responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial**. 37. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUNES, Rizzatto. **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. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: volume IV. responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

EXTRADIÇÃO DE BRASILEIRO NATO

LAYZA ELIZA MENDES MONTENEGRO:
Universidade Federal da Paraíba - UFPB.
Bacharela em Direito. Advogada (OAB/PB).

RESUMO: O direito de ser nacional de um Estado é reconhecido como um direito humano e, portanto, essencial ao desenvolvimento de uma vida digna, vez que garante proteção ao indivíduo. Ao lado desse direito, incidente no âmbito da soberania estatal, destacam-se medidas de cooperação internacional, especialmente o instituto da extradição como instrumento de colaboração em matéria penal. Nessa conjuntura, analisa-se a atuação do Supremo Tribunal Federal no procedimento de extradição e a necessidade de observância dos direitos fundamentais, a partir da decisão da Suprema Corte que possibilitou, em virtude da anterior perda da nacionalidade, a extradição de brasileiro nato.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Direito a uma nacionalidade; 3. Extradição; 4. A decisão do Supremo Tribunal Federal; 5. Conclusão.

1. Introdução

A nacionalidade é o vínculo jurídico-político que se forma entre um indivíduo e determinado Estado de modo a se garantir direitos e garantias, ao tempo em que se exige o cumprimento de determinados deveres. Toda pessoa tem direito de mudar de nacionalidade e não pode ser arbitrariamente privado de sua nacionalidade (art. 20 da Convenção Americana de Direitos Humanos).

Assim, é direito de todos ter uma nacionalidade (artigo XV da Declaração Universal dos Direitos Humanos), de forma que a situação de apatridia (pessoas sem pátria) configura violação aos direitos humanos e, por isso, trata-se de preocupação trazida pela Lei de Migração (Lei nº 13.445/2017) no sentido de dar proteção ao apátrida e de reduzir a apatridia, permitindo a realização de procedimento simplificado de naturalização. O eixo central dessa nova lei é a proteção dos direitos humanos a partir da constatação de que a negativa de direitos não impede o deslocamento de pessoas.

Esse direito fundamental é de extrema relevância, pois permite que o Estado proteja seus nacionais contra interferências externas e arbitrárias que ensejem violação de direitos da pessoa, o que é decorrência da ideia de soberania.

No entanto, ante a existência de relações estatais, destacam-se as medidas de retirada compulsória, como deportação e expulsão, assim como a extradição (medida de cooperação internacional), além do instituto da entrega para o Tribunal Penal Internacional. Nesses casos, faz-se necessária a certificação do cumprimento dos direitos fundamentais.

Portanto, apesar da concessão da nacionalidade dizer respeito a ato de soberania, o próprio Estado também não pode se valer dessa prerrogativa para cometer abusos, uma vez que os direitos humanos devem ser observados na ordem interna, assim como nas hipóteses de cooperação jurídica internacional, considerando que a defesa nacional exige colaboração de outros Estados.

É importante mencionar que a proteção dos interesses nacionais exige esse auxílio por parte de outros Estados, o que não significa uma relativização da soberania, ainda mais quando se vive em um contexto de globalização caracterizado pelo aumento do fluxo de pessoas.

2. Direito a uma nacionalidade

A nacionalidade é regulamentada no âmbito interno, não cabendo a outro Estado interferir sobre os critérios de obtenção, pois a sua concessão é ato soberano.

A nacionalidade primária ou originária é adquirida por um fato natural, o nascimento, confere status de brasileiro nato, podendo o país adotar o critério sanguíneo (*jus sanguinis*), quando a pessoa adquire a nacionalidade dos ascendentes; ou territorial (*jus soli*), quando a pessoa nasce no território do país. O Brasil adotou o critério misto (art. 12, I, da CRFB/88).

A secundária ou derivada depende de um ato de vontade, portanto, é posterior ao nascimento, sendo a naturalização o principal critério aquisitivo. Pode ser requerida tanto pelos estrangeiros quanto pelos *heimatlos* (apátridas). A naturalização será ordinária, quando preenchidos os requisitos legais (art. 65 da Lei 13.445/2017); ou extraordinária, nos casos em que o estrangeiro residir no Brasil há mais de quinze anos ininterruptos (o que não se confunde com permanência contínua) e não tenha condenação penal, nessa última, a naturalização é ato vinculado, logo, cumpridas as condições, o governo brasileiro não pode negar a naturalização quando requerida.

A naturalização pode ainda ser especial, quando o estrangeiro for cônjuge ou companheiro, há mais de 5 (cinco) anos, de integrante do Serviço Exterior Brasileiro em atividade ou de pessoa a serviço do Estado brasileiro no exterior; ou que seja ou tenha sido empregado em missão diplomática ou em repartição consular do Brasil por mais de dez anos ininterruptos (art. 68 da Lei 13.445/207); ou provisória, concedida ao migrante criança ou adolescente que tenha fixado residência em território nacional antes de completar dez anos de idade (art. 70 da Lei de Migração que ampliou a faixa etária para a concessão).

A lei não pode estabelecer distinção entre brasileiro nato e naturalizado, no entanto, são válidas as diferenças estabelecidas taxativamente no próprio texto constitucional, destacando-se a impossibilidade de extradição para o nato.

Por outro prisma, deve-se atentar ao fato de que o brasileiro, ainda que nato, pode perder a sua nacionalidade, mas desde que observadas as regras previamente estabelecidas.

Consoante o §4º do art. 12 da CRFB/88, a perda da nacionalidade do brasileiro será declarada quando praticar atividade nociva ao interesse nacional, cancelada a naturalização por sentença judicial, a partir de um processo em que se assegure o contraditório e a ampla defesa. Trata-se de perda-sanção, aplicável apenas aos brasileiros naturalizados. Nesse caso, a reaquisição da nacionalidade se dá por meio de ação rescisória, não havendo possibilidade de novo processo de naturalização.

Há também a perda-mudança, que ocorre nos casos de aquisição de outra nacionalidade. Assim, quando não se trata de nacionalidade originária reconhecida por lei estrangeira ou quando não há imposição de naturalização como condição de permanência no território estrangeiro ou para o exercício de direitos civis também haverá a sua perda. Essa pode ser aplicada tanto ao brasileiro naturalizado quanto ao nato, por meio de um processo administrativo que tramita no Ministério da Justiça. A perda é efetivada por meio de decreto presidencial, assim, o pedido de re aquisição deve ser dirigido ao Presidente da República.

3. Extradução

A extraditção é medida de cooperação jurídica internacional em matéria penal em que se concede (extraditção passiva) ou solicita (extraditção ativa) a entrega de pessoa nos casos de condenação criminal definitiva ou para fins de instrução processual penal em curso (art. 81 da Lei nº 13.445/2017).

Trata-se, portanto, de auxílio recíproco entre Estados para realização de atos que interessem à jurisdição estrangeira na esfera criminal, o que se torna exigível em um contexto de redução de distâncias e conseqüente aumento da mobilidade de pessoas.

O Supremo Tribunal Federal é o órgão originariamente competente para julgar pedido de extraditção por Estado estrangeiro, assim, fará um juízo de delibação ou de contenciosidade limitada e não exauriente, apenas verificando a observância dos requisitos constitucionais e legais (regularidade extrínseca).

O juízo de delibação consiste em avaliação, pelo STF, de cumprimento formal dos requisitos constitucionais, convencionais e legais que autorizam a extraditção. Não visa verificar a culpa do extraditando, pois é um contencioso de legalidade no qual a defesa apontará eventuais ausências de requisitos essenciais no procedimento extraditcional. ^[1]

Assim, a defesa do extraditando não poderá questionar o mérito da acusação, obstando que seja discutida a justiça da decisão e eventuais direitos porventura violados no Estado requerente. Situação que se manifesta em sentido oposto ao §1º do art. 5º da CRFB/88, uma vez que a aplicabilidade dos direitos fundamentais tem incidência indireta ou mediata, sob a justificativa de proteção à soberania estatal.

(...) não é mais cabível, hoje, que um Estado alegue, na defesa de suas condutas violatórias de direitos humanos, que a proteção de direitos humanos faz parte de seu domínio reservado, e que eventual averiguação internacional (mesmo que mínima) da situação interna de direitos humanos ofenderia sua soberania.^[2]

Conforme art. 5º, LI, da CRFB/88, o brasileiro nato não poderá ser extraditado (princípio geral da inextraditabilidade do brasileiro), por outro lado, o naturalizado poderá ser extraditado quando tenha praticado crime comum antes da naturalização ou, independentemente do momento, no caso de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei.

A Constituição da República de 1988, apesar de já reconhecer a existência de um Estado Democrático de Direito, fez questão de anunciar a proibição de ser o estrangeiro extraditado por crime político ou de opinião (art. 5º, LII, da CRFB/88), para que não se reavive o antigo hábito de perseguição aos inimigos.

Quando se fala em cooperação jurídica internacional penal, o ordenamento jurídico interno exige a observância de alguns critérios como respeito a sua opção política processual penal para que sejam considerados direitos essenciais à pessoa mesmo que em outro Estado. Desse modo, ainda que haja colisão entre os sistemas nacionais envolvidos, tenta-se realizar a colaboração com o fim de proteção geral da ordem pública. Nos termos da Lei 13.445/2017:

Art. 82. Não se concederá a extradição quando:

I - o indivíduo cuja extradição é solicitada ao Brasil for brasileiro nato;

II - o fato que motivar o pedido não for considerado crime no Brasil ou no Estado requerente;

III - o Brasil for competente, segundo suas leis, para julgar o crime imputado ao extraditando;

IV - a lei brasileira impuser ao crime pena de prisão inferior a 2 (dois) anos;

V - o extraditando estiver respondendo a processo ou já houver sido condenado ou absolvido no Brasil pelo mesmo fato em que se fundar o pedido;

VI - a punibilidade estiver extinta pela prescrição, segundo a lei brasileira ou a do Estado requerente;

VII - o fato constituir crime político ou de opinião;

VIII - o extraditando tiver de responder, no Estado requerente, perante tribunal ou juízo de exceção; ou

IX - o extraditando for beneficiário de refúgio, nos termos da [Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997](#), ou de asilo territorial.

Para que se conceda a extradição, o crime deve ter sido cometido no território do Estado requerente ou que sejam suas leis penais aplicáveis e deve estar o extraditando respondendo a processo investigatório ou a processo penal ou ter sido condenado pelas autoridades judiciárias do Estado requerente a pena privativa de liberdade (art. 83 da Lei de Migração).

A extradição é vista como medida de prevenção da criminalidade, assim como de combate à impunidade, de modo que os Estados tentam

uma aproximação dos seus sistemas e o estabelecimento de promessa de reciprocidade na ausência de tratado específico.

4. A decisão do Supremo Tribunal Federal

A 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal decidiu que; se um brasileiro nato que mora nos Estados Unidos e já possui *Green Card (United States Permanent Resident Card)*, mas, ainda assim, adquire a nacionalidade norte-americana e tem declarada a perda da nacionalidade brasileira; poderá ser extraditado (MS 33864/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 19/04/2016 – Info 822 e Ext 1462/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 28/03/2017 – Info 859).

O Supremo entendeu que essa situação não se enquadra na exceção prevista no art. 12, §4º, II, b, da CRFB/88, tendo em vista que não houve imposição de naturalização como requisito para permanência no território estrangeiro ou para o exercício de direitos civis, já que, com o *Green Card*, o estrangeiro já podia residir e trabalhar livremente nos EUA, de modo que não se fazia necessária a aquisição dessa outra nacionalidade, configurando, portanto, perda-mudança.

Assim sendo, o brasileiro nato que, mesmo após a obtenção do *Green Card*, requer a nacionalidade estrangeira, em caso de cometimento de crime, poderá ter a sua extradição concedida, por entender a Suprema Corte que a situação ora analisada não viola a disposição constitucional de que “nenhum brasileiro será extraditado” (art. 5º, LI, da CRFB/88).

Isso porque, declarada a perda da nacionalidade, em virtude de aquisição de nacionalidade estrangeira por livre e espontânea vontade, o indivíduo deixa de ser brasileiro nato. Assim, se cometer um crime e voltar ao Brasil, poderá ser extraditado.

No caso analisado, concluído o processo administrativo e declarada a perda da nacionalidade, foi autorizada a extradição por parte do STF, haja vista o preenchimento dos requisitos legais, condicionando o envio da extraditanda à não aplicação de penas proibidas no ordenamento

brasileiro, respeitando o limite temporal e aplicando a detração pelo tempo em que presa no Brasil.

A decisão do Supremo é relevante, pois tratou de uma questão constitucional que envolve um direito fundamental que concretiza o Estado Democrático de Direito e, por consequência, não se restringe a uma relação jurídica que envolve apenas partes restritas.

Nessa conjuntura, destaca-se que não se torna suficiente a estrita observância das regras que regem o procedimento de extradição, uma vez que, considerando a força irradiante dos direitos fundamentais, é imprescindível a leitura das normas infraconstitucionais à luz da Constituição.

A força normativa da Constituição e de seus direitos fundamentais impõe-se, então, exigindo a releitura dos processos cooperacionais, mesmo os mais tradicionais (v.g., a extradição), para que sejam acatados os valores, o conteúdo e a força vinculante dos direitos fundamentais. ^[3]

Assim, apesar da decisão do STF ter seguido a linha de aplicação da teoria mediata dos direitos fundamentais, quando se trata de processo extradicional, é relevante considerar as consequências decisórias e fazer uma análise interpretativa a partir de direitos constitucionalizados.

Isso porque, também nas relações internacionais, a partir do diálogo entre sistemas, deve-se respeitar o conteúdo mínimo dos direitos humanos exigido nas relações (teoria do limite dos limites).

5. Conclusão

O direito de ter uma nacionalidade é realmente um direito fundamental do indivíduo e, portanto, exige a proteção estatal, devendo a situação de apatridia ser evitada. Nesse contexto, verifica-se o exercício da soberania de cada Estado na sua regulamentação como forma de conter interferências externas abusivas aos seus nacionais.

Por outro lado, cumpre observar o surgimento de relações entre pessoas e Estados distintos, mas cada vez mais interligados, fazendo surgir uma ordem jurídica supranacional na tentativa de, apesar das peculiaridades, garantir a observância de direitos mínimos exigíveis a uma vida digna.

Nessa conjuntura, é relevante elucidar que a cooperação internacional não significa desrespeito à soberania, nem a sua relativização, mas sim a sua reafirmação, haja vista o seu compartilhamento e ajuda mútua na resolução de conflitos, a partir da concordância dos Estados.

É que, com essa colaboração, os interesses internos de cada Estado são protegidos na tentativa de impedir que a transposição de fronteiras seja meio de garantir a inaplicabilidade da ordem jurídica. No entanto, essa defesa interna não pode justificar uma visão limitadora dos direitos fundamentais, mas sim assegurar o cumprimento dos direitos humanos, ainda mais quando se tem conteúdo mínimo de matriz internacional a ser observado.

Nesse contexto, a extradição é medida essencial para que o Estado não se torne guardião de criminosos, mas sem afastar a exigência de que os direitos devem ser preservados no seu processamento.

Na análise do procedimento de extradição realizado pelo Supremo Tribunal Federal, verifica-se a aplicabilidade mediata dos direitos fundamentais, o que se pode ver quando se faz uma análise não exauriente da decisão, a partir do juízo de delibação, não podendo constatar, sequer, se a prova obtida pelo Estado requerente fora obtida por meios lícitos.

Quando se fala em extradição, a Constituição veda a sua incidência aos brasileiros natos. No entanto, o próprio texto constitucional permite a perda da nacionalidade de brasileiros natos quando adquire outra que não seja de forma originária ou para garantir a sua permanência e exercício de direitos civis no estrangeiro.

Assim, entendeu o Supremo Tribunal Federal que a aquisição de outra nacionalidade quando já se podia viver e trabalhar livremente é por livre e espontânea vontade, ensejando a perda da nacionalidade brasileira.

A interpretação constitucional da Suprema Corte se deu no sentido de que se o brasileiro nato perde a nacionalidade poderá ser extraditado, não havendo violação ao art. 5º, LII, da CRFB/88. Nesse caso, importante ressaltar que, apesar das decisões do STF caminharem no sentido da tradição de incidência indireta dos direitos fundamentais nas medidas cooperativas internacionais como a extradição, a Corte atua como intérprete máximo da Constituição e o seu agir deve estar coadunado às próprias normas limitadoras de sua atuação.

6. Referências Bibliográficas

ABADE, Denise Neves. *Direitos fundamentais na cooperação jurídica internacional: extradição, assistência jurídica, execução de sentença estrangeira e transferência de presos*. São Paulo: Saraiva, 2013.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado: Incluindo Noções de Direitos Humanos e Direito Comunitário*. 9. ed. rev., atual. e ampl. – Salvador: JusPODIVM, 2017.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

NOTAS:

[1] RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 608.

[2] RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 92.

[3] ABADE, Denise Neves. *Direitos fundamentais na cooperação jurídica internacional: extradição, assistência jurídica, execução de*

sentença estrangeira e transferência de presos. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 84.

DA APLICABILIDADE DO BENEFÍCIO LEGAL DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL AO PRODUTOR RURAL

LÍVIA ANTUNES CAETANO: Juíza Substituta do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná Bacharel em Direito pela Universidade Salgado de Oliveira Especialista em Direito Privado pela Universidade Federal Fluminense e Especialista. Pós-graduada pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Especialista em Treinamento em Residência Jurídica pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: O presente artigo objetiva analisar a viabilidade da concessão do benefício da recuperação judicial ao produtor rural, considerando a relevância da atividade rural para economia nacional, com destaque para a (im)possibilidade de inserção de créditos anteriores ao registro do produtor junto ao órgão competente no plano de recuperação. Para tal desiderato serão apresentadas breves considerações sobre a figura do empresário rural e sobre a possibilidade de concessão do benefício da recuperação judicial a este, com a indicação dos requisitos necessários para tanto e, em um segundo momento, tratar-se-á sobre os créditos passíveis de serem abrangidos, ou não, pelo plano de recuperação judicial, perpassando pela análise das controvérsias doutrinária e jurisprudencial existentes acerca do tema, inclusive no âmbito do Colendo Superior Tribunal de Justiça, tendo em vista que a inclusão de créditos anteriores ao registro do produtor no órgão competente no plano de soerguimento pode acarretar grave violação a segurança jurídica e a boa-fé objetiva.

Palavras-chave: Recuperação judicial. Empresário rural. Soerguimento. Créditos abrangidos. Patrimônio de afetação. Divergência. Superior Tribunal de Justiça.

Sumário: Introdução. 1. Do empresário rural e da crise da empresa. 2. A transparência do plano de recuperação judicial como elemento fundamental para o sucesso do projeto de soerguimento. 3. Dos créditos

sujeitos à recuperação judicial do produtor rural: questões controversas.
Conclusão. Referências.

Introdução

Concebida há mais de dez anos, a Lei de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência (L.R.F.) veio suplantando o defasado Decreto Lei n. 7.661/1945, o qual havia sido editado em um contexto social no qual o crédito não ultrapassava os limites da relação obrigacional, ou seja, um cenário em que a insolvência do empresário não gerava grande repercussão no mercado. O instituto da recuperação judicial buscou conferir concretude aos preceitos constitucionais de atendimento à função social da propriedade e de estímulo ao desenvolvimento da atividade econômica, na medida em que a tutela da empresa enquanto organismo social é fundamental para o desenvolvimento da base econômica nacional.

Instaurou-se no ordenamento jurídico pátrio, a partir de então, uma nova forma de pensar o instituto, em que o foco primordial deixava de ser a mera satisfação dos credores e se deslocava para um patamar mais amplo, qual seja: a proteção jurídica do mercado, o qual, desenvolvendo-se de modo sadio, potencialmente atuaria em benefício da sociedade como um todo e propiciaria o crescimento econômico do país, conferindo real colorido à função social da empresa, uma vez que o processo de recuperação judicial se destina, não apenas a contribuir para que a empresa atingida por uma crise econômica ou financeira possa superar o momento de dificuldade, mas, sobretudo, a preservar os vínculos trabalhistas, a cadeia de fornecedores e a fonte de renda do próprio Estado, fatores estes com os quais a Lei n. 11.101/2005 entabula verdadeira relação simbiótica.

Contudo, por se tratar de um processo complexo e que envolve interesses divergentes, o sucesso da recuperação exige a plena harmonização dos direitos de cada um dos atores envolvidos no processo. O comando informador da recuperação passa a ser o da cooperação, ou seja, relegar o interesse pessoal em benefício do interesse da coletividade, ao menos em tese.

Sabe-se que em tempos de crise global, a recuperação judicial se torna tema recorrente e é o que vem se verificando na prática, dada a sua utilização com maior frequência pelo jurisdicionado. Outrossim, mesmo após o decurso de mais de uma década desde o surgimento do instituto da recuperação nos moldes em que hoje é concebido, inúmeras questões estão sendo, ainda que de modo insatisfatório, dirimidas e de, certo modo, pacificadas pelo Superior Tribunal de Justiça; outras, no entanto, ainda surgem para desafiar os operadores do direito.

A questão da viabilidade da recuperação judicial para o produtor rural está, de forma incontestável, inserida dentro destes novos desafios, uma vez que em regiões nas quais a principal atividade econômica é a desenvolvida por estes, a manutenção de empregos, a arrecadação de tributos, a circulação de riquezas e o cumprimento da função social da propriedade rural circundam o exercício desta atividade, que possui especial relevância para a economia nacional.

1. Do empresário rural e da crise da empresa

No cenário apresentado exsurge como diretriz a necessidade de real e aprofundada compreensão das causas da crise enfrentada pelo devedor, a ponto de se poder exigir deste uma maior transparência e uma maior lealdade no que concerne aos motivos que o levaram a pleitear a recuperação judicial, bem como os fundamentos de fato e de direito que o fazem acreditar na possibilidade de superação da crise, pois, somente assim, os credores poderão construir um plano coletivo e buscar a solução que melhor atenda aos interesses de todos, pondo de lado a análise do interesse de cada um dos agentes econômicos isoladamente.

O produtor rural, conceituado como aquele que exerce, de forma habitual, profissional e com o intuito de obter lucro, atividade rural – que, por sua vez, é aquela que envolve a produção e a circulação de bens e serviços de natureza agrícola, pecuária, agroindustrial e extrativa, assim como qualquer outro agente econômico, está sujeito às leis de mercado e às crises delas decorrentes. Assim, a inquietação propulsora deste exercício do pensamento busca perquirir se o produtor rural que exerce

atividade empresarial pode fazer jus à recuperação judicial, nos moldes previstos pela Lei n. 11.101/2005.

O Código Civil de 2002 conferiu a esse agente econômico tratamento privilegiado, na medida em que possibilita o exercício de sua atividade sem o registro empresarial correspondente, porém, lhe faculta a equiparação à figura do empresário caso o registro no órgão competente venha a ser efetivado, observando-se o regramento do art. 971 do diploma legal em comento. O que se questiona, no entanto, é se seria possível que, após realizar a inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis de sua sede, o produtor rural, agora equiparado ao empresário, venha a requerer a sua recuperação judicial, incluindo-se, no benefício legal os créditos oriundos de relações negociais entabuladas antes da data de sua inscrição no registro competente. Essa indagação é o tema central deste escrito e sua relevância consiste, justamente, na importância da atividade rural sobre o setor econômico estratégico para a economia, o que equivale a dizer que o setor agrícola merece a tutela estatal, não obstante seja prudente dirimir de que forma ela se dará sem desprestígio à segurança jurídica.

Sabidamente, não será toda e qualquer atividade econômica necessariamente amparada pela LRF, mas tão somente aquela exercida de forma empresarial, sendo que o elemento organização será aferível a partir da constatação da articulação de índole profissional por aquele que a exerce (empresário ou sociedade empresária) dos fatores de produção (capital, mão de obra, insumos e tecnologia), em busca da aferição de lucro. Evidenciado o preenchimento de tais elementos, poderá, então, o produtor rural, efetivar a sua inscrição no registro competente e ser equiparado ao empresário sujeito à registro para todos os efeitos.

Antônio Rodrigo Candido Freire^[1] se vale do Estatuto da Terra para definir o conceito de empresa rural e, a teor do que dispõe o art. 4º ^[2], VI, da Lei 4.504/1964, assevera que a empresa rural é a unidade de produção pela qual são exercidas as atividades costumeiras rurais, culturais e agrícolas com a finalidade de obtenção de renda.

A Constituição da República Federativa do Brasil assegura o direito à livre iniciativa, de modo que toda pessoa pode desenvolver atividade profissional organizada e almejar o lucro, força motriz do sistema capitalista. Contudo, não raras vezes, o espírito empreendedor, por diversos fatores, pode resultar em um fardo pesado, melhor dizendo, a atividade econômica pode não prosperar e, assim, causar prejuízo para os trabalhadores, para o fisco e para os credores, razão pela qual cabe ao Estado avaliar se vale a pena prestar a tutela estatal à essa sociedade empresária ou empresário, tendo em conta os benefícios econômicos-sociais que podem advir de sua continuidade em exercício.

Contudo, para que a intervenção estatal e o sacrifício de direitos sejam justificados e, assim, a atividade empresarial possa vir a superar o momento desfavorável ao seu regular desenvolvimento, como dito, é imprescindível a correta identificação da natureza do problema, bem como as suas causas, ou seja, constatar, de forma segura, a espécie de crise que acomete a empresa, haja vista que, a depender das circunstâncias do caso concreto, a crise poderá se revelar em uma ou mais de suas vertentes, a saber: econômica, financeira ou patrimonial, sendo certo é que cada uma destas situações reclamará uma tutela específica e ausência de constatação acurada poderá acarretar o agravamento da situação já desfavorável ao produtor rural.

O Ministro do Superior Tribunal de Justiça (S.T.J.), Luis Felipe Salomão,^[3] esclarece sobre o tema:

Uma crise econômica se verifica, por exemplo, com a retração do negócio. Quando cai em desuso a marca que o empresário revende ou o insumo que ele fornece, ou ocorre qualquer outra causa que conduz a queda nas vendas, então a sociedade atravessa uma crise econômica. A turbulência pode ser segmentada, no setor em que atua, ou pode ser generalizada. A crise financeira é diferente, denominada “crise de liquidez”, ou seja, o empresário ou sociedade empresária não tem como honrar os seus

compromissos, porque há quebra do fluxo entre receita e despesa e há mais gastos do que créditos. O terceiro e último tipo de crise é a patrimonial, caracterizada pela insolvência, vale dizer, passivo maior que o ativo. O diagnóstico rápido das crises é fundamental para que a empresa possa se reerguer.

Sob outra perspectiva, a crise pode estar relacionada com questões de natureza externa ou interna. O aperto da liquidez das instituições financeiras; a redução das tarifas alfandegárias; a liberação das importações; as mudanças nas políticas cambial, fiscal e creditícia; a criação de impostos extraordinários; o surgimento de novos produtos; a queda da cotação dos insumos agrícolas por influência do mercado internacional; a retração do mercado consumidor; as altas taxas de juros; o inadimplemento dos devedores, entre outras causas, todas identificadas como sendo causas externas.

Em contrapartida, a origem do problema pode ser de ordem interna, tal como o abalo e a quebra da *affectio societatis* entre os sócios; o capital inadequado para o objeto social; as escolhas equivocadas sobre as possibilidades de mercado; a falta de profissionalização da administração e mão-de-obra não qualificada; a produtividade abaixo da esperada; o excesso de imobilização de ativos e de estoques; a obsolescência dos equipamentos, entre outras. Esse é o entendimento defendido por Fábio Ulhoa Coelho^[4]:

Se o empreendedor avalia estar ocorrendo retração geral da economia, quando, na verdade, o motivo da queda das vendas está no atraso tecnológico do seu estabelecimento, na incapacidade de sua empresa competir, as providências que adotar (ou que deixar de adotar) podem ter o efeito de ampliar a crise em vez de combatê-la.

Nota-se, portanto, que a investigação das causas da deficiência no funcionamento da empresa permite deliberar pela melhor resposta para o caso e analisar se esta é apta a propiciar o seu soerguimento, já que, por exemplo, uma crise patrimonial pode

ser transitória, consoante o exemplo ofertado por Fábio Ulhoa Coelho^[5]:

O patrimônio líquido negativo pode significar apenas que a empresa está passando por uma fase de expressivos investimentos na ampliação de seu parque fabril, por exemplo. Quando concluída a obra e iniciada as operações da nova planta, verifica-se o aumento de receita e de resultado suficiente para afastar a crise patrimonial. [...] No fim do século XX, por exemplo, com o início da difusão do comércio eletrônico via internet, muitas empresas que realizavam incipientes negócios pela rede mundial de computadores, registravam prejuízos consideráveis e ostentavam patrimônio líquido acentuadamente negativo foram, apesar desses indicativos clássicos de crise, negociadas por milhões de dólares. Se confirmadas, no futuro as estimativas de lucratividade do comércio eletrônico que embasaram a avaliação dessas empresas, o preço terá sido vantajoso para quem o pagou.

Em adição a isto, esmiuçar as causas da crise permite que os atores nesta envolvidos possam deliberar no sentido de que o soerguimento da empresa não seria viável e de que o caminho menos oneroso será, em tal hipótese, o encerramento da atividade, com a imediata liquidação do ativo, a fim de minimizar o prejuízo dos credores, uma vez que a Lei n. 11.101/2005, em sua lógica e em seu razoável propósito, não visa assegurar que atividades inaptas continuem a serem desenvolvidas no mercado.

Bem por isso, tem-se, como principal desafio da Lei de Regência, encontrar o perfeito equilíbrio entre o interesse social, a satisfação dos interesses dos credores e o respeito aos direitos do devedor, em especial quando se tratar do produtor rural. Isso porque, segundo a Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil, o setor agropecuário liderou a economia brasileira em 2016, com participação ativa no PIB, tendo registrado um aumento de seu percentual de colaboração de 21,5% para 23% e representou,

ainda, 48% das exportações totais do país.^[6] Já ano de 2017, o protagonismo ganhou ainda mais destaque na medida em que, segundo dados coletados pelo IBGE, o PIB da agropecuária cresceu 13,4% apenas no primeiro trimestre, a maior alta em mais de 20 anos, alavancando a economia brasileira depois de oito trimestres seguidos de queda. Soma-se a isto o fato de que o Brasil, como produtor rural, ocupa o primeiro lugar no mundo em produção de café, cana-de-açúcar, laranja e bovinos, além do segundo e terceiro lugares, respectivamente, na produção de soja (2º), milho (3º), suínos (3º) e equinos (3º).^[7]

Registra-se, ainda, porque relevante, o posicionamento de Rachel Sztajn^[8], para quem as atividades rurais ou agrícolas de plantação ou criação de animais são tradicionalmente consideradas não mercantis pela estreita ligação com a propriedade imobiliária. Outrossim, considerando a expansão do chamado agronegócio, essa premissa tem passado a ser questionada, haja vista que a importância da propriedade do imóvel rural, como verdadeira representação da riqueza, acaba por perder espaço diante da exploração econômica das áreas rurais nas quais a produtividade em si tem grande importância.

A otimização do sistema de produção agrícola decorrente do surgimento de novas técnicas busca agregar valor ao produto e, assim, propiciar lucro expressivo, o que impõe a reflexão sobre a sutil distinção entre a figura do produtor rural que atua na qualidade de pessoa natural (em regime de agricultura familiar) e a figura do empresário rural no exercício de uma sociedade empresária; o primeiro é excluído do regime empresarial, ao passo que o segundo pode ser beneficiado com o instituto da recuperação judicial.

2. A transparência do plano de recuperação judicial como elemento fundamental para o sucesso do projeto de soerguimento

O processo de recuperação judicial poder ser compreendido, sem qualquer sombra de dúvida, como um jogo no qual os agentes envolvidos são seus jogadores, cada qual com um interesse distinto e conflitante. Não à toa, a doutrina e a jurisprudência buscam entender e explicar o instituto por meio da Teoria dos Jogos^[9].

Toma-se como argumento, o jogo de soma zero, idealizado no fim da década de vinte por Jonh Von Neumann, que se resume na seguinte assertiva: o que um jogador ganha o outro perde ou ambos nada ganham[10].

Predomina na recuperação judicial, principalmente na ocasião do conclave (AGC), o caráter heterogêneo dos interesses envolvidos, à exceção de um único interesse que se mostra convergente, qual seja: o intento de mitigação de perdas por parte de todos os credores envolvidos. De certo, o cenário para o devedor é um tanto quanto árduo, porquanto ao arquitetar o plano de soerguimento de sua empresa, o devedor terá a difícil missão de convencer os envolvidos a agirem de forma cooperativa, tendo como argumento persuasivo a ideia de que a aprovação do plano apresentado será a melhor escolha, em detrimento da possível decretação de sua falência.

Nota-se, por isso, que a composição da assembléia geral de credores é fracionada pela lei com base na natureza dos créditos no que diz respeito à votação[11] e à ordem de pagamento disposta no art. 83[12]. A L.R.F., portanto, estabelece classes de credores conforme a natureza do crédito e as peculiaridades de cada um destes, os quais terão similaridade de vantagens entre si dentro da mesma categoria e desvantagens em detrimento de categorias distintas.

Por essa razão, ganha importância ímpar a forma de elaboração do plano de recuperação, haja vista que o plano é o meio de compreensão do próprio estado deficitário da empresa e de como este poderá ser superado. Essa compreensão deve ser, necessariamente, tangível para os credores de todas as classes, uma vez que, sob a perspectiva dos credores, o plano representa uma renegociação dos contratos, embora cada classe de créditos tenha uma visão distinta acerca dessa renegociação.

Assim, caso o devedor omita informações e não aja com a máxima transparência durante toda a tramitação do processo, certamente não terá êxito em persuadir os agentes econômicos a aderirem ao projeto de recuperação da empresa. Acrescenta-se, neste ponto, que a transparência

é um dos pilares da governança corporativa, de modo que quanto mais transparente uma empresa for, maior será a probabilidade de angariar, novamente, a confiança dos credores, os quais, em conjunto com o devedor, unir-se-ão em prol de um objetivo comum: a recuperação da sociedade empresária.

Eliane Lustosa^[13], reforça esse argumento e acrescenta que a transparência vai além da obrigação de informar, pois consiste, em verdade, num direito subjetivo de todos os interessados em acessar as informações que lhes são relevantes, não sendo apenas aquelas impostas por leis ou regulamentos, dando origem, assim, a um ambiente de confiança, tanto nas relações internas como nas relações com terceiros. Não por acaso, a doutrina sustenta que o plano de recuperação judicial é a peça de maior importância na recuperação judicial, uma vez que este possibilita aos credores sujeitos ao processo de recuperação judicial que examinem e avaliem as diretrizes econômico-financeiras e administrativas propostas pelo devedor e, assim, adiram à proposta não por benevolência, mas por acreditarem ser esta a melhor tomada de decisão para a solução do litígio.

3. Dos créditos sujeitos à recuperação judicial do produtor rural: questões controversas

Certo é que o art. 49 da L.R.F. assevera que estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, mesmo que não vencidos, o nos que remete à ideia da figura do litisconsórcio passivo unitário, não obstante a própria lei afaste a incidência da recuperação sobre os créditos de natureza fiscal, garantidos fiduciariamente, decorrentes de arrendamento mercantil, entre outros, não os sujeitando ao concurso de credores, à luz do art. 49, §§ 3º e 4, da LRF.^[14]

Não há a menor dúvida quanto a *mens legis*, cujo propósito nuclear, à toda evidência, é o prestígio do coletivo em detrimento do individual.

O patrimônio jurídico em si é um conjunto de bens, direitos e obrigações de cunho econômico ou não^[15], ou seja, toda pessoa natural

ou jurídica, necessariamente, será detentora de um patrimônio, ainda que desprovido dos elementos ativo ou passivo.

Extraí-se dessa assertiva a existência de uma universalidade atribuída à uma pessoa, o que, no entanto, não significa afirmar que cada pessoa só poderá ter um único patrimônio, sendo esta a posição da doutrina moderna em detrimento da doutrina clássica, que defendia a individualidade do patrimônio de cada pessoa.

Ocorre que, em determinadas situações, pode, o titular do patrimônio, no intento de atender a um fim determinado, destinar parcela deste à criação de patrimônios separados do seu próprio; sendo certo que essa afetação pode surgir, também, por força de lei, tal como ocorre no caso da afetação patrimonial na compra de imóveis na planta (Lei n. 10.931/2004), dos bens gravados com hipoteca e o do patrimônio da pessoa jurídica.

No caso específico da concessão da recuperação judicial ao produtor rural, o tema ganha certa relevância frente a uma circunstância peculiar, que reclama cautela ao interpretar a literalidade da lei em relação aos créditos sujeitos à recuperação judicial, e que consiste na possibilidade de que parte das obrigações do devedor, elemento constitutivo de seu patrimônio, tenha sido constituída em período no qual ele não se enquadrava como empresário regular em virtude da ausência do registro junto ao órgão competente, motivo pelo qual o crédito oriundo de sua atividade, assim como determinados bens vinculados a esta, não poderiam, em tese, ser abarcados pelo plano de recuperação judicial.

Vejamos o seguinte exemplo: determinado devedor atua no ramo agrícola e firma com seus parceiros comerciais uma série de obrigações na qualidade de pessoa física ou natural durante anos, porém, acaba por se tornar inadimplente, vindo a ser executado judicialmente por seus credores. O feito executório se arrasta por anos, pois o devedor opõe resistência à satisfação dos créditos por meio do exercício do direito de ação, até que os seus bens vêm a ser penhorados e estão na iminência de expropriação por atuação do estado-juiz.

Contudo, decorridos anos desde a instauração da crise de inadimplemento que deu ensejo ao feito executivo, por estar na iminência de vir os seus bens expropriados, o devedor decide registrar-se nos moldes previstos pelo art. 971 do CC, equiparando-se ao empresário regular, e, assim, após o transcurso do biênio legal,^[16] requer o deferimento do processamento de sua recuperação judicial, incluindo no bojo deste feito aqueles créditos inadimplidos na relação nominal de credores (art. 51, III, ^[17] da LRF), de modo que, na hipótese de deferimento do processamento da recuperação judicial, a ação de execução será suspensa por força do disposto no art.6º^[18] da LRF.

Imagine-se, ainda, em data anterior ao nascimento da ideia de regularização, o patrimônio do devedor, em seu aspecto negativo, possua débito totalmente desvinculado da atividade agrícola por ele ora desenvolvida, por exemplo, crédito originado da inadimplência de contrato firmado para a aquisição de veículo esportivo.

Enriquecendo ainda mais o exemplo, suponha-se que o devedor, ao pleitear o deferimento do processamento da recuperação, em razão da ausência de disposição legal expressa nesse sentido, deixe de individualizar os bens essenciais ao desenvolvimento da atividade empresarial, porém, inclua no feito, sem exceção, todos os seus ativos. Nesse caso, a garantia da satisfação de suas obrigações particulares restará prejudicada, na medida em que os ativos componentes de seu patrimônio geral são blindados em detrimento do direito subjetivo de credores não ligados à atividade por ele desenvolvida.

Com base no exemplo, é forçoso admitir que não soa razoável permitir a inclusão de tais créditos na relação dos credores, pois, à toda evidência, no caso do empresário rural, existem dois patrimônios distintos, sendo que o marco desta distinção se dá com o registro na junta comercial, considerada a sua natureza jurídica constitutiva, segundo a doutrina majoritária.

Uma possível solução para o impasse seria a adoção da teoria da afetação, conforme proposto por Caio Mário Pereira da Silva,^[19] haja vista que, por meio desta teoria, seria admissível a separação ou a divisão do

patrimônio do devedor, com base no encargo imposto a certos bens que são disponibilizados para determinado fim específico. Logo, a afetação não resulta na disposição do bem, ou seja, na sua saída do patrimônio do sujeito devedor, mas, acarreta, tão somente, a sua imobilização em função de uma finalidade determinada. Essa segregação patrimonial atenderia aos anseios da sociedade por segurança jurídica e teria por fundamento, em primeiro lugar, a atribuição ou reserva de certos bens à uma exclusiva destinação, de maneira que fiquem excluídos de outra finalidade, mesmo que esta não venha a ser alcançada.

Assim, a reserva de um determinado núcleo de bens a certo grupo de credores, de modo que estes possam almejar a satisfação de seus créditos, com exclusão dos outros credores, que ficariam impedidos de deduzir pretensões que recaiam sobre o acervo afetado e, com isso, somente poderiam satisfazer eventuais créditos de modo subsidiário e, se necessário, sobre os bens restantes de propriedade do devedor. [20]

Entretanto, para admitir como possível a tese da existência de dois patrimônios pertencentes à uma mesma pessoa, com a conseqüente afetação de parcela dele para determinada finalidade, far-se-ia necessário estabelecer o marco temporal desta divisão patrimonial, razão pela qual se acentuou a controvérsia sobre a obrigatoriedade (ou não) da inscrição do empresário rural na junta comercial e sobre a natureza jurídica deste ato.

A L.R.F., por sua vez, em seu art. 48, estabeleceu como condição para o deferimento do processamento da recuperação judicial a comprovação, pelo postulante, no momento do pedido, do exercício regular de suas atividades há mais de dois anos, o que será tido como cumprido mediante a juntada de certidão emitida pela Junta Comercial da sede da empresa.

Quanto à razão de ser da exigência do lapso temporal de dois anos, oportunas as palavras de Waldo Fazzio Júnior [21] :

Justifica-se a exigência do registro bienal, para que não se prodigalize o instituto da recuperação judicial, com sua concessão prematura a empresas recém-constituídas. Não existisse o interstício legal,

como bem pondera Nelson Abrão (1997:331), “surgiram da noite para o dia, como cogumelos, aqueles que se estabeleceram na véspera para, no dia seguinte, sob o beneplácito da lei, propor-se a liquidar os seus débitos na base de cinqüenta por cento”.

Na mesma linha de entendimento, Renato Buranello^[22] defende a exigência prevista no art. 48 da LRF como verdadeira forma de obstar a utilização do instituto por devedores mal-intencionados:

É notório que uma crise empresarial não surge de forma abrupta, repentina. Trata-se de um processo contínuo de endividamento e dificuldade em honrar seus compromissos, até alcançar um momento em que o empresário ou mesmo a empresa não possui mais condições de continuar suas atividades sem que haja reestruturação de suas dívidas. Transportando este pensamento para a atividade rural, é amplamente sabido que esta atividade está sujeita a diversos fatores que estão fora do controle do produtor, como o excesso de chuvas, pragas, doenças, seca, dentre outros fatores que podem ser determinantes para o sucesso ou insucesso da produção, bem como risco de, por exemplo, flutuações de preço das commodities, já que precificadas nas bolsas de mercadorias e futuros. Contudo, a quebra de uma safra, por exemplo, não é capaz de imediatamente decretar um estado de crise da empresa, principalmente para produtores rurais que diversificam sua produção e movimentam grandes volumes financeiros. A necessidade de ingressar com um pedido de recuperação judicial não decorre, portanto, de um fato isolado, mas sim de uma conjunção de fatores de longo prazo, por vezes imprevisíveis, que acarretaram na delicada situação econômica de uma empresa. Neste sentido, o prazo

de 2 (dois) anos imposto pelo art. 48 da Lei 11.101/2005 tem como objetivo principal evitar que este instituto seja utilizado por devedores mal-intencionados, que demonstram incapacidade em gerir a atividade.

O argumento é coerente. A consolidação da empresa não ocorre do dia para a noite. A conquista da clientela, a fixação do ponto comercial, o desenvolvimento de uma técnica, entre outros, são fatores construídos com o tempo de atuação da empresa, ou seja, o que a lei busca é assegurar a aplicação do instituto para empresas já consolidadas no mercado.

Cabe pontuar, ainda, que ao se deparar com o pedido, o juiz, enquanto tutor da lei, deve coibir eventual desvio de finalidade da recuperação, consistente no abuso de direito de empresário que peça a abertura do processo, sem que de fato esteja em dificuldades financeiras que justifiquem a medida extrema.^[23] Logo, o produtor rural atuante sem registro há mais de dois anos e que, ainda assim, venha a requerer o favor legal, potencialmente, subverteria o instituto da recuperação judicial, de maneira que o julgador deverá se atentar a isso no momento da avaliação do pedido de processamento da recuperação.

A celeuma, no entanto, vai além da exigência do biênio legal. Isso porque pode, o produtor rural, exercer a atividade nos moldes do art. 966 do CC, sem, no entanto, proceder ao registro, dada a faculdade que lhe é outorgada pela lei (art. 971 CC). Desta ilação, surge grande divergência jurisprudencial quanto à exigência ou não da averbação no registro de empresas para a legitimação do pedido de processamento da recuperação judicial e para a sua concessão ao produtor rural. Essa situação é bem aclarada por Manoel Justino Bezerra Filho^[24]:

A questão torna-se curiosa, porém, quando se imagina a situação do ruralista (pessoa ou sociedade simples) que exerce comprovadamente tal atividade durante vários anos, sem inscrição na Junta Comercial e que, optando e fazendo a inscrição,

ajuíza pedido de recuperação judicial, antes que complete o prazo de dois na conta da inscrição. O melhor entendimento é aquele que aceita soma dos anos anteriores á inscrição, durante os quais houve comprovadamente a atividade rural de que fala o art. 971 do CC, para que se tenha por completado o período de dois anos. Como anotado no item “1” acima, a razão que impede a concessão de recuperação judicial para empresário com menos de dois anos, ou seja, inabilidade tão acentuada que em tão pouco tempo leve á situação de crise a desaguar no pedido de recuperação, aqui não ocorre. No campo da realidade fática, este empresário rural já preencheu prazo superior a dois anos no exercício da atividade, a qual não sofreu qualquer mudança no mundo real, pois apenas houve mudança no mundo real, pois apenas houve mudança na conceituação jurídica da mesma atividade de civil para empresário, que decorreu da inscrição efetuada. Não haveria assim razão para impedir a concessão do pedido de recuperação pelo óbice do art. 48. Insista-se neste ponto que é fundamental para o exame, ou seja: a atividade já estava sendo ‘regularmente’ exercida por prazo superior a dois anos.

Renato Buranello^[25] ressalta a importância da publicidade do ato de registro como razão justificadora de sua imposição, ou seja, a averbação instrumentaliza o princípio da segurança jurídica, na medida em que quem contrata com o devedor terá meios de saber com quem está a contratar. Observe-se:

A referida imposição se justifica como requisito imprescindível à atuação regular do empresário, de forma a garantir a conservação e a total e ampla publicidade dos atos de constituição, transformação e extinção, seja da figura do empresário individual ou mesmo do coletivo (ou sociedade empresária),

conferindo-se, dessa forma, conhecimento geral e irrestrito às suas características essenciais para qualquer terceiro interessado em celebrar negócios com este, gerando, assim, maior segurança advinda da divulgação de tais informações.

Assiste total razão o autor, tendo em vista que a Lei de Registro Público de Empresas Mercantis - Lei n. 8.934/1994, tem como uma de suas finalidades assegurar a publicidade, a segurança e a eficácia dos atos jurídicos das empresas mercantis submetidas a registro, como se extrai do art. 1º, I, [26] do referido diploma legal. O art. 29 da lei em comento, por sua vez, autoriza que qualquer pessoa, sem a necessidade de provar interesse, formule pedido de consulta aos registros existentes no órgão de registro e obtenha certidão do teor do ato. [27] Essa linha de pensar ganhar relevo frente ao que dispõe o art. 1.154 do CC [28], que reza que o ato sujeito ao registro, ressalvadas disposições especiais da lei não pode, antes do cumprimento das respectivas formalidades, ser oposto a terceiro, salvo prova de que este o conhecia.

A doutrina de Sérgio Campino [29] reforça a tese favorável a obrigatoriedade da inscrição do empresário rural, ao que deve ser somado o cumprimento do biênio legal, a fim de que possa ser deferida em seu favor a recuperação:

No momento do ajuizamento de seu pedido, necessita o devedor empresário demonstrar que exerce de forma regular a sua atividade em prazo maior que dois anos. A prova prima facie a ser produzida resulta na exibição, pelo empresário individual, de certidão passada pela Junta Comercial de sua inscrição e, pela sociedade empresária, de igual certidão de registro de seu contrato social ou estatuto, conforme o caso. Em face dessa exigência legal, estão proibidos de requerer recuperação judicial os denominados empresários de fato ou irregulares, expressão consagrada para aqueles que exercem a atividade sem registro, muito embora passíveis de

falência. [...] Da conclusão insta, portanto, salientar a situação especial do empresário rural. Consoante os art.s 971 e 984 do Código Civil de 2002, é a ele facultado, seja pessoa natural ou jurídica, requerer sua inscrição no Registro Público de Empresas de sua sede, caso em que, depois de inscrito, ficará equiparado ao empresário sujeito a registro para todos os efeitos legais. Mesmo que há mais de dois anos viesse de fato exercendo sua atividade econômica em moldes empresariais, somente poderá fazer uso do pedido de recuperação judicial se o seu registro na Junta Comercial distar de mais de dois anos, sem o que não estaria atendida a condição legal do exercício regular da atividade.

Como afirma Ricardo Negrão, o preceito insculpido nos arts. 1º e 48 da Lei n. 11.101/2005 obstat a concessão dos benefícios desta aos empresários individuais e às sociedades empresárias que não exerçam regularmente suas atividades por período superior a dois anos. Dito isso, não sendo atendido o que determina o art. 976 do Código Civil, restará configurado o impedimento legal para que o produtor rural irregular postule a sua recuperação judicial ou a homologação do plano de recuperação.[\[30\]](#)

Fábio Ulhoa Coelho não destoa desse entendimento, posicionando-se favoravelmente ao registro do produtor como condição necessária para a admissão e processamento da ação de recuperação:[\[31\]](#)

Deste modo, o exercente de atividade rural que, ao enfrentar dificuldades, vai ao Registro Público de Empresas Mercantis requerer a inscrição como empresário visando ingressar, em seguida, com o pedido de recuperação judicial, não terá direito a esta. Em síntese, o exercente de atividade rural, seja pessoa física ou jurídica, só tem direito à recuperação judicial se já estiver inscrito no Registro Público de Empresas Mercantis há pelo menos dois anos.

A preocupação tem razão de ser, pois é isso o que vem se apurando na prática forense. A título de exemplo, a Câmara Especializada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo expôs bem essa divergência por ocasião do julgamento do Agravo de Instrumento nº 2049452-91.2013.8.26.0000, ao admitir o processamento da recuperação judicial para um produtor rural que não cumprira o biênio legal imposto pelo art. 48 da Lei n. 11.101/2005, ressaltando, ainda, a irrelevância do argumento levantado pela parte contrária quanto à proximidade entre o pedido de recuperação e a data do arquivamento do registro:

(...) Requerimento por produtores rurais em atividade por prazo superior àquele de 2 (dois) anos exigido pelo art. 48, caput, da Lei nº 11.101/2005, integrantes de grupo econômico na condição de empresários individuais respaldados pelos arts. 966 e 971 do Código Civil e/ou de sócios das sociedades coautoras. Legitimidade reconhecida. Irrelevância da alegada proximidade entre as datas de ajuizamento do feito e das prévias inscrições dos produtores rurais como empresários individuais na Junta Comercial do Estado de São Paulo. Firme entendimento jurisprudencial no sentido de que a regularidade da atividade empresarial pelo biênio mínimo estabelecido no supramencionado dispositivo legal deve ser aferida pela constatação da manutenção e continuidade de seu exercício, e não a partir da prova da existência de registro do empresário ou ente empresarial por aquele lapso temporal. Manutenção do deferimento do processamento da demanda[32].

Dissentido desse entendimento, o Tribunal de Justiça de Mato Grosso, para quem a configuração jurídica de empresário se faz com o cumprimento do biênio legal após o registro, apresentam-se os seguintes precedentes:

RECUPERAÇÃO JUDICIAL – PRODUTORES RURAIS – AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DOS

ARTS. 48 E 51 DA LEI N. 11.101/2005 – INSCRIÇÃO NA JUNTA COMERCIAL POR PERÍODO INFERIOR A DOIS ANOS – AGRAVO PROVIDO. Para que o pedido de recuperação judicial logre êxito, o autor deve comprovar, dentre outros requisitos, a sua condição jurídica de empresário antes da propositura da ação, por meio de inscrição na junta comercial há mais de dois anos, apresentando na oportunidade os demais documentos exigidos. Inteligência dos arts. 51, II, V, e 48, caput, da lei n. 11.101/2005. [33]

RECURSO DE AGRAVO REGIMENTAL OU INTERNO (ART. 1.021, DO NCPC) - RECUPERAÇÃO JUDICIAL - EMPRESÁRIO RURAL E PESSOA JURÍDICA - COMPROVAÇÃO DE PRÉVIA INSCRIÇÃO NA JUNTA COMERCIAL POR MAIS DE 02 (DOIS) ANOS - NECESSIDADE - CARÁTER CONSTITUTIVO DA CONDIÇÃO DE EMPRESÁRIO - PRECEDENTE STJ - RAZÕES QUE NÃO INFIRMAM OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA - RECURSO DESPROVIDO. Se as razões do agravo regimental ou interno (art. 1.021, do NCPC) não infirmam os fundamentos da decisão agravada, de rigor o desprovimento do recurso. Conforme já decidiu o STJ, para o processamento de pedido de recuperação judicial de empresário rural, a prévia inscrição na Junta Comercial é indispensável, dada sua natureza constitutiva da condição de empresário. [34]

A representar bem essa dicotomia relativa ao registro, apresentam-se dois precedentes do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, em que pese o fato de que estes sejam aparentemente contraditórios entre si. De um lado, a decisão proferida no AREsp nº 896.041-SP, em 12/05/2016, de relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze [35], na qual, segundo o relator, a ausência de registro não importa em irregularidade da atividade rural,

tendo em vista que a averbação não é obrigatória para o empresário rural, conforme faculta o art. 971 do CC, como se observa:

A inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis não é Condição imprescindível para a concessão do benefício da recuperação judicial a produtores rurais. Isso porque, apesar de a Lei 11.101/05, em seu art. 48, impor que o devedor, para se beneficiar da recuperação judicial, demonstre o exercício regular de suas atividades há mais de dois anos, o empresário rural, de acordo com o art. 971 do CC, não estão obrigado a inscrever-se no Registro Público de Empresas Mercantis. Além disso, sabe-se que a qualidade jurídica de empresário não é conferida pelo registro, mas sim pelo efetivo exercício da atividade profissional, consoante o enunciado 98 da III Jornada de Direito Civil. Assim, como a inscrição do empresário rural no registro de empresas não é obrigatória, o exercício de suas atividades não pode ser tido por irregular em virtude, unicamente, da inexistência do registro. Acrescente-se ainda a necessidade de se dispensar tratamento diferenciado e simplificado ao empresário rural, de modo a facilitar a continuidade e a manutenção de suas atividades, conforme disposto no art. 970 do CC.

Em sentido contrário, cita-se a decisão monocrática oriunda do pedido de atribuição de efeito suspensivo a Recurso Especial (Petição nº 11.460 – MT), da lavra do Ministro Marco Buzzi,[\[36\]](#) datado de 20/05/2016:

Cinge-se, portanto, a controvérsia, em delimitar se o fornecedor agrícola que exerce suas atividades por prazo superior há dois anos e que não esteja inscrito no Registro Público de Empresas Mercantis, tem o direito à recuperação judicial, preenchendo os requisitos exigidos nos arts. 1º e 48, caput, da Lei n.º 11.101/2005. Como é sabido, o agricultor somente

será equiparado, para os efeitos legais à figura de empresário, em atendimento às formalidades contidas no art. 968 do Código Civil, se requerer sua inscrição na Junta Comercial. Caso não o faça, por sua livre escolha, estará submetido ao regime jurídico comum do Código Civil e, ainda que exerça atividade rural com proveito econômico, não será considerado empresário (arts. 971 e 984 do CC/02). [...] Atento a esta realidade, o Código Civil de 2002 reservou para o exercente de atividade rural um tratamento específico (art. 971). Se ele requerer sua inscrição no registro das empresas (Junta Comercial), será considerado empresário e submeter-se-á às normas de Direito Comercial. Esta deve ser a opção do agronegócio. Caso, porém, não requeira a inscrição neste registro, não se considera empresário e seu regime será o do Direito Civil.

A propósito, tramita atualmente na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n. 7.158/2017, de autoria do Deputado Federal Eduardo da Fonte, pelo qual se objetiva alterar a redação do § 2º do art. 48 da LRF, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, para exigir o período mínimo de 1 (um) ano de registro para que a pessoa física ou jurídica que exerça atividade rural venha a requerer a sua recuperação judicial. Vê-se que este projeto de lei configura verdadeira norma-resposta pela qual o legislador objetiva eliminar uma lacuna ou negação no que se refere à determinada matéria ante a ausência de previsão legal.

Outra divergência que circunda o tema vem a ser a questão da natureza jurídica do registro. Sendo voto vencido no REsp 1193115/MT, Ministra Nancy Andrighi^[37] sustentou em sua argumentação a natureza jurídica declaratório do registro, senão vejamos:

É importante destacar que ao contrário do que ocorre com o empresário mercantil (art. 967 do CC) o empresário cuja atividade rural constitua sua principal

*profissão **não está obrigado a inscrever-se** no Registro Público de Empresas Mercantis, segundo texto expresso do art. 971 do CC. Ademais, ainda que a lei exija do empresário, como regra, inscrição no Registro de Empresas, convém ressaltar que sua qualidade jurídica não é conferida pelo registro, mas sim pelo efetivo exercício da atividade profissional. Não por outro motivo, entende-se que a natureza jurídica desse registro é declaratória, e não constitutiva*[\[38\]](#)

Em sentido oposto, o Ministro Marco Aurélio Bellizze expôs o seu entendimento, em voto que prevaleceu, nos seguintes termos:

O empresário rural, cuja inscrição é facultativa, ao optar pelo assentamento de sua atividade junto ao Registro Público de Empresas Mercantis, passa a ser considerado legalmente empresário, alterando a partir deste ato seu status perante o ordenamento jurídico, logo, sua inscrição deve ser considerada como constitutiva e não declaratória, nos termos do Enunciado n.º 202, do Conselho da Justiça Federal, aprovado na III Jornada de Direito Civil ("O registro do empresário ou sociedade rural na Junta Comercial é facultativo e de natureza constitutiva, sujeitando-o ao regime jurídico empresarial").[\[39\]](#)

O entendimento não está consolidado no âmbito jurisprudencial em razão da divergência apresentada, em que pese a doutrina especializada defender, majoritariamente, a natureza constitutiva do registro neste caso especial, o que, por sua vez, vem ganhando força na jurisprudência pátria.

Milita favoravelmente à obrigatoriedade da inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis, ainda, o fato de que o terceiro que contrata com o produtor rural ter o direito de saber com quem esta a contratar. A norma civilista pretendeu assegurar a transparência, de

maneira que as partes contratantes tenham total ciência de seus direitos e obrigações, riscos e chances desde o primeiro momento.

Por esta razão é que se mostra tão relevante a prova do registro e a identificação de sua natureza jurídica, haja vista que estes delimitam o marco temporal entre o empresário rural que exerce a atividade de modo regular e irregular, sem prejuízo do efeito retroativo do ato de registro e, não menos importante, do regime jurídico aplicável ao caso. Isso porque, caso se repute declaratório, o registro, este será mera formalidade e seus efeitos retroagirão ao tempo da averbação, permitindo, assim, a inclusão de créditos constituídos antes do registro – que não significaria, no entanto, hipótese de regressão ao infinito, já que seria necessário e prudente que o devedor provasse a sua atividade empresarial por outros meios de modo a estabelecer o início do exercício regular da empresa.

De outro turno, sendo reconhecido, o ato de registro, como constitutivo, este produzirá efeitos *ex nunc*, de modo que apenas os créditos surgidos após a formalização do registro estariam sujeitos ao processo de recuperação. Embora a lei não seja clara a ponto de eliminar tal dúvida, o art. 1.151, § 2º, [\[40\]](#) do CC, aduz que qualquer documento levado à junta comercial terá seu registro considerado válido e eficaz, surtindo os efeitos almejados a partir da sua concessão, ou seja, subentende-se que o legislador reconheceu a natureza constitutiva do registro.

Aqui rememora-se o que havia dito o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino à respeito de sua preocupação com a criação de perigoso precedente jurisprudencial, pois, em 09 de agosto de 2017, o Tribunal de Justiça de São Paulo, [\[41\]](#) em decisão proferida pelo Desembargador Carlos Dias Motta, em caso concreto no qual a controvérsia cingia-se a legitimidade de credor com crédito constituído em data anterior ao registro do produtor rural figurar no plano de recuperação, acabou-se por afastar o referido crédito da recuperação. Destacam-se, a seguir, trechos essenciais do acórdão, para a elucidação do ponto em discussão. Inicialmente o relator destaca o registro como um direito potestativo do agricultor:

(...) reconhecendo a regularidade da atividade econômica rural (profissional e organizada) mesmo sem registro, mas possibilita que opte por se sujeitar ao regime jurídico empresarial por equiparação, a partir do registro na Junta Comercial. Registro empresarial, neste caso específico da atividade rural, que é, portanto, um direito potestativo.

Ato contínuo, este refuta o efeito retroativo do registro no caso do produtor rural:

Produtor rural que opta por não se inscrever, presume-se, está optando por algum benefício que aufera com o não registro e, conseqüentemente, com a condição de não empresário, da mesma forma aquele que opta por se inscrever. Opção de se inscrever que não pode ter efeitos retroativos para prejudicar credores que concederam o crédito na vigência do regime não empresarial. Assim, para fins de análise dos créditos existentes em face dos recuperandos, entende-se que o registro dos exercentes de atividade rural na Junta Comercial tem caráter constitutivo, pois, apesar de o produtor rural ter a faculdade de se registrar (ou não) na Junta Comercial para se tornar empresário por equiparação (art. 971 do CC), a sua opção de se inscrever não pode ter efeitos retroativos para prejudicar credores que concederam o crédito na vigência do regime não empresarial.

Para o julgador, o produtor rural não pode se valer de dois regimes jurídicos distintos, aproveitando o melhor que cada qual oferece, principalmente, para evitar a criação de um terceiro regime jurídico prejudicial a quem contrata com ele, sem ter em mente ou mesmo cogitar essa hipótese:

Dito doutro modo, não se admite que um crédito analisado e concedido à pessoa não empresária (atividade econômica rural) possa se sujeitar à recuperação judicial somente porque aquela pessoa

se registrou para ser equiparado a empresário em momento posterior. O exercente de atividade rural pode, por ato de vontade, aderir ou não ao regime jurídico empresarial. O que não se admite, porém, é que possa se valer, cumulativamente e no mesmo período, do que há de melhor nos regime pretérito (vantagens do regime não empresarial) e atual (recuperação judicial, exclusiva do regime jurídico empresarial art. 1º da Lei nº 11.101/05, ainda que por equiparação), criando um terceiro regime não previsto em lei (lex tertia) e, conseqüentemente, imprevisto pelos credores, que sequer cogitavam, na ocasião, da possibilidade de ter seu crédito sujeito a relevantes alterações.

Apresentou-se, então, a solução para o caso em apreço, qual seja, admitir tão somente os créditos constituídos após o registro:

Dito isso, há que se interpretar o alcance do art. 49 da Lei nº 11.101/05 à luz das peculiaridades do tratamento especial dado à atividade rural, de modo que devem ser incluídos na recuperação judicial do empresário rural somente aqueles débitos contraídos dentro do regime empresarial, vale dizer, após o registro perante a Junta Comercial, quando se fez a opção pela transmutação do regime jurídico.

Todavia, a conclusão apresentada não se fundou na ideia da existência de dois patrimônios distintos, tal como defendido neste trabalho, mas em razão outra, senão vejamos:

Registre-se que o posicionamento que ora se adota não equivale a dizer que o patrimônio da pessoa natural e do empresário individual se distinguem. Não se nega que, realmente, registro do exercente de atividade rural não cria uma nova personalidade, distinta da pessoa física, nem separa patrimônios. Assim, a distinção que se faz não é patrimonial, mas quanto ao regime jurídico a que se submete o exercente de atividade rural no momento

da constituição do crédito, para fins de concursabilidade ou não. Quem contrata com um empresário sabe, ou deveria saber, qual é o regime jurídico incidente sobre aquela relação jurídica; se o regime incidente for o empresarial, é de se prever a possibilidade de sujeição do crédito a eventual recuperação judicial ou falência. Entretanto, quem contrata com um não empresário espera, legitimamente, não estar sujeito ao regime empresarial e, por consequência, não se sujeitar à recuperação judicial.

Malgrado a contribuição da decisão para o tema pelo fato de ter enfrentado a questão de modo inovador à luz da particularidade do caso concreto, enriquecendo o debate sobre a temática, sustenta-se que a solução da lide se mostrou insuficiente, uma vez que aquele que se socorre do Poder Judiciário não pode obter resposta de mérito que o coloque em situação jurídica mais gravosa do que aquela que o motivou a pleitear a tutela jurisdicional.

Não fosse assim, de que serviria a decisão de não sujeição daquele credor ao processo de soerguimento se, de fato, não existe patrimônio a ser buscado por ele a fim de satisfazer o seu crédito pela via da execução forçada? Para responder a esta indagação, apresenta-se e reforça-se, novamente, a tese da necessidade da afetação do patrimônio. Nesse sentido, a lição de Humberto Theodoro Junior^[42]:

Sabe-se que o devedor, embora vinculado à obrigação, não pode ser física e corporalmente compelido a cumpri-la. Mas seu patrimônio fica sempre sujeito a sofrer a ação do credor, caso o crédito não seja devidamente satisfeito. Nota-se, destarte, um desdobramento da obrigação em dois elementos distintos: a) um de caráter pessoal, que é a dívida (“Schuld”); e b) outro de caráter patrimonial, que é a responsabilidade (“Haftung”) e que se traduz na sujeição do patrimônio a sofrer a sanção civil.

Desta feita, não é à toa que o art. 789 da Lei 13.105/2015 dispõe que todos os bens do devedor, leia-se, a versão positiva de seu patrimônio, presentes e futuros - à exceção dos legalmente impenhoráveis, respondem pelas obrigações deste que se encontrarem em execução. O prescritivo reproduz a norma do art. 589 da Lei 8.869/1973 e reflete a ruptura com a tradição romano- germânica tendente a impor a responsabilidade pessoal do obrigado[43].

É possível extrair do prescritivo legal a norma segundo a qual todo o patrimônio do devedor responde pela satisfação de suas obrigações, porém, subsiste certa divergência quanto ao momento do nascimento da responsabilidade. Para Teori Albino Zavascki, o marco inicial da responsabilidade e da sujeição patrimonial[44], a partir da leitura da cláusula “presentes e futuros”, é o início do processo executivo, e não a constituição da obrigação. Em oposição a esse entendimento, defende Cândido Dinamarco[45] que o termo *a quo* a ser utilizado é a data da constituição da obrigação, segundo uma leitura teleológica do dispositivo, de maneira que somente os bens componentes do patrimônio do devedor no momento em que foi constituída a obrigação servirão à satisfação da obrigação.

Apresentada a divergência ainda não pacificada, certo é que se inexistente patrimônio, não seria útil ao credor ter o seu crédito afastado da ação de recuperação judicial, pois, não havendo separação do patrimônio do devedor no momento do pedido de processamento da recuperação, a execução individual restaria prejudicada quanto ao seu prosseguimento.

Essa é a razão pela qual entende-se que a decisão emanada do Tribunal de Justiça de São Paulo, ainda que acertada em certa medida, *data maxima venia*, se revela inócua, pois, ao acolher a pretensão do credor, acabou por colocá-lo em situação mais gravosa do que este estaria caso o seu crédito fosse incluído no processo de recuperação, em virtude da ausência de afetação do patrimônio para a execução forçada, que restaria desprovida do objeto instrumental[46] da atividade jurisdicional satisfativa (bens do devedor).

Disso resulta enorme prejuízo ao credor porque ao afastar o referido crédito e sobrevivendo à convalidação da recuperação em falência a teor do art. 73[47] da LRF, todo o patrimônio da massa seria arrecadado[48] e serviria à satisfação dos créditos elencados no quadro geral de credores consolidado.

Acerca da eficiência do instituto da recuperação, no ano de 2013 foi veiculada notícia pelo Estado de São Paulo, na qual se apresentou um balanço do instituto desde o início de sua vigência, e fora constatado que, em num universo de 4 mil pedidos, somente 1% das empresas que fizeram uso da recuperação saíram efetivamente recuperadas e apenas 54 continuaram as suas atividades de maneira regular[49], ao passo que 398 requerentes tiveram a sua falência decretada e a maioria dos demais processos se arrastam sem definição legal até hoje.

Em contrapartida, segundo estudo realizado pelo Serasa Experian, das 3.522 empresas em processo de Recuperação Judicial no período de junho de 2005 e dezembro de 2014, apenas 26,9% tiveram os seus processos encerrados, ou seja, apenas 946 companhias. Deste total, 728 tiveram a sua falência decretada e somente 218 companhias conseguiram voltar à ativa, enquanto os outros 73,1% - que representam o expressivo número de 2.576 empresas, ainda estão com processos em andamento nos tribunais.[50] Com a palavra sobre o tema, Jorge Lobo:[51]

Apenas 5% das quase 7 mil ações de “Recuperação Judicial da Empresa”, ajuizadas nos dez anos de vigência da Lei nº 11.101, de 2005 (LRFE), não foram convalidadas em falências, segundo esclarece o eminente Prof. Carlos Henrique Abrão, Desembargador do TJSP e fundador e presidente do “Instituto Nacional de Recuperação Empresarial”, com base em levantamento por amostras realizado por sua área técnica; as que se “salvaram”, foi à custa da extinção de postos de trabalho e dos direitos dos credores, que vão amargar receber o que lhes é devido em longuíssimo prazo, após concordarem em conceder substancial deságio no valor de face de

seus créditos (segundo dados da Corporate Consultig, a situação é ainda pior, eis que somente 1% de 4 mil empresas pesquisadas “saíram do buraco”).

Os números evidenciam, pois, a ineficiência do instituto quanto ao seu objetivo precípua, considerando os índices de falências decretadas e de processos que continuam em tramitação até o presente momento e, sobretudo, a baixa taxa de empresas efetivamente recuperáveis.

Conclusão

Diante das considerações expedidas neste articulado e do caso concreto analisado com maior acuidade, conclui-se que a prática tem demonstrado que, ao promover a exclusão do crédito da recuperação judicial, obstando-se a prática de atos de expropriação sobre o patrimônio do devedor ao pretexto da essencialidade dos bens para a recuperação da empresa, estaria, o Poder Judiciário, abstendo-se de tutelar o direito do credor prejudicado, ainda que tenha proferido decisão supostamente favorável a este, haja vista que submeter o restabelecimento do direito creditício à sorte e ao êxito do processo de soerguimento implica reconhecer a pouca probabilidade de uma resposta jurisdicional satisfativa para esse credor específico.

Como possível solução para o impasse, tem-se que o produtor rural aderente ao sistema jurídico empresarial poderia ter patrimônio próprio, formado exclusivamente para a consecução do objetivo social da atividade econômica por ele desenvolvida, tal como prevê o art. 988^[52] do CC, que reza que os bens e dívidas sociais constituiriam patrimônio especial, nada mais seria do que afetar parcela do patrimônio do produtor rural.

Na hipótese da recuperação judicial do empresário rural, portanto, a afetação patrimonial se apresenta como o caminho para desatar a problemática, de modo atender o maior número de interesses envolvidos. E, muito embora não possua relação direta com a questão em apreço, reputa-se conveniente registrar que, em 14 de julho de 2017, o Senado Federal aprovou o Projeto de Lei 212/15, que possibilita ao proprietário de imóvel rural decompor o seu patrimônio, afetando o imóvel rural como um

todo ou apenas parcela dele como forma de garantia de obrigações, em especial das Cédulas Imobiliárias Rurais.^[53] Em parecer da Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal, de relatoria do senador Acir Gurgacz, restou assim justificada a aprovação do projeto de lei:

A possibilidade de constituição de patrimônio de afetação pelo produtor rural, separando o bem dos demais integrantes do seu patrimônio, proporcionará a ele obter com mais facilidade e a um custo mais baixo financiamento destinado à sua atividade produtiva. A instituição do patrimônio de afetação significa que o terreno e as construções, os maquinismos, as instalações e as benfeitorias constantes do patrimônio separado não se comunicam ou se confundem com o patrimônio geral do produtor rural, tampouco com os demais patrimônios de afetação porventura constituídos. O patrimônio de afetação gerará maior segurança nas relações imobiliárias, já que o credor terá como garantia do seu investimento o bem constante do patrimônio separado. Espera-se que com a medida proposta os recursos destinados para a atividade rural sejam menos escassos e menos rígida a concessão de crédito para o setor. Sendo assim, o resultado almejado será mais desenvolvimento e progresso.^[54]

Contudo, por força da apresentação de emendas ao projeto, este foi remetido à Câmara dos Deputados para nova apreciação e votação. No que diz respeito à sua interação com a LRF, o projeto de lei em comento estabelece, ainda, em seu art. 5º, que os efeitos da decretação da falência ou da insolvência civil do proprietário somente atingirão o patrimônio de afetação constituído caso tenha havido registro no sistema de que trata o art. 19 do projeto. Como se vê, o projeto de lei silencia quanto à recuperação judicial. Fica, portanto, a dúvida acerca da inclusão ou não do

patrimônio de afetação no processo de recuperação judicial caso o projeto venha a ser aprovado e convertido em lei.

A proposta do presente artigo foi tão somente a de instigar o debate sobre as matérias controvertidas a respeito da aplicabilidade dos benefícios da LRF ao produtor rural, sem qualquer pretensão de esgotamento do tema ou de utilização da dúvida como forma de separar o verdadeiro do falso, abrindo o caminho para uma verdade indubitável, na medida em que, pelo exposto, nota-se que ainda é preciso evoluir muito, em termos legais, doutrinários e jurisprudenciais, com relação ao tema central apresentado.

Conclui-se que, no caso específico do produtor rural, os pedidos levados ao Poder Judiciário têm forçado o fornecedor, de um modo geral, a rever a sua política de concessão de crédito, ante a insegurança jurídica constatada, pois, é cediço que quem contrata tem o direito de saber com quem está contratando e qual será o regime jurídico aplicável a este.

A Lei n. 11.101/2005 serve como um norte para guiar a operacionalidade da recuperação judicial, sempre com vistas ao desígnio do instituto, que é viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor e, com isso, permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, assegurando, concomitantemente, a preservação da empresa, a observância de sua função social, bem como o estímulo ao desenvolvimento econômico do país.

Em atenção à segurança jurídica, a melhora exegese é aquela que impõe o registro ao empresário rural, não como formalidade necessária para a caracterização da atividade empresarial, mas, sim, como formalidade exigida por lei para o fim de equipará-lo ao empresário regularmente inscrito. Dessa maneira, ao optar por se manter sem a inscrição atinente à sua empresarialidade, o empresário rural acaba por aceitar, de forma tácita, que a sua atividade será doravante tutelada pelas normas de Direito Civil.

Ressalta-se que não se está a negar com essa assertiva a proteção ao produtor rural. Ao revés, como visto, este agente está inserido em setor econômico que compõe parcela significativa do

produto interno brasileiro, o que justifica a especial tutela estatal, pautando-se, a controvérsia, apenas, na inexistência de regra legal específica para a recuperação judicial do produtor rural não inscrito na junta comercial.

Observou-se que, para o sucesso da recuperação e para o cumprimento de sua finalidade, é necessário esmiuçar a causa do problema, motivo pelo qual o devedor deverá atuar com a máxima transparência desde o início até o final do processo, expondo de maneira específica a espécie de crise que o assolam e as medidas a serem tomadas para a eficaz superação desta, pois, somente assim os credores poderão aderir ao esforço coletivo, renunciando a parcela de seus respectivos créditos ou direitos em proveito de um ganho proporcional para toda a coletividade em razão do soerguimento da empresa, evitando-se o decreto falimentar.

Constatou-se que o registro como ato de formalização e que o biênio legal imposto pela L.R.F., no específico caso do produtor rural, tem razão de ser, na medida em que impõem limitações aos devedores não tão bem-intencionados, evitando, com isso, a desvirtuação do instituto com a sua concessão prematura a empresas recém-constituídas. Se assim não fosse, seria permitido pela lei que empresas surgissem da noite para o dia, se estabelecendo na véspera para, no dia seguinte, se valesse do benefício legal previsto na Lei n. 11.101/2005 para, pela via judicial, liquidarem seus débitos à base de setenta por cento, o que, à toda evidência, viola os princípios da boa-fé objetiva e da segurança jurídica, dentre outros.

Ademais, ainda, que registrado e cumprido o biênio legal, no caso da concessão ao empresário rural, a controvérsia ganha, ainda, novos contornos nebulosos, pois, como apontado, a lei não regula a contento a inclusão, ou não, dos créditos constituídos em período anterior ao registro no procedimento de recuperação judicial, motivo pelo qual, a interpretação literal da expressão da lei ao dispor que todos os créditos existente na data do pedido serão por ele abarcados pode, de modo temerário, resultar na regressão ao infinito, com a consequente admissão de todos os créditos

contraídos durante a vida negocial do produtor rural, inclusive no período que antecedeu ao registro.

Partindo da ideia de que o registro possuiria natureza constitutiva, tema ainda não pacificado na jurisprudência do S.T.J., seria, por esta razão, prudente que a lei previsse a possibilidade e/ou necessidade de afetação do patrimônio do devedor. O passar do tempo acarretou certa maturação da discussão pelos tribunais brasileiros, mas ainda carece de maiores elucidicações, a fim de que sejam, efetivamente, assegurados os direitos creditícios de terceiros em face do devedor produtor rural, como exposto no presente trabalho.

As soluções até o momento encontradas pela jurisprudência, em escassos precedentes, não parecem de todo razoáveis, em especial diante dos dados estatísticos que revelam que, do total de pedidos de recuperação deferidos desde a entrada em vigor da LRF, expressivo percentual não logrou êxito em se recuperar e retomar suas atividades, o que demonstra que o instituto não tem atingido ao fim almejado pelo legislador, sendo falho em diversos aspectos, motivo pelo qual a sugestão da afetação patrimonial, a princípio, se mostra como a forma mais adequada para a solução do entrave com atendimento aos interesses da maior parte dos envolvidos.

Premente é, pois, a adequação de projetos de lei já em curso ou mesmo a elaboração de novos projetos com o fito de viabilizar a afetação patrimonial ou de apontar solução legal diversa, mas eficaz, para o impasse apresentado, a fim de assegurar a continuidade do desenvolvimento da atividade produtiva rural – dada a sua especial relevância para a economia nacional, sem que se descuide da segurança jurídica e dos direitos daqueles que com este venham a contratar.

Referências

ASSIS. Araken. **Manual do Processo de Execução**. 8. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 399.

BITTAR, Carlos Alberto. **Curso de direito civil**. São Paulo: Fu Universitária, 1994. v. 1. p. 102-104.

BURANELLO, Renato; FAILLA, Wilson. **Regime Jurídico do Produtor Rural e instituto da recuperação judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016. p. 120.

BURANELLO, Renato. **Sistema Privado de Financiamento do Agronegócio: Regime Jurídico**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

BRASIL. Senado Federal. Parecer n. 1169 de 2015. Da comissão de assuntos sociais, sobre o Projeto de Lei da Câmara nº 84, de 2015 (nº 4.361/1998, na Casa de origem), que veda a publicação em jornais de anúncio de emprego sem a identificação da empresa contratante. Relator: Senador José Pimentel. **Diário do Senado Federal**, dez. 2015. Disponível em: . Acesso em 10 ago. 2017.

BRASIL. Senado Federal. Parecer s/n de 2016. Da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, sobre o Projeto de Lei da Câmara nº 212, de 2015 (Projeto de Lei nº 2.053, de 2015, na Câmara dos Deputados), do Deputado Roberto Balestra, que dispõe acerca da constituição de imóvel rural ou fração dele como patrimônio de afetação; institui a Cédula Imobiliária Rural – CIR; e dá outras providências. Relator: Senador Acir Gurgacz. **Gabinete Senador Acir Gurgacz**. Disponível em: . Acesso em: 06 set. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento 2049452-91.2013.8.26.0000. Cooperativa Agrícola Mista de Adamantina e Airtton Edgar Augusto e outros. Relator: José Reynaldo; Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de Cafelândia Vara Única; Julgado em 05 maio 2014. **DJe**, 03 jun. 2014. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=I TA&sequencial=1622918&num_registro=201700583409&data=20170814&formato=PDF>. Acesso em: 6 set. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso. Agravo de Instrumento. 100923/2014, Marcante e Marcante Ltda. Epp e Ana Flavia Pieniz Pawlina

e Outro. Relator: Carlos Alberto Alves da Rocha, Terceira Câmara de Direito Privado. Julgado em 17 dez. 2014, **DJe**, 27 jan. 2015. Disponível em: . Acesso em: 6 set. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso. AgR 94915/2016, Bom Jesus Agropecuária Ltda. e Outro e Bayer S.A. Relatora: Nilza Maria Pôssas de Carvalho, Primeira Câmara de Direito Privado, Julgado em 21 fev. 2017. **DJe**, 06 mar. 2017. Disponível em: . Acesso em: 6 set. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Cooperativa Agrícola Mista de Adamantina e Cafealcool Açúcar e Álcool Ltda. e outros. AResp nº 896.041 - SP (2016/0086265-2) Ministro : Marco Aurélio Bellizze. Julgado em 10 maio 2016. **DJe**, 12 maio 2016. Disponível em: . Acesso em: 6 set. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Jose Pupin Agropecuária e outra e Banco Original S.A. Petição nº 11.460 – MT. Ministro: Marco Buzzi. Julgado em 19 maio 2016. **DJe**, 20 maio 2016. Disponível em: . Acesso em: 6 set. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Orcival Gouveia Guimarães e Adhemar José Rigo - Espólio. REsp 1193115/MT, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Relator. p/ Acórdão Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, Julgado em 20 ago. 2013. **DJe**, 07 out. 2013. Disponível em: . Acesso em: 6 set. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Cooperativa Agrícola Mista de Adamantina e Cafealcool Açúcar e Álcool Ltda. e outros. AResp nº 896.041 - SP (2016/0086265-2) Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Julgado em 10 maio 2016. **DJe**, 12 maio 2016. Disponível em: . Acesso em: 6 set. 2017.

CAMPINHO, Sérgio. Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à lei de falência e de recuperação de empresas**. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 64.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Recuperação judicial no agronegócio**. In: BURANELLO, Renato Macedo; SOUZA, André Ricardo Passos de; PERIN JUNIOR, Ecio (Coords.). *Direito do Agronegócio: mercado, regulação, tributação e meio ambiente*. vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 730.

CNA – Confederação da Agricultura e pecuária do Brasil. **Agropecuária supera obstáculos e segue liderando a economia brasileira em 2016**. 2016. Disponível em: . Acesso em: 6 set. 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Malheiros, 2004. v.4. p. 35.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Lei de falência e recuperação de empresas**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FAZZIO JUNIOR, Waldo. **Lei de falência e recuperação de empresas**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.132.

FREIRE, Antônio Rodrigo Candido. **O produtor familiar rural e a autofalência**. JurisWay. 8 mar. 2011. Disponível em: FREITAS, Eduardo de. **Importância da Agropecuária Brasileira**. *Brasil Escola*. Disponível em: . Acesso em: 18 jul. 2017.

GAZZONI, Marina. **Só 1% das empresas sai da recuperação judicial no Brasil**. 2013. Disponível em: . Acesso em: 13 ago. 2017.

LOBO, Jorge. **O futuro da “Recuperação Judicial da Empresa”**. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 71, p. 109 - 112, nov. / dez. 2015.

LUSTOSA, Eliane. **Código das melhores práticas de governança corporativa**. São Paulo, 4ª Ed, 2009. Disponível em: . Acesso em: 15 set. 2017.

MESSINEO. Francesco. **Manual de derecho civil y comercial**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971. v. 2. p. 265.

NEGRÃO, Ricardo. **Aspectos objetivos da lei de recuperação de empresas e de falências**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 197.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 240.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI JÚNIOR, Irineu. **Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SALOMÃO, Luis Felipe; PENALVA, Paulo Santos. **Recuperação judicial, extrajudicial e falência: teoria e prática**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 10.

SERASA EXPERIAN. **Falências e Recuperações**. 2016. Disponível em: . Acesso em: 15 ago. 2017.

SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Processo de execução e cumprimento de sentença processo cautelar e tutela de urgência. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 163.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Art. 566 a 645. 2ª ed. São Paulo: RT, 2003. p. 248.

Notas:

[1] FREIRE, Antônio Rodrigo Candido. **O produtor familiar rural e a autofalência**. *JurisWay*. 8 mar. 2011. Disponível em:

[2] Art. 4º Para os efeitos desta Lei, definem-se: (...)

VI- "Empresa Rural" é o empreendimento de pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que explore econômica e racionalmente imóvel rural, dentro de condição de rendimento econômico... Vetado... da região em que se situe e que explore área mínima agricultável do imóvel segundo padrões fixados, pública e previamente, pelo Poder Executivo. Para esse fim,

equiparam-se às áreas cultivadas, as pastagens, as matas naturais e artificiais e as áreas ocupadas com benfeitorias;

[3] SALOMÃO, Luis Felipe; PENALVA, Paulo Santos. **Recuperação judicial, extrajudicial e falência: teoria e prática**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 10.

[4] COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à lei de falência e de recuperação de empresas**. 11 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 64.

[5] *Ibidem*, p. 65.

[6] CNA – Confederação da Agricultura e pecuária do Brasil. *Agropecuária supera obstáculos e segue liderando a economia brasileira em 2016*. 2016. Disponível em: . Acesso em: 6 set. 2017.

[7] FREITAS, Eduardo de. **Importância da Agropecuária Brasileira**. Brasil Escola. Disponível em: . Acesso em: 18 jul. 2017.

[8] SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

[9] RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. MODIFICAÇÃO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO APÓS O BIÊNIO DE SUPERVISÃO JUDICIAL. POSSIBILIDADE, DESDE QUE NÃO TENHA OCORRIDO O ENCERRAMENTO DAQUELA. PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA. ALTERAÇÃO SUBMETIDA À ASSEMBLEIA GERAL DE CREDORES. SOBERANIA DO ÓRGÃO. DEVEDOR DISSIDENTE QUE DEVE SE SUBMETER AOS NOVOS DITAMES DO PLANO. PRINCÍPIOS DA RELEVÂNCIA DOS INTERESSES DOS CREDORES E DA PAR CONDITIO CREDITORUM. 1. O legislador brasileiro, ao elaborar o diploma recuperacional, traçou alguns princípios, de caráter axiológico-programático, com o intuito de manter a solidez das diversas normas que compõem a referida legislação. Dentre todos, destacam-se os princípios da relevância dos interesses dos credores; *par conditio creditorum*; e da preservação da empresa, os quais são encontrados no art. 47 da Lei 11.101/2005. 2. Essa base principiológica serve de alicerce para a constituição da Assembleia Geral de Credores, a qual possui a atribuição de aprovar ou rejeitar o plano de recuperação judicial, nos moldes apresentados pelo Administrador Judicial da empresa recuperanda. 3. Igualmente, por meio da "Teoria dos Jogos", percebe-se uma interação estratégica entre o devedor e os credores, capaz de pressupor um consenso mínimo de ambos a respeito dos termos delineados no plano de recuperação

judicial. Essas negociações demonstram o abandono de um olhar individualizado de cada crédito e um apego maior à interação coletiva e organizada. 4. Discute-se, na espécie, sobre a modificação do plano originalmente proposto, após o biênio de supervisão judicial constante do art. 61 da Lei de Falências -, sem que houvesse o encerramento da recuperação judicial da empresa recuperanda. Ainda que transcorrido o prazo de até 2 anos de supervisão judicial, não houve, como ato subsequente, o encerramento da recuperação, e, por isso, os efeitos da recuperação judicial ainda perduram, mantendo assim a vinculação de todos os credores à deliberação da Assembleia. 5. Recurso especial provido (REsp 1302735/SP, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma. Brasília, 17 mar. 2016, DJe, 5 abr. 2016. Disponível em:. Acesso em: 6 set. 2017).

[10] RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI JÚNIOR, Irineu. **Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

[11] Art. 41. A assembléia-geral será composta pelas seguintes classes de credores:

I – titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho;

II – titulares de créditos com garantia real;

III – titulares de créditos quirografários, com privilégio especial, com privilégio geral ou subordinados.

IV - titulares de créditos enquadrados como microempresa ou empresa de pequeno porte.

§ 1º Os titulares de créditos derivados da legislação do trabalho votam com a classe prevista no inciso I do caput deste art. com o total de seu crédito, independentemente do valor.

§ 2º Os titulares de créditos com garantia real votam com a classe prevista no inciso II do caput deste art. até o limite do valor do bem gravado e com a classe prevista no inciso III do caput deste art. pelo restante do valor de seu crédito.

[12] Art. 83. A classificação dos créditos na falência obedece à seguinte ordem

I – os créditos derivados da legislação do trabalho, limitados a 150 (cento e cinquenta) salários-mínimos por credor, e os decorrentes de acidentes de trabalho;

II - créditos com garantia real até o limite do valor do bem gravado; III – créditos tributários, independentemente da sua natureza e tempo de constituição, excetuadas as multas tributárias;

IV – créditos com privilégio especial, a saber:

a) os previstos no art. 964 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002;

b) os assim definidos em outras leis civis e comerciais, salvo disposição contrária desta Lei;

c) aqueles a cujos titulares a lei confira o direito de retenção sobre a coisa dada em garantia;

d) aqueles em favor dos microempreendedores individuais e das microempresas e empresas de pequeno porte de que trata a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006

V – créditos com privilégio geral, a saber:

a) os previstos no art. 965 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002;

b) os previstos no parágrafo único do art. 67 desta Lei;

c) os assim definidos em outras leis civis e comerciais, salvo disposição contrária desta Lei;

VI – créditos quirografários, a saber:

a) aqueles não previstos nos demais incisos deste art.;

b) os saldos dos créditos não cobertos pelo produto da alienação dos bens vinculados ao seu pagamento;

c) os saldos dos créditos derivados da legislação do trabalho que excederem o limite estabelecido no inciso I do caput deste art.;

VII – as multas contratuais e as penas pecuniárias por infração das leis penais ou administrativas, inclusive as multas tributárias;

VIII – créditos subordinados, a saber:

a) os assim previstos em lei ou em contrato;

b) os créditos dos sócios e dos administradores sem vínculo empregatício.

[13] LUSTOSA, Eliane. **Código das melhores práticas de governança corporativa**. São Paulo, 4ª Ed, 2009. Disponível em: . Acesso em: 15 set. 2017.

[14] Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.

(...)

§ 3º Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.

4º Não se sujeitará aos efeitos da recuperação judicial a importância a que se refere o inciso II do art. 86 desta Lei.

[15] BITTAR, Carlos Alberto. **Curso de direito civil**. São Paulo: Fu Universitária, 1994. v. 1. p. 102-104.

[16] Art. 48. Poderá requerer recuperação judicial o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos e que atenda aos seguintes requisitos, cumulativamente:

[17] Art. 51

(...)

III – a relação nominal completa dos credores, inclusive aqueles por obrigação de fazer ou de dar, com a indicação do endereço de cada um, a natureza, a classificação e o valor atualizado do crédito, discriminando sua origem, o regime dos respectivos vencimentos e a indicação dos registros contábeis de cada transação pendente;

[18] Art. 6º A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário.

[19] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 240.

[20] MESSINEO, Francesco. **Manual de derecho civil y comercial**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971. v. 2. p. 265.

[21] FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Lei de falência e recuperação de empresas**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

[22] BURANELLO, Renato; FAILLA, Wilson. **Regime Jurídico do Produtor Rural e instituto da recuperação judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016. p. 120.

[23] FAZZIO JUNIOR, Waldo. **Lei de falência e recuperação de empresas**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.132.

[24] BEZERRA FILHO, op. cit. p. 157.

[25] BURANELLO, Renato. **Sistema Privado de Financiamento do Agronegócio: Regime Jurídico**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

[26] Art. 1º O Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins, subordinado às normas gerais prescritas nesta lei, será exercido em todo o território nacional, de forma sistêmica, por órgãos federais e estaduais, com as seguintes finalidades:

I - dar garantia, publicidade, autenticidade, segurança e eficácia aos atos jurídicos das empresas mercantis, submetidos a registro na forma desta lei;

[27] Art. 29. Qualquer pessoa, sem necessidade de provar interesse, poderá consultar os assentamentos existentes nas juntas comerciais e obter certidões, mediante pagamento do preço devido.

[28] Art. 1.154. O ato sujeito a registro, ressalvadas disposições especiais da lei, não pode, antes do cumprimento das respectivas formalidades, ser oposto a terceiro, salvo prova de que este o conhecia.

Parágrafo único. O terceiro não pode alegar ignorância, desde que cumpridas as referidas formalidades.

[29] CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

[30] NEGRÃO, Ricardo. **Aspectos objetivos da lei de recuperação de empresas e de falências**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 197.

[31] COELHO, Fabio Ulhoa. **Recuperação judicial no agronegócio**. In: BURANELLO, Renato Macedo; SOUZA, André Ricardo Passos de; PERIN JUNIOR, Ecio (Coords.). *Direito do Agronegócio: mercado, regulação, tributação e meio ambiente*. vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 730.

[32] BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento 2049452-91.2013.8.26.0000. Cooperativa Agrícola Mista de Adamantina e Airtton Edgar Augusto e outros. Relator: José Reynaldo; Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de Cafelândia Vara Única; Julgado em 05 maio 2014. **DJe**, 03 jun. 2014. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=I TA&sequencial=1622918&num_registro=201700583409&data=20170814&formato=PDF>. Acesso em: 6 set. 2017.

[33] BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso. Agravo de Instrumento. 100923/2014, Marcante e Marcante Ltda. Epp e Ana Flavia Pieniz Pawlina e Outro. Relator: Carlos Alberto Alves da Rocha, Terceira Câmara de Direito Privado. Julgado em 17 dez. 2014, **DJe**, 27 jan. 2015. Disponível em: . Acesso em: 6 set. 2017.

[34] BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso. AgR 94915/2016, Bom Jesus Agropecuária Ltda. e Outro e Bayer S.A. Relatora: Nilza Maria Pôssas de Carvalho, Primeira Câmara de Direito Privado, Julgado em 21 fev. 2017. **DJe**, 06 mar. 2017. Disponível em: . Acesso em: 6 set. 2017.

[35] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Cooperativa Agrícola Mista de Adamantina e Cafealcool Açúcar e Álcool Ltda. e outros. AResp nº 896.041 - SP (2016/0086265-2) Ministro: Marco Aurélio Bellizze. Julgado em 10 maio 2016. **DJe**, 12 maio 2016. Disponível em: . Acesso em: 6 set. 2017.

[36] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Jose Pupin Agropecuária e outra e Banco Original S.A. Petição nº 11.460 – MT. Ministro: Marco Buzzi. Julgado em 19 maio 2016. **DJe**, 20 maio 2016. Disponível em:

quencial=61171600&num_registro=201601416785&data=20160520>. Acesso em: 6 set. 2017.

[37] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Orcival Gouveia Guimarães e Adhemar José Rigo - Espólio. REsp 1193115/MT, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Relator. p/ Acórdão Ministro Sidnei Beneti, Terceira

Turma, Julgado em 20 ago. 2013. **DJe**, 07 out. 2013. Disponível em: . Acesso em: 6 set. 2017.

[38]. Ibidem, REsp 1193115/MT.

[39] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Cooperativa Agrícola Mista de Adamantina e Cafealcool Açúcar e Álcool Ltda. e outros. AREsp nº 896.041 - SP (2016/0086265-2) Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Julgado em 10 maio 2016. **DJe**, 12 maio 2016. Disponível em: . Acesso em: 6 set. 2017.

[40] Art. 1.151. O registro dos atos sujeitos à formalidade exigida no art. antecedente será requerido pela pessoa obrigada em lei, e, no caso de omissão ou demora, pelo sócio ou qualquer interessado.

(...)

§ 2º Requerido além do prazo previsto neste art., o registro somente produzirá efeito a partir da data de sua concessão.

[41] BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Impugnação de crédito. Recuperação judicial de empresários rurais. Acolhimento parcial da impugnação na primeira instância apenas para, mantida implicitamente a concursabilidade do crédito, reclassificá-lo como de natureza real. Agravo da credora impugnante. Recuperação judicial. Controvérsia acerca do preenchimento ou não dos requisitos para o deferimento da recuperação judicial. Questão que se encontra sub judice em primeira instância, nos autos da própria recuperação, em decorrência do quanto decidido nos agravos de instrumento nº 2024666-41.2017.8.26.0000 e 2054226-28.2017.8.26.0000. Ademais, a r. decisão agravada não versou sobre o processamento da recuperação judicial. Ausência de dialeticidade. Agravo não conhecido neste ponto. Crédito. Alegação de que o crédito teria sido concedido antes do registro dos empresários na Junta Comercial, quando eles se identificaram como pessoas físicas. Para ser considerada empresária, como regra geral, basta que a pessoa (física ou jurídica) exerça, profissionalmente, ou com habitualidade, atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Inteligência do art. 966 do CC. Questão diversa é a regularidade da atividade desse empresário, para a qual se exige prévia inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis (art. 967 do CC). Patrimônios da pessoa física e do empresário individual que, realmente, não se distinguem. Regimes jurídicos, entretanto, que se diferenciam. Crédito constituído e vencido antes do registro na Junta Comercial, quando a atividade econômica rural era regular, mas não estava, ainda, sob o regime

jurídico empresarial por equiparação. Art. 971 do CC que faculta a inscrição do exercente de atividade econômica rural perante o Registro Público de Empresas Mercantis, reconhecendo a regularidade da atividade econômica rural (profissional e organizada) mesmo sem registro, mas possibilita que opte por se sujeitar ao regime jurídico empresarial por equiparação, a partir do registro na Junta Comercial. Registro empresarial, neste caso específico da atividade rural, que é, portanto, um direito potestativo. Produtor rural que opta por não se inscrever, presume-se, está optando por algum benefício que auferir com o não registro e, conseqüentemente, com a condição de não empresário, da mesma forma aquele que opta por se inscrever. Opção de se inscrever que não pode ter efeitos retroativos para prejudicar credores que concederam o crédito na vigência do regime não empresarial. Recuperação judicial que muitas vezes impõe severos gravames aos credores. Quem contrata com um não empresário espera, legitimamente, não estar sujeito ao regime empresarial e, por conseqüência, não se sujeitar à recuperação judicial. Estivessem os agravados desde antes já inscritos na Junta Comercial, a agravante poderia, pelo menos em tese, ter analisado doutra forma, na sua esfera de subjetividade, a conveniência ou não da concessão do crédito, ou alterado, eventualmente, as condições, quanto, por exemplo, a garantias e taxas, de acordo com o que se espera do regime jurídico empresarial. Inclusão do referido crédito na recuperação judicial que caracterizaria um terceiro regime (lex tertia), imprevisto para os credores. Interpretação do art. 49 da Lei nº 11.101/05 à luz das peculiaridades do tratamento especial conferido pela lei ao empresário rural. Crédito constituído sob o regime não empresarial que não se submete à recuperação judicial, vantagem exclusiva daqueles que aderem ao regime jurídico empresarial (art. 1º da Lei nº 11.101/05). Inadmissibilidade do empresário se valer, cumulativamente, do que há de melhor no regime jurídico não empresarial, anterior ao registro, e no atual regime jurídico empresarial por equiparação. Credora agravante que votou contra o plano. Extensão da recuperação aos agentes econômicos em geral, e não apenas a empresários (ainda que por equiparação), que é de lege ferenda, nada podendo se antecipar a esse respeito. Agravo não conhecido em parte e, na parte conhecida, provido. Agravo de Instrumento 2028287-46.2017.8.26.0000; COPLANA - COOPERATIVA AGROINDUSTRIAL e Antonio Carlos Marchiori e outra. Relator Carlos Dias Motta; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de Jaboticabal - 2ª Vara Cível; Julgado em 09 ago. 2017; **DJe**, 11 ago. 2017. Disponível em: <>. Acesso em: 6 set. 2017.

[42] THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Processo de execução e cumprimento de sentença processo cautelar e tutela de urgência. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 163.

[43] ASSIS, Araken. **Manual do Processo de Execução**. 8. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 399.

[44] ZAVASCKI, Teori Albino. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Art. 566 a 645. 2ª ed. São Paulo: RT, 2003. p. 248.

[45] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Malheiros, 2004. v.4. p. 35.

[46] Para Humberto Theodoro Junior o objeto instrumental são os bens do devedor de que se vale o juiz da execução por quantia certa para obter, através de alienação forçada, o numerário necessário ao pagamento do credor. op. cit. p. 184 .

[47] Art. 73. O juiz decretará a falência durante o processo de recuperação judicial:

I – por deliberação da assembléia-geral de credores, na forma do art. 42 desta Lei;

II – pela não apresentação, pelo devedor, do plano de recuperação no prazo do art. 53 desta Lei;

III – quando houver sido rejeitado o plano de recuperação, nos termos do § 4º do art. 56 desta Lei;

IV – por descumprimento de qualquer obrigação assumida no plano de recuperação, na forma do § 1º do art. 61 desta Lei.

[48] Art. 108. Ato contínuo à assinatura do termo de compromisso, o administrador judicial efetuará a arrecadação dos bens e documentos e a avaliação dos bens, separadamente ou em bloco, no local em que se encontrem, requerendo ao juiz, para esses fins, as medidas necessárias.

[49] **GAZZONI, Marina**. Só 1% das empresas sai da recuperação judicial no Brasil. 2013. Disponível em: <http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,so-1-das-empresas-sai-da-recuperacao-judicial-no-brasil-imp-1085558>>. Acesso em: 13 ago. 2017.

[50] **SERASA EXPERIAN**. Falências e Recuperações. 2016. Disponível em: <http://noticias.serasaexperian.com.br/blog/2016/10/07/a-cada-quatro-empresas-com-processo-de-recuperacao-judicial-encerrado-uma-volta-a-ativa-revela-estudo-inedito-da-serasa-experian>>. Acesso em: 15 ago. 2017.

[51] LOBO, Jorge. **O futuro da “Recuperação Judicial da Empresa”**. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 71, p. 109 - 112, nov. / dez. 2015.

[52] Art. 988. Os bens e dívidas sociais constituem patrimônio especial, do qual os sócios são titulares em comum.

[53] BRASIL. Senado Federal. Parecer n. 1169, 2015. Da comissão de assuntos sociais, sobre o Projeto de Lei da Câmara nº 84, de 2015 (nº 4.361/1998, na Casa de origem), que veda a publicação em jornais de anúncio de emprego sem a identificação da empresa contratante. Relator: Senador José Pimentel. **Diário do Senado Federal**, dez. 2015. Disponível em: . Acesso em 10 ago. 2017.

[54] BRASIL. Senado Federal. Parecer s/n de 2016. Da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, sobre o Projeto de Lei da Câmara nº 212, de 2015 (Projeto de Lei nº 2.053, de 2015, na Câmara dos Deputados), do Deputado Roberto Balestra, que dispõe acerca da constituição de imóvel rural ou fração dele como patrimônio de afetação; institui a Cédula Imobiliária Rural – CIR; e dá outras providências. Relator: Senador Acir Gurgacz. **Gabinete Senador Acir Gurgacz**. Disponível em: . Acesso em: 06 set. 2017.

JUS COGENS

BENIGNO NÚÑEZ NOVO:
Advogado, doutor em direito internacional pela Universidad Autónoma de Asunción.

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo a discussão da importância das normas imperativas de direito internacional que deriva do seu conteúdo. Seus padrões protegem os valores fundamentais compartilhados pela comunidade internacional. Pode-se dizer que ius cogens é a encarnação jurídica da consciência moral da sociedade internacional.

Palavras-chave: Jus Cogens; Norma Imperativa; Direito Internacional.

ABSTRACT: The purpose of this article is to discuss the importance of the imperative norms of international law that derive from its content. Its standards protect the fundamental values shared by the international community. One can say that ius cogens is the juridical embodiment of the moral conscience of international society.

Keywords: Jus Cogens, Mandatory Rule, International right.

RESUMEN: O presente artículo como un objetivo a discutir sobre la importancia de las normas imperativas de derecho internacional que deriva de su contenido. Seus standards protege los valores fundamentales de la comunidad internacional. Pode-se decir que los cogens son una encarnación jurídica de la conciencia moral de la sociedad internacional.

Palabras clave: Jus Cogens, Norma imperativa, Derecho Internacional.

1 INTRODUÇÃO

Jus cogens (direito cogente) são as normas peremptórias (AO 1990: peremptórias ou perentórias) imperativas do direito internacional, inderrogáveis pela vontade das partes.

As regras imperativas (jus cogens) são as normas que impõem aos Estados obrigações objetivas, que prevalecem sobre quaisquer outras. Assim, o jus cogens compreende o conjunto de normas aceitas e reconhecidas pela comunidade internacional, que não podem ser objeto de derrogação pela vontade individual dos Estados, de forma que essas regras gerais só podem ser modificadas por outras de mesma natureza.

A primeira referência a estes princípios imperativos do direito internacional foi feita por Francisco de Vitória.

Os art.º 53º e 64º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados referem de que forma o jus cogens vigora na sociedade internacional.

Definido pelo célebre artigo 53 da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados como sendo formado de normas imperativas de Direito Internacional geral, consideradas como tais pela comunidade internacional dos Estados em seu conjunto, e às quais nenhuma derrogação é possível. Aceita de forma geral, a noção apresenta uma grande importância, ao menos no plano simbólico, pois ela testemunha a "comunitarização" do Direito Internacional.

“ A norma do jus cogens é aquela norma imperativa de Direito Internacional geral, aceita e reconhecida pela sociedade internacional em sua totalidade, como uma norma cuja derrogação é proibida e só pode sofrer modificação por meio de outra norma da mesma natureza. ”

Um exemplo reconhecido de "jus cogens" é a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU de 1948, que apesar de não ser uma norma formalmente cogente, já que não é um tratado, possui obrigatoriedade material, uma vez que foi votada na assembleia geral das nações unidas.

Além da Convenção de Viena, reconhece-se revestido de tais efeitos o princípio "pacta sunt servanda", o da autodeterminação dos povos, a proibição do uso ou da ameaça de uso da força, o princípio que garante a soberania e igualdade dos Estados, o de soberania sobre os recursos naturais, a proibição do tráfico de seres humanos, a escravidão, pirataria, genocídio, crimes contra a humanidade em geral e tantos outros

consagrados no moderno repertório de leis internacionais construídas principalmente após a Segunda Guerra Mundial.

A figura do jus cogens assume um papel importante nos dias atuais, onde se faz cada vez mais importante a existência de uma regra geral que sirva de parâmetro os atos de todos os entes estrangeiros, pois o campo jurídico internacional pode ser ainda definido como "terra de ninguém", onde muitas vezes o mais forte política ou militarmente faz valer a sua vontade.

Importante salientar que a sua adoção por determinado país não trará conflito com as normas infraconstitucionais. No Brasil, por exemplo, é pacificado o entendimento de que normas que tratam de Direitos Humanos, aprovadas por quórum qualificado (como muitas das citadas acima como exemplo de jus cogens) terão valor de Emenda Constitucional, e outras que possuam também o imperativo do jus cogens entrarão no repertório interno como leis.

2 DESENVOLVIMENTO

O jus cogens pode ser visto como o conjunto de normas imperativas de direito internacional público. Reflete padrões deontológicos sedimentados no âmbito da comunidade internacional, cuja existência e eficácia independem da aquiescência dos sujeitos de direito internacional. Deve ser observado nas relações internacionais e projeta-se, em alguns casos, na própria ordem jurídica interna. As características da imperatividade e da indisponibilidade tiveram influência direta na escolha do designativo direito cogente, sendo bem conhecida a dicotomia inerente ao direito romano, que distinguia o jus strictum (direito estrito) do jus dispositivum (direito dispositivo).

Inicialmente nota-se que nos dias atuais o mundo encontra-se em total desenvolvimento, fruto da globalização que se faz presente entre os objetivos da Comunidade Internacional. Entretanto, diante deste imenso avanço e do desenvolvimento em âmbito mundial, nota-se que não existe uma instituição superior quando se trata de Direito Internacional, e devido à soberania dos Estados, uma norma somente é exigida destes, desde que

tenham participado do processo de desenvolvimento desta norma, ou que tenha eles (os Estados) aceitando-a como norma. Isto nos leva a crer então, que nenhuma norma é universalmente aplicável.

O que acontece então é que estamos diante de uma intensa relação interestatal entre uma comunidade de Estados soberanos, o que nos coloca diante de um sistema jurídico internacional cada vez menos anárquico, e que busca efetivamente uma colaboração entre esta comunidade de Estados, fazendo surgir a partir daqui uma ideia não de comunidade de Estados soberanos, mas sim uma ideia de comunidade internacional de Estados como um todo, afluindo uma ideia maior e mais ampla da solidariedade e unidade da sociedade internacional.

Daí pode-se falar em uma divergência forte quanto à utilidade e até mesmo quanto à existência destas normas de jus cogens, onde alguns autores defendem que o sistema normativo internacional nada mais é do que um instrumento que assegura a cada Estado a sua soberania e regula as relações interestatais de coexistência e cooperação. Por outro lado, há os autores que negam veementemente a existência destas normas imperativas, tendo em conta que a existência destas normas está condicionada à existência também de uma estrutura judicial e legislativa que sejam capazes de formular estas regras de política pública, até então inexistente no nosso sistema de comunidade internacional, onde somente existe uma razoabilidade por parte dos Estados, criando um ar de uma ordem de notável estabilidade dentro das relações interestatais.

Fato é que há muito já se discutia a proibição de tratados contrários às normas de jus cogens, com o intuito de garantir uma coexistência moral e racional dos membros da comunidade internacional, onde foram inclusive discutidos e publicados alguns artigos como exemplos de tratados que fossem contrários à moralidade, e que deveriam por isso serem anulados caso fossem celebrados pelos Estados, tais como aqueles tratados que obrigam um Estado a reduzir a sua polícia, aqueles que obrigam a redução do exército, e outro mais.

A formação do Jus Cogens sofreu grande influência do Jus Publicum, visto que se trata do interesse no meio coletivo. Interessante observar que

nesse período já existia o conceito da supremacia do coletivo sobre o individual. Além da influência do Direito Romano, o Direito Natural é considerado um dos fundamentos do Jus Cogens. Isso porque o Direito Natural acompanha a humanidade desde os primórdios, é um Direito oriundo da natureza, que evoluiu junto com a história, os indivíduos e as nações. Não precisou ser escrito ou sancionado, é independente de acordos, e os princípios que dele emanam são universais e imutáveis, superiores as demais normas, muitas vezes até associados a uma ordem divina, conhecido como Jus Divinum.

Após todas as discussões e evolução do conceito de Jus Cogens, foi finalmente alcançada a base para as Conferências de Viena. A Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados foi discutida por praticamente vinte anos, até se tornar realidade. Contudo seu desenvolvimento decisivo ocorreu nas duas conferências realizadas em Viena, em 1968 e 1969. Ocorreram nesse momento muitas objeções, principalmente com relação à subjetividade do conceito Jus Cogens. Em virtude disso algumas modificações foram concebidas, dentre elas a alteração do artigo 50, que recebeu o termo “como um todo”, para fazer referência à comunidade internacional, excluindo a necessidade de aceitação unânime para conceder validade. Além dessa mudança, com a pressão de vários membros, a comissão estabeleceu a Corte Internacional de Justiça, como competente para julgar conflitos com Jus Cogens, com maioria de votos. Até este momento, a Comissão de Direito Internacional entendia que os conflitos com normas imperativas deveriam ser dirimidos pelo sistema pacífico previsto na Carta das Nações Unidas de solução de conflitos.

No Brasil, a promulgação da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados teve um grande atraso. Contudo o Itamaraty tratou de aplicar os preceitos na forma de costume internacional, para garantir sua eficácia prática.

A Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados não delimitou exatamente qual o quórum para aceitação do Jus Cogens. Entretanto na redação da Convenção, é possível perceber, que essa lacuna foi motivada por uma preocupação em não limitar a um número específico de Estados. Assim é utilizada a expressão “como um todo”, a qual dispensa a aceitação

unânime dos Estados para reconhecer o Jus Cogens, bastando para tanto, a maioria. Como consequência de todas as características citadas, tem-se a inderrogabilidade do Jus Cogens, sendo vedado qualquer forma de pacto contrário.

As principais fontes de Direito Internacional estão citadas no artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça e são elas: as convenções internacionais (tratados), os costumes e os princípios gerais da lei. Na prática, entretanto, vê-se uma inclinação em destacar os tratados - por fornecem maior certeza quanto ao direito aplicável - e, só então, os costumes e os princípios gerais. São tendências, contudo, a prevalência das regras específicas sobre as regras gerais e a priorização do ato mais recente quando em conflito com outro anterior a ele.

O já controverso esquema supracitado é, ademais, intrincado pela existência de regras possuidoras de uma qualidade superior à de todas as outras: as normas peremptórias, também chamadas de normas de jus cogens. Apesar de não se encontrar nenhuma citação a respeito delas no Estatuto da Corte Internacional de Justiça e de a própria Corte ter somente utilizado linguagem elusiva até então, as normas peremptórias têm sido cada vez mais reconhecidas como uma essencial fonte de direito internacional. O artigo 53 da Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados, por sua vez, meramente estabelece jus cogens como sendo “uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza” sem fazer menção especificamente a que normas são essas.

Alguns exemplos de normas de jus cogens foram apresentados na discussão do tópico pela Comissão de Direito Internacional da ONU: genocídio, pirataria, escravidão e uso ilegal da força; não existindo, no entanto, acordos claros sobre outras áreas. Percebem-se, porém, obrigações emergentes, como por exemplo: proibição de agressão, direito a vida e a tratamento humano, proibição de leis criminais retroativas, dos crimes de guerra, da discriminação, do aprisionamento por dívida civil e crimes contra a humanidade, direito à personalidade jurídica, à liberdade

de consciência à autodeterminação. Mais além, no artigo 64 da Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados de 1969, há a assertiva de que, caso surja uma nova norma peremptória, qualquer tratado existente em conflito com a mesma torna-se nulo.

Nota-se que as normas pertencentes a essa categoria não surgem mediante a observância de nenhuma fonte específica de Direito Internacional já conhecida - podem ser de origem convencional ou apenas costumeira, há controvérsias. O conceito de Jus Cogens é baseado em uma aceitação de valores fundamentais e superiores dentro do sistema jurídico internacional e deve ser submetido à aceitação de indiscutível maioria da comunidade, o que prova que a superioridade destas normas não ocupa esse lugar por causa de seu modo de produção, mas justamente pela importância dos valores que protege - são valores fortemente associados aos direitos humanos. Os Estados não precisam consentir para serem legalmente compelidos a elas – um tratado que quebre uma regra de jus cogens é inválido ab initio. A existência deste núcleo de valores fundamentais serve para dissuadir os Estados de certas práticas e, ao mesmo tempo, impele-os a conservar um comportamento consistente de acordo com esses valores.

As normas jus cogens que se consolidam em valores humanos essenciais, no intuito de garantir a integridade dos regimes jurídicos de proteção da pessoa humana, aplicados no Direito Internacional dos Direitos Humanos. Essas normas estão positivadas no artigo 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, conceituando-as como normas imperativas de direito internacional geral, da qual nenhuma derrogação será permitida, e que somente poderá ser alterada por outra norma de igual natureza.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A importância das normas imperativas de direito internacional que deriva do seu conteúdo. Seus padrões protegem os valores fundamentais compartilhados pela comunidade internacional. Pode-se dizer que jus cogens é a encarnação jurídica da consciência moral da sociedade internacional. O artigo 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos

Tratados define Ius Cogens como o conjunto de normas imperativas do direito internacional estabelecidas pela comunidade internacional como um todo. As regras do ius cogens não podem ser derogadas, exceto por outro padrão do mesmo grau. Qualquer tratado internacional contrário a uma regra de ius cogens é nulo.

As normas imperativas de direito internacional geram obrigações antes de todos os assuntos da comunidade internacional. A relação entre a consolidação do conceito de ius cogens e os direitos humanos é evidente e, portanto, a lei imperativa ilustra perfeitamente o processo de "humanização" do direito internacional.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Everaldo do Nascimento e. **Manual de direito internacional público**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

CAPARROZ, Roberto. **Direito internacional público**. São Paulo: Saraiva, 2012.

NASSER, Salem Hikmat. **Jus Cogens - Ainda esse desconhecido**. Disponível em:
http://www.direitogv.com.br/subportais/publicaçõe/RDGV_02_p161_178.pdf

REZEK, Francisco. **Curso de direito internacional público**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE SOBRE NORMAS REVOGADAS

REBECCA BRAZ VIEIRA DE MELO:
Bacharela pela Universidade Federal da Paraíba e Especialista em Direito Público pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Servidora Pública do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba.

RESUMO: Neste artigo se propõe analisar a possibilidade de se julgar ação declaratória de inconstitucionalidade cujo objeto venha a ser revogado supervenientemente. A temática se mostra relevante na medida em que a revogação posterior à propositura da ação pode ter por objetivo escapar ao controle exercido pelo Supremo Tribunal Federal. O presente trabalho será desenvolvido utilizando-se como método de abordagem, o dedutivo, como método de procedimento, o interpretativo, e como técnica de pesquisa, a bibliográfica e a legal. Após o estudo e a sistematização da matéria, espera-se refutar ou não a necessária perda superveniente do objeto da ação declaratória de inconstitucionalidade em razão da revogação do ato normativo.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade. Ação declaratória de inconstitucionalidade. Revogação. Perda superveniente do objeto.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO 3 1 Os fundamentos do controle de constitucionalidade 4 2 Sistema brasileiro de controle de constitucionalidade 8 3 Análise jurisprudencial 12 CONCLUSÃO 17 REFERÊNCIAS 18

INTRODUÇÃO

Objetiva-se, neste trabalho científico, examinar as consequências processuais da revogação do ato normativo que esteja sendo objeto de controle de constitucionalidade objetivo, notadamente se haverá necessariamente o reconhecimento da prejudicialidade da questão e a extinção do processo. Para tanto, a pesquisa se desdobrará em três fases.

De início, investigar-se-á os fundamentos do controle de constitucionalidade, destacando-se as contribuições jurídicas para a criação e aperfeiçoamento da legislação de regência da matéria, em especial, aquelas granjeadas nos Estados Unidos da América e na França. Além disso, buscar-se-á compreender o contexto histórico e as preocupações filosóficas que conduziram ao florescimento da Justiça Constitucional.

No segundo capítulo, adentrar-se-á na verificação do modelo de controle de constitucionalidade elaborado no Brasil, a partir de um estudo comparado, cotejando-se o modelo brasileiro e os sistemas americano e austríaco. Após, examinar-se-á as normas constitucionais e infraconstitucionais que disciplinam as ações diretas de inconstitucionalidade, delineando um panorama geral acerca do tema.

Por fim, averiguar-se-á o posicionamento da Corte Constitucional brasileira acerca do possível julgamento de ação de controle concentrado abstrato cujo objeto tenha sido revogado posteriormente à sua propositura, trazendo a lume excertos de decisões proferidas pelo Pretório Excelso.

1 Os fundamentos do controle de constitucionalidade

O constitucionalismo moderno, em especial, aquele erigido pela cultura jurídica norte-americana e francesa, constituiu a base necessária para o desenvolvimento do controle de constitucionalidade nos moldes atuais.

Com a formação dos Estados Unidos da América, fruto de aliança estabelecida entre as antigas treze colônias britânicas – à época, já independentes, e a elaboração da Constituição norte-americana em 1787, na Filadélfia, avançou-se de maneira significativa em direção à consolidação do controle judicial sobre as normas infraconstitucionais à luz do Texto Fundamental. Nos dizeres de Novelino (2013, p. 56-57):

As ideias de supremacia da Constituição e sua garantia jurisdicional são algumas das principais contribuições

da tradição norte-americana. Por estabelecer as “regras do jogo” político, a Constituição estaria, por uma questão lógica, em um plano juridicamente superior aos dos que dele participam (Poder Legislativo, Executivo e Judiciário). Sua principal finalidade consiste em determinar quem manda, como manda e, em parte também, até onde pode mandar. A garantia da supremacia constitucional é atribuída ao Poder Judiciário em razão de sua neutralidade, fator que tornaria o mais indicado para se manter à margem do debate político. Nesta concepção, o constitucionalismo se resolve em judicialismo destinado a assegurar o respeito às regras básicas de organização política. (...) Entre as inovações e principais características do constitucionalismo norte-americano, podem ser destacadas: I) a criação da primeira Constituição escrita e dotada de rigidez; II) a ideia de supremacia da Constituição; III) a instituição do controle judicial de constitucionalidade (1803) (...).

Vê-se que a Lei Maior estadunidense, ao acolher, as ideias de supremacia e rigidez constitucional, firmou os pilares necessários à estruturação da doutrina do *judicial review*. Segundo Mendes e Branco (2014, p. 109):

A rigidez é atributo que se liga muito proximamente ao princípio da supremacia da Constituição. A supremacia fixa o status hierárquico máximo da Constituição no conjunto das normas do ordenamento

jurídico. Essa superioridade se expressa na impossibilidade de o legislador ordinário modificar a Constituição, dispondo em sentido divergente do que o constituinte estatuiu. Se a Constituição pode sofrer transformações pela mesma maneira como se elaboram as demais leis, não se assegura a supremacia da Carta sobre o legislador ordinário. A rigidez distingue o poder constituinte dos demais poderes constituídos e positiva uma hierarquia entre as normas jurídicas, em que a Constituição aparece como o conjunto de normas matrizes do ordenamento jurídico, em posição de prevalência sobre todos os atos normativos que não de nela encontrar fundamento último. A rigidez, expressando a supremacia da Constituição, demanda, também, a instituição de um sistema de controle de validade dos atos praticados pelos poderes constituídos, em face das normas do Texto constitucional. A rigidez, para ser efetiva, requer um sistema de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, como garantia eficaz da supralegalidade das normas constitucionais.

Em 1791, sob a influência dos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade que insuflaram a revolução de 1789, elaborou-se na França a primeira constituição escrita europeia, cujo texto impunha limites ao poder – antes absoluto – do soberano. Conforme o artigo terceiro, da primeira seção, do segundo capítulo da Constituição de 1791, que versava sobre o Rei e a Realeza, a partir daquele momento, inexistiria autoridade na França superior à lei; o rei apenas reinava pela lei e somente poderia exigir obediência em nome da lei.

A sujeição de todos – inclusive do Monarca – aos ditames de uma Lei Maior escrita foi imprescindível ao surgimento de normas impositivas de controle sobre os demais atos normativos. Ademais, ainda que de modo embrionário, há a previsão de mecanismos voltados à verificação de compatibilidade das leis ordinárias com a ordem jurídica vigente. Nesse sentido, é a lição de Novellino (2013, p. 57):

A apelação do constitucionalismo norte-americano aos juízes nos casos de violação dos direitos naturais inerentes ao homem, no modelo francês, é substituída pela apelação ao povo mediante um **direito de censura das leis ordinárias**, assim como de variadas formas de reforma constitucional e referendo. (grifo nosso)

No século XX, o fim da Segunda Guerra Mundial, a queda dos regimes nazifascistas e o sentimento de repúdio às atrocidades cometidas sob o manto da legalidade fundamentaram o fortalecimento da jurisdição constitucional. Os textos constitucionais se tornaram abrigo de direitos e garantias fundamentais dos cidadãos e estrangeiros em face do Estado, visando impedir a reprodução dos tenebrosos acontecimentos. Buscava-se, assim, superar as falhas do Poder Legislativo. Além disso, as normas constitucionais foram elevadas ao patamar de normas superiores, dotadas de força normativa. Consoante Mendes e Branco (2014, p. 84):

Terminado o conflito, a revelação dos horrores do totalitarismo reacendeu o ímpeto pela busca de soluções de preservação da dignidade humana, contra abusos dos poderes estatais. Os países que saíam do trauma dos regimes ditatoriais buscaram proteger as declarações liberais das suas constituições de modo eficaz. O Parlamento, que se revelara débil diante da escalada de

abusos contra os direitos humanos, perdeu a primazia que o marcou até então. A Justiça Constitucional, em que se viam escassos motivos de perigo para a democracia, passou a ser o instrumento de proteção da Constituição – que, agora, logra desfrutar de efetiva força de norma superior do ordenamento jurídico, resguardada por mecanismo jurídico de censura dos atos que a desrespeitem.

Cumpriu ao pós-positivismo, teoria surgida no pós-guerra, o papel de resgatar os valores, reaproximar a ordem jurídica da moral, reconhecer normatividade aos princípios e força normativa aos preceitos contidos nos textos constitucionais. As constituições deixaram de ser vistas como meras cartas de intenções e passaram a ser compreendidas como normas vinculantes de observância compulsória por constituintes derivados, legisladores ordinários, administradores públicos, chefes de governo e chefes de Estado – e até mesmo por particulares. Conforme Novelino (2013, p. 207):

A doutrina pós-positivista prega o reconhecimento definitivo da força normativa da Constituição com o conseqüente abandono da concepção estritamente legalista das fontes do direito. (...) Enquanto estatuto dotado de força normativa, a Constituição impõe amplos limites materiais ao Parlamento, especialmente no que se refere aos direitos fundamentais, retirados da esfera de disposição da política ordinária. O deslocamento da prevalência da lei para a centralidade da Constituição foi sintetizada por Paulo Bonavides na célebre frase: “Ontem os códigos; hoje as constituições”.

Neste contexto, o controle de constitucionalidade reflete a opção do constituinte pela rigidez e supremacia constitucionais e destaca-se como uma forma de se salvaguardar os direitos fundamentais consagrados na Lei Maior. Assim leciona Moraes (2017, p. 519):

O controle de constitucionalidade configura-se, portanto, como garantia de supremacia dos direitos e garantias fundamentais previstos na constituição que, além de configurarem limites ao poder do Estado, são também uma parte da legitimação do próprio Estado, determinando seus deveres e tornando possível o processo democrático em um Estado de Direito.

Estabelecidas as premissas sobre as quais se funda o controle de constitucionalidade, bem como o seu contexto histórico, mister se faz analisar a disciplina jurídica da matéria no âmbito do Direito brasileiro.

2 Sistema brasileiro de controle de constitucionalidade

Tradicionalmente, dois modelos de controle de constitucionalidade são tidos como paradigmáticos, a saber: o sistema austríaco e o sistema americano. O sistema austríaco considera a norma inconstitucional como anulável, prevendo o reconhecimento do seu defeito através de decisão constitutiva de efeitos *ex nunc*, proferida por um Tribunal específico em um processo objetivo; enquanto o sistema americano compreende o vício de inconstitucionalidade como uma nulidade *ab origine*, maculando o ato normativo em seu nascedouro e provocando a jurisdição constitucional – atribuída a todos os órgãos do Judiciário – a prolatar uma decisão declaratória com efeitos *ex tunc* diante de um caso concreto.

O Brasil não adota um ou outro. Tem-se um sistema jurisdicional misto, precipuamente repressivo, sendo exercido de tanto de forma concentrada, como de forma difusa. Diz-se precipuamente repressivo, pois,

apesar de a atuação do Judiciário realizar-se notoriamente após a edição do ato normativo, o Supremo Tribunal Federal admite a impetração de mandado de segurança por parlamentar que vise ter assegurado o seu direito ao devido processo legislativo, devendo a Corte impedir a tramitação de projetos de lei que afrontem a Lei Fundamental. No caso, há controle preventivo jurisdicional difuso.

Aproxima-se do modelo americano, ao estabelecer a possibilidade de qualquer juízo declarar a inconstitucionalidade de ato normativo, desde que referida declaração seja requerida de forma incidental – e não como objeto principal da lide.

Entretanto, apesar de sofrer fortes influxos da compreensão norte-americana, também se constata traços da influência do sistema austríaco, ao se perscrutar a ordem jurídica nacional. Há inegável similitude com o modelo austríaco, quando o constituinte elege um Tribunal como guardião da constituição e torna-o responsável pelo controle constitucional realizado de forma concentrada. Exemplo disso é a previsão constitucional inserida no artigo 102, I, a, dispondo competir ao Supremo Tribunal Federal o processamento e julgamento originário de ações diretas de inconstitucionalidade e ações declaratórias de constitucionalidade.

As ações diretas de inconstitucionalidade são instrumentos que servem para submeter ao crivo da Corte Constitucional a análise abstrata da conformidade de determinada lei ou ato normativo com a Constituição. É apreciada mediante um processo objetivo, no qual não existe lide ou partes processuais. A legitimação para a sua propositura recai sobre sujeitos especificamente escolhidos pelo constituinte e elencados no artigo 103 do Texto Fundamental, que assim dispõe:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Há ainda, por força de interpretação realizada pelo Supremo Tribunal Federal, exigência, dirigida a certos legitimados, de demonstração da pertinência temática entre os interesses que defendem e o objeto da ação. Neste diapasão, preleciona Moraes (2017, p. 536):

Para alguns dos legitimados do art. 103 da Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal exige a presença da chamada pertinência temática, definida como o requisito objetivo da relação de pertinência entre a defesa do interesse específico do legitimado e o objeto da própria ação.

Assim, enquanto se presume de forma absoluta a pertinência temática para o Presidente da República, Mesa do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, Procurador-Geral da República, Partido Político com representação no Congresso Nacional e Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, em face de suas próprias atribuições institucionais, no que se denomina legitimação ativa universal, exige-se a prova da pertinência por parte da Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, do Governador do Estado ou do Distrito Federal das confederações sindicais ou entidades de âmbito nacional.

Quanto ao parâmetro adotado para se aferir a constitucionalidade das normas, tem-se que, de início, considerando a literalidade do artigo 102, I, a, da Constituição Federal de 1988, firmou-se o entendimento no sentido de que apenas o texto constitucional deveria ser utilizado como parâmetro. Todavia, interpretando-se sistematicamente a Constituição, verifica-se que as convenções e tratados internacionais podem servir como parâmetro, por força do artigo 5º, § 3º, da Constituição, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/2004, segundo o qual os tratados internacionais de direitos humanos incorporados ao Direito brasileiro conforme o trâmite e o quórum especial estabelecido para a votação e aprovação de emendas constitucionais a estas se equiparam – e, portanto, ao lado do texto constitucional, formam o que se chama de “bloco de constitucionalidade”.

O artigo 102, I, a da Constituição Federal de 1988 também delimita o objeto da ação declaratória de inconstitucionalidade, restringindo o controle a leis ou atos normativos federais ou estaduais.

A sua propositura se condiciona à observância dos requisitos exigidos pela Lei nº 9.868/1999, a saber: a indicação do dispositivo da lei

ou do ato normativo impugnado; exposição dos fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações, bem como do pedido, com suas especificações; instrumento de procuração, quando subscrita por advogado.

Em conformidade com o artigo 103, § 3º, da Constituição, o Advogado-Geral da União deverá ser citado, oportunizando-o a realização da defesa do ato ou texto impugnado. Além disso, consoante o artigo 6º da Lei nº 9.868/1999, o relator deverá solicitar informações aos órgãos ou às autoridades das quais emanou a lei ou ato normativo questionado.

Em relação ao seu julgamento, o artigo 22 da Lei nº 9.868/1999 exige a presença de, pelo menos, oito Ministros para que se viabilize a instalação da sessão e a declaração de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade, conforme o seu artigo 23, só poderá ser pronunciada pela manifestação de seis Ministros. Em regra, dota-se a referida decisão de efeitos *ex tunc*. Contudo, o artigo 27 do mencionado estatuto legal prevê a possibilidade de modulação de efeitos, por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, desde que aprovada por maioria de dois terços de seus membros.

Ocorre que, por vezes, durante o trâmite da ação, o ato questionado é expurgado da ordem jurídica antes de o Tribunal Constitucional ter tempo suficiente para discutir a temática e julgar a ação, posicionando-se acerca da constitucionalidade ou não do dispositivo legal. A princípio, firmou-se o entendimento no sentido da prejudicialidade da ação. Todavia, certos aspectos subjacentes ao debate posto em juízo levaram o Supremo Tribunal Federal a flexibilizar o seu posicionamento.

3 Análise jurisprudencial

Em regra, o Supremo Tribunal Federal não admite o prosseguimento de ações diretas de inconstitucionalidade cujo objeto tenha sido revogado no curso do processo. Entende-se ter ocorrido perda superveniente do objeto, o que impede o conhecimento da ação. Conforme Moraes (2017, p. 532):

O Supremo Tribunal Federal não admite ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo já revogado ou cuja eficácia já tenha se esaurido (por exemplo: medida provisória convertida em lei) entendendo, ainda, a prejudicialidade da ação, por perda do objeto, na hipótese de a lei ou ato normativo impugnados virem a ser revogados antes do julgamento final da mesma, pois, conforme entende o Pretório Excelso, a declaração em tese de ato normativo que não mais existe transformaria a ação direta em instrumento processual de proteção de situações jurídicas pessoais e concreta.

Nesse sentido, manifestou-se o Tribunal Pleno, em julgamento proferido sob a relatoria da Ministra Carmen Lúcia, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade da Lei nº 6.121/1999 do Estado de Alagoas, requerida pelo seu Governador, cuja ementa colaciona-se abaixo.

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ALAGOANA N. 6.121/1999. INSTITUI FAIXAS VENCIMENTAIS DE PAGAMENTO DOS SERVIDORES PÚBLICOS DO PODER EXECUTIVO ALAGOANO, CONCEDE ABONO E REAJUSTA VENCIMENTOS DO QUADRO DE PESSOAL DA POLÍCIA CIVIL. 1. A Lei alagoana n. 6.121/1999 foi revogada tacitamente pelas Leis n. 6.252/2001, 6.253/2001, 6.276/2001, 6.592/2005 e 6.788/2006, que versaram sobre matéria objeto da lei impugnada. Precedentes. 2. Ação Direta de Inconstitucionalidade

julgada prejudicada em razão da perda superveniente de seu objeto.

(ADI 2118, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 13/05/2010, DJe-111 DIVULG 17-06-2010 PUBLIC 18-06-2010 REPUBLICAÇÃO: DJe-145 DIVULG 05-08-2010 PUBLIC 06-08-2010 EMENT VOL-02409-02 PP-00340)

Todavia, o referido entendimento comporta exceções, reconhecidas pelo próprio Supremo Tribunal Federal. Por vezes, constatou-se que a revogação dos atos normativos tinha por propósito tão somente se esquivar da jurisdição constitucional. Tais situações não passaram despercebidas pela Corte Constitucional. Conforme ensina Mendes e Branco (2014, p. 1647):

Essa posição do Tribunal, que obstava o prosseguimento da ação após a revogação da lei, ocasionava, seguramente, resultados insatisfatórios. Se o Tribunal não examinasse a constitucionalidade das leis já revogadas, tornava-se possível que o legislador conseguisse isentar do controle abstrato lei de constitucionalidade duvidosa, sem estar obrigado a eliminar suas consequências inconstitucionais. É que mesmo uma lei revogada configura parâmetro e base legal para os atos de execução praticados durante o período de sua vigência.

A continuidade normativa consiste em um dos impedimentos à declaração da perda do objeto da ação. Assim, caso o legitimado consiga demonstrar que a essência do ato impugnado, posteriormente revogado, persiste no ordenamento jurídico – seja por ter havido a sua reprodução em outro dispositivo legal, seja por uma análise sistêmica do ordenamento

jurídico, é possível que a ação direta de inconstitucionalidade tenha o seu mérito julgado.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. DIREITO TRIBUTÁRIO. MEDIDA CAUTELAR. AÇÃO CONHECIDA EM PARTE, E NELA INDEFERIDA A CONCESSÃO DE LIMINAR. ART. 33 DA LEI 8.212/1991. SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL. CONCURSO DE PROGNÓSTICOS. ORÇAMENTO FISCAL DA UNIÃO. 1. **Não há perda superveniente do objeto na hipótese, uma vez que o suposto vício de inconstitucionalidade, se houver, permaneceria no ordenamento jurídico. Isso porque as contribuições sociais ainda integram o orçamento da Seguridade Social, assim como a Receita Federal remanesce responsável pelas contribuições sociais incidentes sobre a receita de concursos de prognósticos.** 2. O artigo 33 da Lei 8.212/1991 não viola a Constituição Federal, porque as incumbências de fiscalização e arrecadação imputadas à Receita Federal não modificam a destinação específica da contribuição em questão. O critério constitucional de afetação de receita orçamentária não se pauta no órgão de arrecadação, mas, sim, no custeio de políticas públicas direcionadas à Seguridade Social, conforme dispõe o artigo 195 do Texto Constitucional. Precedentes. 3. O artigo impugnado cinge-se à atribuição

eminentemente fiscal, especificamente na seara de recolhimento das contribuições sociais. Assim, a Secretaria da Receita Federal não dispõe, em absoluto, de condições de possibilidade para ingerir na destinação orçamentária desses tributos. 4. Ação direta de inconstitucionalidade que se conhece em parte e, nesse ponto, julgada improcedente.

(ADI 763, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 25/11/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-245 DIVULG 03-12-2015 PUBLIC 04-12-2015) (grifo nosso)

Entretanto, cumpre salientar que tal prova é dever do interessado, que deve apresentar oportunamente pedido de aditamento. Caso não se desincumba do referido ônus, o reconhecimento da prejudicialidade da ação é medida que se impõe. Tal foi o entendimento firmado pelo Tribunal Pleno, ao negar provimento a agravo regimental interposto nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade da Lei 11.644, de 22 de dezembro de 2000, do Estado de Santa Catarina, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Senão, vejamos:

AGRAVO REGIMENTAL NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEIS 11.644/2000 E 15.327/2010 DO ESTADO DE SANTA CATARINA. INSTITUIÇÃO DE SISTEMA DE GESTÃO CENTRALIZADA DE DEPÓSITOS SOB AVISO À DISPOSIÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE SANTA CATARINA. REVOGAÇÃO DA NORMA IMPUGNADA. LEI POSTERIOR QUE REGULA A MESMA MATÉRIA. PERDA DE OBJETO DA AÇÃO E CONSECTÁRIA

PREJUDICIALIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A revogação da norma impugnada faz com que o objeto da pretensão inicial não mais subsista, revelando a inviabilidade do exame de sua compatibilidade com a Carta Maior por meio do controle abstrato de constitucionalidade. 2. A jurisprudência desta Suprema Corte é pacífica quanto à prejudicialidade da ação direta de inconstitucionalidade, por perda superveniente de objeto, quando sobrevém a revogação ou a alteração substancial da norma cuja constitucionalidade se questiona. Precedentes: ADI 1.454/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ 3.8.2007; ADI 1.445-QO/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 29.4.2005; ADI 519-QO/MT, Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, DJ 28.6.2002; ADI 2.515-MC/CE, Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, DJ 1º.3.2002; ADI 2.290-QO/DF, Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, DJ 29.6.2001; ADI 1.859-QO/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJ 26.11.1999; ADI 2.001-MC/DF, Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, DJ 3.9.1999; ADI 520/MT, Rel. Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, DJ 6.6.1997; ADI 709/PR, Rel. Min. Paulo Brossard, Tribunal Pleno, DJ 24.6.1994 e ADI 2.118/AL, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJE nº 145, de 06/08/2010. 3. **A revogação da norma impugnada impõe ao autor o ônus de**

apresentar eventual pedido de aditamento, na forma e no tempo processual adequados, caso entenda subsistentes as mesmas inconstitucionalidades na norma revogadora. 4. In casu, no entanto, o requerente manteve-se inerte, cabendo ao relator o reconhecimento dos efeitos processuais decorrentes da revogação da norma originalmente impugnada, especialmente quando transcorrido considerável lapso de tempo desde a revogação, sem qualquer providência das partes. 5. Agravo regimental a que se nega provimento.

(ADI 2542 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 16/10/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-247 DIVULG 26-10-2017 PUBLIC 27-10-2017) (grifo nosso)

Outra hipótese que legitima o julgamento da ação de controle de constitucionalidade dá-se quando a revogação do ato normativo consiste claramente em manobra processual para que o Supremo Tribunal Federal não possa apreciar a questão. Deve-se verificar que o legislador ou administrador, ao assim proceder, visou impedir que a prolação de decisão com efeitos retroativos declarando a sua nulidade viesse a invalidar os efeitos já produzidos pela lei. Em julgado proferido sob a relatoria do Ministro Roberto Barroso, no dia 27 de outubro de 2016, o Tribunal Pleno assim se manifestou. Por seu teor didático, segue abaixo sua ementa.

CONTROLE DA
CONSTITUCIONALIDADE. EMBARGOS
DE DECLARAÇÃO. REVOGAÇÃO DA
NORMA OBJETO DA AÇÃO DIRETA.
COMUNICAÇÃO APÓS O JULGAMENTO

DO MÉRITO. DESPROVIMENTO. 1. Há jurisprudência consolidada no Supremo Tribunal Federal no sentido de que a revogação da norma cuja constitucionalidade é questionada por meio de ação direta enseja a perda superveniente do objeto da ação. Nesse sentido: ADI 709, Rel. Min. Paulo Brossard, DJ, 20.05.1994; ADI 1442, Rel. Min. Celso de Mello, DJ, 29.04.2005; ADI 4620-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Dje, 01.08.2012.

2. Excepcionam-se desse entendimento os casos em que há indícios de fraude à jurisdição da Corte, como, a título de ilustração, quando a norma é revogada com o propósito de evitar a declaração da sua inconstitucionalidade. Nessa linha: ADI 3306, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe, 07.06.2011.

3. Excepcionam-se, ainda, as ações diretas que tenham por objeto leis de eficácia temporária, quando: (i) houve impugnação em tempo adequado, (ii) a ação foi incluída em pauta e (iii) seu julgamento foi iniciado antes do esgotamento da eficácia. Nesse sentido: ADI 5287, Rel. Min. Luiz Fux, Dje, 12.09.2016; ADI 4.426, Rel. Min. Dias Toffoli, Dje, 17.05.2011; ADI 3.146/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ, 19.12.2006.

4. Com maior razão, a prejudicialidade da ação direta também deve ser afastada nas ações cujo mérito já foi decidido, em especial se a revogação da lei só veio a ser arguida posteriormente, em sede de embargos de declaração. Nessa última hipótese, é preciso não apenas

impossibilitar a fraude à jurisdição da Corte e minimizar os ônus decorrentes da demora na prestação da tutela jurisdicional, mas igualmente preservar o trabalho já efetuado pelo Tribunal, bem como evitar que a constatação da efetiva violação à ordem constitucional se torne inócua. 5. Embargos de declaração desprovidos.

(ADI 951 ED, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 27/10/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-134 DIVULG 20-06-2017 PUBLIC 21-06-2017) (grifo nosso)

Da decisão acima colacionada extrai-se não só a possibilidade de se apreciar a ação direta de inconstitucionalidade quando há fraude, como também em duas outras situações, quais sejam: quando o objeto for lei de eficácia temporária impugnada em tempo hábil e o julgamento da ação tiver sido iniciado antes da cessação da sua eficácia; e quando o Tribunal não for informado acerca da revogação normativa e decidir o mérito da ação.

Em síntese, os pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal acima debatidos demonstram que a Corte Constitucional admite o julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade, ainda que revogado o seu objeto, desde que haja uma justificativa para tanto.

CONCLUSÃO

Este estudo teve por escopo verificar a viabilidade da realização do controle de constitucionalidade sobre normas revogadas. Por todo o exposto, conclui-se que existe a possibilidade de se prosseguir com a instrução e julgamento de ações diretas de inconstitucionalidade mesmo após a revogação do seu objeto.

Da análise do arcabouço jurídico que rege o controle de constitucionalidade no Brasil, observa-se que nenhum dispositivo positivado impede expressamente a atuação do Poder Judiciário na hipótese em testilha.

Ademais, a efetividade e a preservação da força normativa da Constituição dependem inexoravelmente da atividade de controle exercida pelo Supremo Tribunal Federal. A imposição aos legisladores e administradores do devido respeito às regras e princípios constitucionais transforma a Lei Maior em texto vivo, notadamente no que concerne aos direitos e garantias fundamentais contidos explícita ou implicitamente na redação das normas constitucionais.

Diante das considerações tecidas, pode-se afirmar que, embora a Corte Constitucional se posicione, em regra, pelo reconhecimento da perda do objeto da ação e extinção do processo, referido entendimento comporta exceções, mormente quando se visa evitar o desvirtuamento da ordem jurídica estabelecida e do exercício dos poderes constitucionais por seus detentores transitórios, bem como o esvaziamento dos instrumentos de controle de constitucionalidade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Controle de constitucionalidade. Embargos Declaratórios opostos na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 951. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 21 jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Controle de constitucionalidade. Agravo Regimental interposto nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2542. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 27 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Controle de constitucionalidade. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 763. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, DF, 04 dez. 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

HABEAS CORPUS COLETIVO E O ENCARCERAMENTO FEMININO: COMENTÁRIOS À DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO HC 143. 641/SP

**PAULO SERGIO OLIVEIRA DE
CARVALHO FILHO:** Advogado.
Graduado em Direito pela Universidade
Federal da Paraíba - UFPB. Especialista
em Direito Penal e Direito Processual
Penal pela Fundação Escola Superior do
Ministério Público do Estado da Paraíba -
FESMIP.

Resumo: O presente artigo traz uma análise acerca da decisão do Supremo Tribunal Federal no HC 143. 641/SP, ministro relator Ricardo Lewandowski, que recebeu e julgou procedente, de forma inédita, *habeas corpus* coletivo para determinar que mulheres grávidas, mães de crianças ou com filho com deficiência, cumpram prisão domiciliar preventiva, dando concretude ao microsistema de processo coletivo e mitigando a superlotação dos presídios nacionais.

Palavras-chave: *habeas corpus* coletivo, prisão domiciliar, Supremo Tribunal Federal.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. *Habeas corpus* coletivo: do cabimento e compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro; 3. Encarceramento feminino: necessidade de medidas alternativas para diminuição da população carcerária; 4. Conclusão; 5. Referências.

1. Introdução

Em recente decisão (20/02/2018), no HC 143.641/SP, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, de forma inédita, concedeu ordem de *habeas corpus* coletivo determinando a substituição da prisão preventiva pela domiciliar de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e/ou pessoas com deficiência, sem prejuízo, contudo, da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal.

Inicialmente, debater-se-á a decisão do Supremo Tribunal Federal sob o aspecto processual coletivo, isto é, a compatibilidade do habeas corpus coletivo com o ordenamento jurídico brasileiro, em especial com o microsistema de tutelas coletivas, assim como a necessidade e importância da utilização do referido instituto para a sociedade hodierna.

Outrossim, a posteriori, será trabalhada a problemática do encarceramento feminino e a violação maciça de direitos fundamentais, em especial, o desrepeito às normas que protegem a gestação, a maternidade e as crianças.

2. Habeas corpus coletivo: do cabimento e compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro

O *habeas corpus* é uma garantia fundamental prevista na Constituição Federal, art. 5º, LXVIII, e no Código de Processo Penal, art. 647 e seguintes, que tem como escopo proteger o direito de ir e vir da pessoa física. Surgiu, inicialmente, no ordenamento jurídico brasileiro, no Código de Processo Criminal de 1832, mas, até hoje, carece de previsão normativa na modalidade coletiva.

“O *habeas corpus* configura proteção especial tradicionalmente oferecida no sistema constitucional brasileiro. Não constava, porém, da Constituição de 1824, tendo sido contemplado, inicialmente, no Código de Processo Criminal, de 1832, e posteriormente ampliado com a Lei nº 2.033, de 1871. (...) O *habeas corpus* destina-se a proteger o indivíduo contra qualquer medida restritiva do Poder Público à sua liberdade de ir, vir e permanecer.”^[1]

Apesar de inexistir previsão expressa no ordenamento jurídico brasileiro do referido remédio constitucional em sua modalidade coletiva, a despeito do mandado de segurança - lei 12.016/09 - e do mandado de injunção - lei nº 13.300/16 - a Corte Suprema brasileira inovou ao admitir tal modalidade de ação coletiva. A decisão vem adimplir uma lacuna no

direito coletivo penal, uma vez que, na seara cível, já está consolidada a importância das demandas coletivas na jurisprudência e na legislação.

A sociedade moderna encontra-se cada vez mais conectada dando origem a grupos de pessoas em situações semelhantes com potencial de gerar inúmeras lides individuais com causas de pedir semelhantes. Dessa feita, as demandas coletivas ganham espaço para a tutela dos já consagrados direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos, conforme o art. 81 do Código de Defesa do Consumidor. Trata-se da segunda onda renovatória de acesso à justiça trazida por Mauro Capelletti e Bryant Garth:

“ A concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para a proteção dos direitos difusos. O processo era visto apenas como um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais. Direitos que pertencesse a um grupo, ao público em geral ou a um segmento do público não se enquadravam bem nesse esquema. As regras determinantes da legitimidade, as normas de procedimento e a atuação dos juízes não eram destinadas a facilitar as demandas por interesses difusos intentadas por particulares.”^[2]

No mesmo sentido, sustentando a necessidade de um remédio constitucional coletivo para fins penais, afirma a Defensora Pública Thais Lima:

“Não há mais justificativas para que não se admita a tutela coletiva do *status libertatis*. A violação ao direito de liberdade não é diferente daquela que afeta, por exemplo, o direito de informação nas relações de consumo, pois pode atingir múltiplos sujeitos a partir de um ato danoso comum. Assim, a tutela efetiva da liberdade por vezes somente será alcançada através de instrumentos processuais de

demanda coletiva, como o *habeas corpus* coletivo.” [3]

Também atento à discrepância entre a evolução do direito coletivo cível e penal, [Jorge Bheron Rocha](#) pontua:

“A ação constitucional de Habeas Corpus deve evoluir em sua interpretação e dialogar com as demais ações constitucionais também expressamente prevista na constituição, como a ação civil pública, o mandado de segurança e as disposições do novo Código de Processo Civil, com os temperos necessários, causando estranheza que admitamos melhores e mais amplos instrumentos para proteção coletiva de direitos na seara civil que na seara penal.”[4]

Visto isso, chega-se à conclusão da necessidade de meios para garantir direitos de natureza penal em sua modalidade coletiva, devendo também a liberdade ser tutelada na mesma modalidade, por justificativa, dentre outras, da fragmentariedade do Direito Penal, que ratifica o caráter de proteção às mais graves lesões aos bens jurídicos.

“Estabelece que nem todos os ilícitos configuram infrações penais, mas apenas os que atentam contra valores fundamentais para a manutenção e o progresso da humanidade (...). Portanto, o Direito Penal preocupa-se unicamente com alguns comportamentos (fragmentos) contrários ao ordenamento jurídico, tutelando somente os bens jurídicos mais importantes à manutenção e ao desenvolvimento do indivíduo e da coletividade.”[5]

Outrossim, a inexistência de norma jurídica expressa prevendo a garantia constitucional na modalidade coletiva, não é óbice para o conhecimento e aceitação pelos tribunais pátrios, em especial pelo Supremo Tribunal Federal. Lembrou o Ministro Ricardo Lewandowski[6] que em 1994, antes da sua expressa previsão

legal, houve aceitação de mandado de injunção coletivo, recordando assim o Mandado de Injunção 20-4 DF, de relatoria do Ministro Celso de Mello.

Ademais, apesar de inexistência de previsão expressa no ordenamento jurídico, utilizou-se como fundamento legal o art. 580 do Código de Processo Penal que possibilita a extensão de recurso para outras partes. Além disso, o ministro relator ressaltou acertadamente o previsto no art. 654, § 2º, também do Código de Processo Penal, que autoriza a concessão de *habeas corpus* de ofício, demonstrando o quanto a ação constitucional é maleável.

Isso posto, restou cristalino o cabimento do *habeas corpus* na modalidade coletiva dando concretude e amplidão ao microsistema de tutelas coletivas, ao passo que preenche uma lacuna até então existente na seara criminal.

3. Encarceramento feminino: necessidade de medidas alternativas para diminuição da população carcerária.

No que tange à causa de pedir da referida ação coletiva, ou seja, o encarceramento de mulheres grávidas e de mães com filhos de até 12 (doze) anos de idade ou com deficiência, também acertou a corte suprema, dando eficácia aos direitos humanos e mitigando o caos em que vive o sistema carcerário brasileiro, ao permitir que aguardem o julgamento em prisão domiciliar. Importante ressaltar que a prisão domiciliar, como alternativa à prisão preventiva, passou a ter previsão expressa com a lei nº 12. 403/11, conforme elucida Eugênio Pacelli:

“A lei nº 12. 403/11 inova também ao prever outra modalidade de medida cautelar, ainda que semelhante às prisões. Trata-se da prisão domiciliar, prevista no art. 317, CPP, que determina o recolhimento permanente do indiciado ou acusado em sua residência, dali não podendo asentar-se senão por meio de autorização judicial expressa.”^[7]

Inicialmente, faz-se *mister* ressaltar que o sistema carcerário brasileiro foi declarado, pelo Supremo Tribunal Federal, na ADPF 347

MC/DF, um estado de coisas inconstitucional, uma vez que se encontra, lamentavelmente, em uma violação maciça e sistematizada de direitos fundamentais, necessitando de uma ação conjunta de todos os três poderes para superar tal situação.

Nesse norte, os presídios femininos não são exceção, tendo inclusive necessidades específicas que divergem dos presídios masculinos pela própria condição em que a mulher se encontra na sociedade, assim como condições biológicas diversas, a exemplo da gestação e a subsequente maternidade.

A proteção às necessidades das mulheres já vem, paulatinamente, sendo objeto de proteção do ordenamento jurídico brasileiro, assim como de normas internacionais. Nesse sentido, o ministro Ricardo Lewandowski trouxe como exemplo, em seu voto, o art. 5º, L e XLVIII, da Constituição Federal, que assegura às presidiárias condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação, assim como o direito de as mulheres cumprirem pena em estabelecimento distinto dos homens.

No que tange à legislação infraconstitucional, importante lembrar da lei 11.942/2009, que promoveu mudanças na Lei de Execução Penal, passando a prever o acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido, a existência de berçário nas penitenciárias, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los até, no mínimo, 6 (seis) meses de idade, bem como a existência de creche para abrigar crianças maiores.

A Corte Suprema também utilizou como fundamento normas jurídicas internacionais, a exemplo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e da Convenção Americana de Direitos Humanos. Também ressaltou, dando destaque à Organização das Nações Unidas, as Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros (Regras de Mandela) e especialmente as regras de Bangkok que trazem normas específicas voltadas às mulheres encarceradas.

Apesar de todo esse arcabouço normativo internacional que dá guarida a um tratamento humano e satisfatório às mulheres encarceradas, em especial gestantes e mães de crianças, a realidade é que o Brasil segue descumprindo tais normas, como lembrou o ministro relator Ricardo Lewandowski:

“Apesar de o Governo Brasileiro ter participado ativamente das negociações para a elaboração das Regras de Bangkok e a sua aprovação na Assembleia Geral das Nações Unidas, até o momento elas não foram plasmadas em políticas públicas consistentes, em nosso país, sinalizando, ainda, o quanto carece de fomento a implementação e a internalização eficaz pelo Brasil das normas de direito internacional dos direitos humanos.”^[8]

Em relação às crianças, a debatida decisão vem para dar eficácia a dispositivos legais que as protegem, desde o art. 227 e demais da Constituição Federal, assim como a todo o Estatuto da Criança e do Adolescente, norma doutrinariamente classificada como de proteção integral aos menores.

Além do mais, surge também como fundamento o recentemente promulgado Estatuto da Primeira Infância que alterou o art. 318 do Código de Processo Penal alargando as hipóteses de prisão domiciliar preventiva, passando a possibilitar o cárcere domiciliar em caso de mulher gestante e/ou com filho menor de 12 (doze) anos de idade.

Na lide coletiva em questão houve a discussão de como deveria ser interpretado o mencionado art. 318, chegando-se à conclusão que o verbo “poderá” tem como melhor interpretação “deverá”, não havendo necessidade de se conjugar com os demais requisitos da prisão provisória, facilitando a concessão de liberdade.

Assim, fixou o Supremo Tribunal Federal que, como regra, as presidiárias provisórias gestantes, com crianças menores de 12 (doze) anos ou com deficiência, responderão o processo em prisão domiciliar, priorizando o princípio constitucional da individualização da pena em que a

criança, ser vulnerável, não pode sofrer as consequências da pena recebida pela mãe.

4. Conclusão:

Isso posto, a Corte Suprema, ao receber e conceder ordem de *habeas corpus* coletivo, de forma inédita, deu interpretação conforme à Constituição Federal, lendo o ordenamento jurídico em sua totalidade e não apenas enxergando o Direito através de normas específicas e isoladas. Ademais, traz posicionamento voltado à concretização dos Direitos Humanos e dos ideais de justiça social, não sendo apática à difícil realidade da sociedade brasileira.

Espera-se que essa decisão sirva de paradigma para a utilização do *habeas corpus* coletivo como forma de tutelar direitos violados de forma maciça, dando maior acesso à justiça, contribuindo para a celeridade e uniformização da jurisprudência nacional.

5. Referências:

CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso a? Justic?a*. Traduc?a?o de Ellen Grace Northfleeet. Sergio Antonio Fabris Editor. 1988.

LIMA, Thais. Ministros, precisamos falar sobre Habeas Corpus coletivo. Disponível em: <https://jota.info/colunas/a-defesa/defesa-senhores-ministros-precisamos-falar-sobre-habeascorpus-coletivo-22092016>. Acesso em: 09 de março de 2018.

MASSON, Cleber. *Direito penal esquematizado. – Parte geral – vol. 1*. São Paulo: Método, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

ROCHA, Jorge Bheron. Habeas Corpus coletivo: uma proposta de superação do prisma individualista. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-30/tribuna-defensoria-hc-coletivo-proposta-superacao-prisma-individualista>. Acesso em 08 de março de 2018.

NOTAS:

[1] MENDES, G. F. Curso de direito constitucional. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 412-413.

[2] CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso a? *Justic?a*. Traduc?a?o de Ellen Grace Northfleet. Sergio Antonio Fabris Editor. 1988, p. 37.

[3] LIMA, Thais. Ministros, precisamos falar sobre Habeas Corpus coletivo. Disponível em: <https://jota.info/columas/a-defesa/defesa-senhores-ministros-precisamos-falar-sobre-habeascorpus-coletivo-22092016>. Acesso em 09 de março de 2018.

[4] ROCHA, Jorge Bheron. Habeas Corpus coletivo: uma proposta de superação do prisma individualista. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-30/tribuna-defensoria-hc-coletivo-proposta-superacao-prisma-individualista>. Acesso em 08 de março de 2018.

[5] Masson, Cleber. Direito penal esquematizado. – Parte geral – vol. 1. São Paulo: Método, 2012, p. 40- 41.

[6] Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>

[7] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 572 - 573.

[8] Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>

FEMINICÍDIO: O REFLEXO DO MACHISMO NA SOCIEDADE BRASILEIRA

MARIANA MINGRONE: Graduada na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Advogada colaboradora da Defensoria Pública da União em São Paulo.

Resumo: O artigo traz uma breve síntese sobre a conquista de alguns direitos fundamentais das mulheres no Brasil, bem como sua lenta e gradual representatividade na vida em sociedade. Apresenta-se os reflexos que a sociedade machista trouxe no impasse para a conquista de tais direitos e como se tornou uma das justificativas para aumento do número de feminicídios. O texto evidencia ainda as consequências que o patriarcalismo e a desigualdade entre os gêneros ocasionou trazendo graves consequências no âmbito criminal no que tange a segurança e integridade da mulher. Por fim, faz-se considerações sobre possíveis medidas que possam reduzir tamanho problema social.

Palavras-chaves: Machismo. Feminicídio. Igualdade de gêneros.

Sumário: 1.Introdução – 2. Breve contexto da luta pela igualdade de gênero no Brasil – 3. Os reflexos do machismo e o índice de feminicídios no Brasil – 4. Diretrizes para o combate do feminicídio – 5. Considerações finais – 6.Refeências Bibliográficas.

1. Introdução

No Brasil, houve momentos nas constituições do país que a igualdade não existia em seu sentido formal, legitimando certas formas de discriminação das minorias sociais. Depois de um longo período de violações dos direitos fundamentais e censura da liberdade, finalmente, é promulgada a Constituição Federal de 1988.

A igualdade passa a ter forma de princípio maior. Inicialmente, no Preâmbulo do texto, e em seguida, o artigo 3º destaca a redução das desigualdades como objetivo do Estado brasileiro, e também, o artigo 5º, I dispõe que a igualdade é também direito fundamental, - "*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos*

brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”- e visa garantir uma vida digna, sem privilégios odiosos e sem discriminação a todos.

Atualmente, a universalidade é o fundamento do direito à igualdade e determina que todos os seres humanos são iguais e devem usufruir das mesmas condições na prática desses direitos. O direito a igualdade consta no artigo I da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que dispõe: *“todas as pessoas nascem livres iguais em dignidade e direito”*. No entanto, avanços nessa conquista só foi possível depois de um longo período de luta pela isonomia entres os gêneros.

Em uma sociedade fundamentada em conceitos machistas e no patriarcado, a igualdade muitas vezes fica só no papel, trazendo graves consequências para as mulheres, dentre elas o aumento do número de feminicídios ao longo dos anos.

2. Breve contexto da luta pela igualdade de gênero no Brasil

A igualdade de gênero, teve uma longa e difícil jornada ao longo da história. No Brasil, nos cem primeiros anos de constitucionalismo sequer se cogitava a participação da mulher na sociedade.

No início do século XIX, grupos de mulheres se reuniram almejando algum espaço na área da educação e do trabalho, notória a figura de Myrtes de Campos como a primeira advogada do Brasil.

Ainda em passos lentos - depois de anos de reivindicações - apenas em 1932, oficialmente foi conquistado o direito de a mulher votar e ser votada, enquanto o do homem, data-se que em meados de 1555 tal direito já fazia parte do universo masculino. No entanto, com viés machista, apenas as mulheres casadas, com autorização dos maridos, e as solteiras e viúvas que tivessem renda própria possuíam tal direito. Em 1934, as restrições ao voto feminino foram eliminadas e, em 1946, a obrigatoriedade do voto foi estendida às mulheres.

Fortalecidas pelo movimento feminista – baseado na igualdade de direitos entre homens e mulheres - que começava a ganhar um pouco mais de espaço, na década de 50, com a volta da democracia, destacam-se as figuras das advogadas Romy Martins Medeiros da Fonseca e Orminda Ribeiro Bastos. Indignadas com a reprimenda da cultura machista,

elaboraram uma nova proposta que ampliasse os direitos das mulheres. Somente dez anos depois conseguiram acabar com a tutela dos maridos sobre as mulheres, não sendo mais necessária a autorização do marido caso quisessem trabalhar fora de casa, receber herança, viajar e dentre outros direitos.

Marcada pela liberação sexual, com o advento da pílula anticoncepcional, e pelos movimentos que trazem como questão a mulher negra, indígena e homossexuais, as ideias feministas de Simone de Beauvoir ganham destaque na luta pelos direitos das mulheres na década de 60. Contudo, o direito de associação sofre reprimenda no contexto ditatorial e tais ideias ficam adormecidas.

Com a volta da democracia, as mulheres ganham mais protagonismo no governo com a criação do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, em 1985. Foi também aberta a primeira Delegacia de Defesa da Mulher, especializada no atendimento de vítimas de agressão doméstica e de casos de violência contra a mulher.

Anos mais tarde, após um lamentável episódio de violência contra a mulher, foi promulgada a Lei Maria da Penha, em 2006, grande passo para a prevenção da violência doméstica.

A figura feminina na sociedade brasileira, especificamente, foi bastante enraizada pela figura paternalista e pela posição do homem como seu dono, anulando durante muito tempo os direitos inerentes às mulheres. Esse contexto machista foi o propulsor para que episódios de violência se tornassem naturais e frequentes na sociedade brasileira, trazendo dados alarmantes até hoje, quase 30 anos depois da promulgação da Constituição de 1988.

3. Os reflexos do machismo e o índice de feminicídios no Brasil

Como já visto nesse texto, a sobreposição de que os homens são superiores às mulheres é uma ideia impregnada na história do Brasil. A agressão não vinha somente da sociedade, mas do Estado que, apropriado do machismo, fomentava a diferença entre os gêneros.

Assim, os reflexos desse comportamento e dessa cultura baseada na inferiorização da mulher, trouxeram índices desastrosos da violência de gênero. Com a pressão social diante da omissão do Estado na

perpetuação dessa violência, as organizações internacionais recomendavam a adoção de medidas contra o índice de feminicídios.

No Brasil, o crime de feminicídio foi definido legalmente com a entrada em vigor da Lei nº 13.104/2015, alterando o artigo 121 do Código Penal e incluído também como circunstância qualificadora do homicídio, adicionado ao rol de crimes hediondos.

A importância da tipificação foi para dar visibilidade ao problema, traçando margens da sua extensão, bem como, o aprimoramento das políticas públicas para combater essa violência. Carmen Heins de Campos, advogada doutora em Ciências Criminais e consultora da CPMI que investigou a violência contra as mulheres no Brasil, ensina: *“O feminicídio é a ponta do iceberg. Não podemos achar que a criminalização do feminicídio vai dar conta da complexidade do tema. Temos que trabalhar para evitar que se chegue ao feminicídio, olhar para baixo do iceberg e entender que ali há uma série de violências. E compreender que quando o feminicídio acontece é porque diversas outras medidas falharam. Precisamos ter um olhar muito mais cuidadoso e muito mais atento para o que falhou”* (1).

Segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), o número de assassinatos chega a 4,8 para cada 100 mil mulheres (2); 13 mulheres morreram todos os dias em 2013 vítimas do feminicídio e 33% por parceiro ou ex-parceiro (3); a cada 7,2 segundos uma mulher é vítima de violência física no Brasil (4); 70% dos estupros são cometidos por parentes, namorados, amigos e conhecidos da vítima (5); 27% das mulheres vítimas de violência não denunciam e nem pedem ajuda (6); em 2013 o número de assassinatos de mulheres negras cresceu 54% - infelizmente, abarcadas também pelo exclusão étnico-socioal (7).

A taxa de feminicídios no Brasil é a quinta maior do mundo, dados da ONU Mulheres indicam que 66% dos brasileiros já presenciaram uma mulher sendo agredida física ou verbalmente em 2016 (8). O machismo viola os direitos fundamentais das mulheres e tira oportunidades. Eleonora Menicucci, socióloga e professora titular de saúde coletiva da Universidade Federal de São Paulo, ministra da Secretaria de Políticas para as Mulheres entre 2012 e 2015, ensina: *“Trata-se de um crime de ódio. O conceito surgiu na década de 1970 com o fim de reconhecer e dar visibilidade à discriminação, opressão, desigualdade e violência sistemática contra as*

mulheres, que, em sua forma mais aguda, culmina na morte. Essa forma de assassinato não constitui um evento isolado e nem repentino ou inesperado; ao contrário, faz parte de um processo contínuo de violências, cujas raízes misóginas caracterizam o uso de violência extrema. Inclui uma vasta gama de abusos, desde verbais, físicos e sexuais, como o estupro, e diversas formas de mutilação e *debarbárie*”(9).

4. Diretrizes para o combate do feminicídio

A violência contra a mulher – como já abordado anteriormente – é oriunda de uma sociedade patriarcal, cuja cultura por muito tempo foi aceita e consagrada na submissão da mulher perante o homem.

Ainda que a promulgação da lei do feminicídio seja um importante avanço na militância da questão, não resolve o problema, as leis não coíbem a prática do machismo. É preciso romper essa cultura machista, e, para isso, leva-se tempo, mas somente com programas educacionais que ressaltem a igualdade de gênero isso será possível

A OMS faz recomendações ao combate do feminicídio. Como a questão é cultural, inserir diretrizes que modifiquem o pensamento machista podem ser interessantes. Capacitar e sensibilizar profissionais da saúde e policiais é uma forma de dar alarde a questão, buscando mecanismos que tragam segurança a vítima no momento da denúncia.

Além disso, a baixa participação da mulher na política não consegue levar ao Poder Público projetos de políticas públicas e ações afirmativas que visem a redução da propagação da cultura machista. A pouca participação da mulher na política já é reflexo da cultura machista, é preciso cortar esse ciclo vicioso.

Outro importante meio, é reduzir a posse de armas e fortalecer leis sobre as mesmas. Não permitir retrocessos a esse tipo de lei é fundamental; o risco de morte entre mulheres vítimas de feminicídio cresce 3 vezes quando existe uma arma em casa. A cada 2 segundos uma mulher é vítima de arma de fogo no Brasil (10).

5. Considerações finais

Assim, ainda que a sociedade seja bastante fundamentada no patriarcalismo, a Lei 13.104/2015 vem para dar maior visibilidade e alarme

à violência de gênero, sendo um importante passo no combate a esse tipo de violência - por tanto tempo camuflado na sociedade.

Ainda que os resultados da proposta estejam longe de serem atingidos, a iniciativa convida a sociedade a repensar os estereótipos, as ideias pré-concebidas de papéis sociais denominados masculinos ou femininos e as crenças limitantes que inserem as mulheres em um grupo social inferior aos homens e sujeito à vontade destes. Ainda existe um abismo entre os direitos dos homens e das mulheres.

O feminicídio é grave e existe. Um dia difícil, o uso de drogas, o álcool, o ciúme, não são justificativas para a violência. A culpa nunca é da vítima e ninguém deve ser responsabilizado pela violência que sofreu.

6. Referências Bibliográficas

- (1) Disponível em: <<http://www.agenciapatriciagalvao.org.br/dossies/feminicidio/capitulos/o-que-e-feminicidio/>>. Acesso em 21 de novembro de 2017.
- (2) Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/onu-feminicidio-brasil-quinto-maior-mundo-diretrizes-nacionais-buscam-solucao/>>. Acesso em 21 de novembro de 2017.
- (3) Disponível em: < <http://www.mapadaviolencia.org.br/>>. Acesso em 21 de novembro de 2017
- (4) Disponível em: < <https://www.relogiosdaviolencia.com.br/>>. Acesso em 23 de novembro de 2017.
- (5) Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/artigo/21/estupro-no-brasil-uma-radiografia-segundo-os-dados-da-saude->. Acesso em 23 de novembro de 2017.
- (6) Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/institucional/datasenado/arquivos/autenta-numero-de-mulheres-que-declaram-ter-sofrido-violencia>>. Acesso em 23 de novembro de 2017.
- (7) Disponível em: < <http://www.mapadaviolencia.org.br/>>. Acesso em 21 de novembro de 2017.

- (8) Disponível em:< <https://nacoesunidas.org/onu-feminicidio-brasil-quinto-maior-mundo-diretrizes-nacionais-buscam-solucao/>>. Acesso em 24 de novembro de 2017.
- (9) Disponível em:
<<http://www.agenciapatriciagalvao.org.br/dossies/feminicidio/capitulos/o-que-e-feminicidio/>>. Acesso em 21 de novembro de 2017.
- (10) Disponível em:
< <https://www.terra.com.br/noticias/mundo/violencia-contra-mulher/>>.
Acesso em 25 de novembro de 2017.

A REFORMA DA PREVIDÊNCIA: A CONTA VAI PARA OS TRABALHADORES

BENIGNO NÚÑEZ NOVO: Advogado, doutor em direito internacional pela Universidad Autónoma de Asunción.

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo a discussão da reforma da previdência. Levantamento aponta que o problema da previdência no Brasil é a dívida acumulada de grandes bancos e empresas. Após 31 audiências no Senado, a Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) que apura o 'rombo' da Previdência, é necessário que o Governo repasse à Previdência os milhões de reais arrecadados à custa do trabalhador brasileiro, além de reafirmar a inexistência do déficit na Seguridade Social. O relatório também mostra que há uma dívida acumulada de grandes bancos e empresas, como Itaú, Bradesco, Caixa Econômica, Banco do Brasil, montadoras de automóveis, e a JBS, que ultrapassa mais de R\$ 500 bilhões de reais. Não é possível convivermos com os grandes devedores que não estão pagando a Previdência. Medidas para mudar a Previdência Social, como uma forma de combate mais efetivo à inadimplência.

Palavras-chave: A Reforma da Previdência; Sistema tributário desigual; Injustiça social; Sonegação; Grandes Devedores.

ABSTRACT: The purpose of this article is to discuss social security reform. Survey points out that the problem of social security in Brazil is the accumulated debt of large banks and companies. After 31 hearings in the Senate, the Parliamentary Commission of Inquiry (CPI) that determines the 'breakdown' of Social Security, it is necessary for the Government to transfer to the Pension Plan the millions of reais collected at the expense of the Brazilian worker, besides reaffirming the lack of the deficit in the Social Security. The report also shows that there is an accumulated debt of large banks and companies, such as Itaú, Bradesco, Caixa Econômica, Banco do Brasil, automobile assemblers, and JBS, which exceeds R \$ 500 billion reais. It is not possible to coexist with the large debtors who are not paying Social Security. Measures to change Social Security, as a form of more effective fight against delinquency.

Keywords: The Pension Reform, Unequal tax system, Social injustice, Evasion, Large Debtors.

RESUMEN: El presente artículo tiene como objetivo la discusión de la reforma de la previsión. El levantamiento apunta que el problema de la previsión en Brasil es la deuda acumulada de grandes bancos y empresas. Después de 31 audiencias en el Senado, la Comisión Parlamentaria de Investigación (CPI) que apura el 'rombo' de la Previdencia, es necesario que el Gobierno repase a la Previsión los millones de reales recaudados a costa del trabajador brasileño, además de reafirmar la inexistencia del déficit en el Senado, Seguridad Social. El informe también muestra que hay una deuda acumulada de grandes bancos y empresas, como Itaú, Bradesco, Caixa Econômica, Banco do Brasil, automotores, y JBS, que sobrepasa más de R \$ 500 mil millones de reales. No es posible convivir con los grandes deudores que no están pagando la Previsión. Medidas para cambiar la Previsión Social, como una forma de combate más efectivo al incumplimiento.

Palabras clave: La reforma de la previdência, Sistema tributario desigual, Injusticia social, Evasión de impuestos, Grandes deudores.

1 INTRODUÇÃO

Reforma da Previdência Social, ou simplesmente reforma previdenciária, é a implementação de medidas legislativas que venham a alterar substantivamente a legislação previdenciária de um país.

No Brasil, a previdência social está no âmbito do programa de seguridade social. É sustentada principalmente por meio do recolhimento ao INSS, pelas empresas, de 20% sobre o valor das remunerações pagas a cada mês, aos empregados. Desses 20%, a empresa desconta 8% a 11% da remuneração do trabalhador.

Além disso, as empresas também contribuem para a previdência mediante o recolhimento de:

Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (COFINS), que é proporcional à receita bruta

Programa de Integração Social (PIS), também proporcional à receita da empresa

Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), proporcional ao lucro líquido da empresa.

Os valores provenientes da arrecadação dessas contribuições constituem receitas vinculadas, isto é, só podem ser destinadas à seguridade social e não a outras finalidades.

Conforme estabelece a Constituição, deve haver previsão, nos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, de destinação de recursos à previdência social.

Tem sido apontada a necessidade de reforma do sistema previdenciário, que seria, alegadamente, deficitário. Esse déficit seria resultante da diferença entre a arrecadação e os benefícios concedidos. Alega-se também que, dada a maior expectativa de vida da população, o aumento do número de pessoas inativas tende a ser maior que o aumento do número de pessoas ativas.

Nos últimos 20 anos, o país já passou por duas reformas previdenciárias de Propostas de Emenda à Constituição (PEC). A terceira dessas reformas (objeto da PEC 287/2016) está em discussão pelo Congresso Nacional e basicamente altera os critérios para a concessão de aposentadoria, aumentando a idade mínima e o tempo de contribuição requeridos, além de modificar a forma de cálculo dos benefícios, sendo proposta uma "regra de transição" para os contribuintes do antigo sistema.

2 DESENVOLVIMENTO

A Previdência Social no Brasil tem origens datadas do século XIX. A primeira legislação nesse sentido foi em 1888, quando foi regulamentado o direito à aposentadoria para empregados dos Correios.

Em 1923, a Lei Eloy Chaves, Decreto nº 4.682, criou a Caixa de Aposentadoria e Pensões para empregados de empresas ferroviárias. Em três anos, a lei foi estendida para trabalhadores de empresas portuárias e marítimas.

Em 1930, Getúlio Vargas suspendeu essas aposentadorias e promoveu uma reestruturação que acabou por substituí-las por Institutos de Aposentadorias e Pensões (IAPs), que eram autarquias de nível nacional centralizadas no governo federal; a filiação passou a ser por categorias profissionais.

Em 1960, foi criada a Lei Orgânica de Previdência Social, unificando a legislação referente aos institutos de aposentadorias e pensões. A esta altura, a Previdência Social já beneficiava todos os trabalhadores urbanos. E em 1966, foi criado o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), órgão público previdenciário federal brasileiro, resultado da fusão dos Institutos de Aposentadoria e Pensões existentes na época, que passou a administrar o sistema de previdência e seguridade social brasileiro a partir de então.

Mais tarde, a Constituição Brasileira de 1988 instituiu a Seguridade Social, com base no tripé Saúde, Previdência e Assistência Social, abrangendo as aposentadorias, pensões, auxílio-doença, salário-maternidade, salário-família, auxílio-reclusão, Sistema Único de Saúde, dentre outros direitos do trabalhador. Em seu artigo 195, a Constituição de 1988 estabeleceu:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I - dos empregadores, incidente sobre a folha de salários, o faturamento e o lucro;

II - dos trabalhadores;

III - sobre a receita de concursos de prognósticos.

Desde então, o sistema previdenciário brasileiro tem sido caracterizado pelo sistema de partição. Porém, os problemas relativos ao déficit do sistema têm sido apontados de maneira recorrente, ao longo dos anos. Desde a promulgação da 1988, que trouxe o sistema aos moldes atualmente vigentes, houve três propostas de emenda constitucional visando a reforma do sistema previdenciário no país.

Atualmente o Brasil dos 43 países avaliados, em 2017 demonstrou ser o terceiro pior país para os aposentados.

PEC nº 20 de 1998

Em 1998, o governo federal mudou as então regras da previdência, com a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) de 1988, cujo teor previa a exigência de uma idade mínima para a aposentadoria: no caso das mulheres, 55 anos; e no caso do homem, 60 anos. Até então, a aposentadoria valia para quem contribuísse por 25 a 30 nos, no caso das mulheres; e 30 a 35 anos, no caso dos homens, mas sem limite mínimo de idade. Também foi criado o Fator Previdenciário na Emenda Constitucional nº 20/98, constante na Lei 9.876/99 que alterou dispositivos das Leis nº 8.212 e 8.213/91; além de uma regra de transição para aqueles já contribuintes do sistema antes da aprovação da PEC.

PEC nº 40 de 2003

Essa reforma visava estabelecer critérios de contribuição para o servidor público inativo e fixando a base de cálculo para a aposentadoria. Extingue as regras de transição para a aposentadoria voluntária, com ressalvas de opção de redução do valor para cada ano de antecipação. Os funcionários públicos já aposentados ou que contavam com o chamado direito adquirido tiveram assegurada na reforma a integralidade de seus benefícios. Os demais servidores podem chegar a ter a integralidade de vencimentos, mas para isso precisam seguir cinco requisitos: os homens ter 60 anos de idade, 35 anos de contribuição, 20 anos de serviço público, 10 anos de carreira e 5 anos no último cargo; as mulheres ter 55 anos e 30 anos de contribuição, além das outras três exigências. Se não

conseguirem preencher todos os requisitos, então passarão que se contentar com uma aposentadoria calculada pela média dos salários recebidos durante toda a vida profissional, o que resultará num benefício necessariamente inferior ao salário integral.

Os servidores que ingressarem no setor público após a promulgação da reforma jamais terão aposentadoria integral. Para estes, a reforma prevê o teto de R\$ 2,4 mil, equivalente ao pago pelo INSS como valor máximo de aposentadoria. Quem quiser ganhar mais, terá de contribuir com os fundos de previdência complementar.

PEC nº 287 de 2016

Em 2016, entrou em tramitação da PEC 287/2016, que propõe alterações no sistema previdenciário brasileiro, modificando as regras de aposentadoria, em razão da expectativa de vida média da população, a tendência de redução da população em idade ativa, entre outros aspectos. Assim, a PEC 287 propõe, por exemplo, aumento da idade mínima de aposentadoria - pelo menos 62 anos, para as mulheres, e pelo menos 65 anos, para os homens -, além de aumentar o tempo de contribuição para 49 anos para que o trabalhador receba a aposentadoria integral (cujo valor máximo, em 2017, é R\$5.531,31).

O tempo mínimo de contribuição à Previdência aumentaria 67%, passando de 15 para 25 anos. Vale lembrar que estes números podem mudar toda a hora devido ao debate existente em torno da proposta.

A PEC 287/2016 também propõe uma "regra de transição" para os trabalhadores regidos pela legislação atual, no sentido de mitigar efeitos adversos sobre direitos adquiridos.

Segundo a Associação Nacional dos Advogados da União (Anauni) e a Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil (Anfip), "a Reforma da Previdência, nos termos propostos na PEC 287/2016, "implode o Estado do Bem-Estar Social brasileiro trazido pela Carta Magna de 1988, ao promover mudanças profundas tendo como paradigma a "ditadura demográfica", da mudança da pirâmide etária."

Ainda segundo as entidades, o governo não apresenta medidas de ajuste pelo lado das receitas, tais como redução das isenções e renúncias previdenciárias; também não melhora os serviços de fiscalização, não agiliza a cobrança da dívida ativa previdenciária, concentrando-se "apenas na redução das aposentadorias, na restrição das pensões e no aniquilamento da assistência social, devida a idosos e deficientes." Os advogados da União e os auditores fiscais da Receita Federal também reafirmam e atestam que as áreas que constituem a Seguridade Social (Previdência, Saúde e Assistência Social) estão cobertas por orçamentos superavitários". Todavia, ocorre que o governo tem retirado recursos da seguridade "para bancar juros e amortização da paquidêmica dívida pública".

A Anfip diz, ainda, que o governo utiliza indevidamente, desde os anos 1990, recursos das contribuições sociais para pagar juros da dívida pública por meio do mecanismo da Desvinculação de Receitas da União (DRU). Isso permite ao governo gastar dinheiro de uma área em outra. "O governo contraria a Constituição ao utilizar recursos das contribuições sociais para pagar a dívida pública. Se quer mexer nos direitos, tem de mostrar dados verdadeiros", declara a presidente da Fundação Anfip, Maria Inez Rezende Maranhão.

Segundo a Análise da Seguridade Social 2015, publicada pela Anfip, o governo insiste em fazer ajustes mediante a redução de direitos sociais e dos serviços públicos prestados à sociedade, ou seja, mediante redução das despesas primárias (que são todas as despesas do governo, exceto as financeiras, isto é, juros e encargos da dívida), a fim de destinar mais recursos ao pagamento do serviço da dívida. Para a Anfip, o governo ignora outras medidas que poderiam resultar em maior justiça social e melhor distribuição da carga tributária — tais como a taxação de grandes fortunas ou das maiores heranças. Uma minoria da população, que sempre ganhou muito, mesmo em contextos de crise econômica, está submetida à menor carga tributária direta (aquela que incide sobre patrimônio, os juros e os lucros). "Os gastos financeiros — e não os gastos sociais — representam o maior gargalo das contas públicas." A conta de juros do governo brasileiro é desproporcional, pois o Brasil lidera o ranking das maiores taxas de juros do mundo, observando-se que a taxa básica de

juros é fixada pelo próprio governo, por intermédio do Copom do Banco Central do Brasil.

A reforma irá resultar em um grave retrocesso aos direitos sociais dos trabalhadores brasileiros, conquistas fruto de históricas lutas, já que, desde um projeto neoliberal para nossa nação, com as mudanças propostas, será sucateado todo o sistema público de Seguridade - criado na Constituição de 1988 e orientado pelos princípios da solidariedade e da universalidade para amparar financeiramente os trabalhadores e trabalhadoras, bem como seus familiares, substituindo sua remuneração, quando se encontram em situação de risco ou vulnerabilidade social. Sucateamento desse serviço público, outro destino ele terá senão a sua privatização, passando a ser oferecido por Bancos e instituições financeiras privadas, sob uma lógica de mercado, não enquanto direito.

Além das reduções no quadro de servidores e terceirizações já feitas nos últimos anos no INSS, a principal consequência das mudanças nas regras dos benefícios da Previdência será a redução no valor desses benefícios e o cerceamento de aposentadorias, já que menos pessoas poderão na prática acessar as aposentadorias e pensões ou goza-los por menos tempo do que hoje.

Em exposição na Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) que apura o 'rombo' da Previdência, o presidente do SINPROFAZ denunciou a pretensão do Governo com a PEC 287 que, em vez de reformar a Previdência, culminará com a extinção dela. "Todos concordamos que uma reforma deve ser feita para adequar a Previdência à realidade da expectativa de vida da população. Mas não é o que tem ocorrido desde a apresentação da proposta governamental. Nessa fase de iminente sepultação da Previdência, a CPI teve papel fundamental ao rebater os números falaciosos trazidos pelo Governo. O momento não é mais de diálogo, mas sim de resistência", defendeu Achilles Frias.

O presidente do SINPROFAZ destacou ainda a relevância do Sonegômetro, marca registrada do Sindicato, que calcula o quanto o Brasil perde anualmente com a sonegação fiscal: mais de meio trilhão de reais. "O grande problema não é a despesa com o pagamento da Previdência,

mas sim a receita que, ano a ano, vem sendo desprezada pelo Governo. Precisamos fortalecer a Procuradoria da Fazenda Nacional, assim como as demais instituições que combatem a sonegação, a fim de devolver esses valores aos cofres públicos”, explicou.

Segundo o relator da CPI, o senador Hélio José, os números divulgados pelo SINPROFAZ foram de fundamental importância, visto que escancararam o problema da sonegação e do beneficiamento dos grandes devedores pelo Governo. “Estamos na luta em prol dos trabalhadores e o SINPROFAZ esteve conosco desde a primeira audiência da CPI. Juntos, comprovamos que as contas estavam erradas e que não há déficit da Previdência. O que há é má gestão, é um sucateamento do INSS. Quem votar a favor da PEC 287, dessa ‘PEC da morte’, não volta para representar o povo no Congresso Nacional.”

Entre abril e outubro de 2017, a CPI da Previdência realizou 31 audiências públicas e ouviu 144 especialistas. A Comissão concluiu que a Previdência é superavitária e que o discurso do Governo, o qual afirma que, em pouco tempo, não haverá dinheiro para pagar aposentados e pensionistas, não passa de uma grande mentira. No relatório, aprovado por unanimidade, a CPI indica que é preciso cobrar os grandes devedores e acabar com os Refis, a DRU e a apropriação indébita.

Idade mínima para a aposentadoria

Como é hoje? Segundo a Lei 8.213/91, para se aposentar, pode-se optar pela aposentadoria por idade - em que se exige 180 meses de contribuição e a idade mínima de 65 anos, homem, e 60 anos, mulher, com redução de 5 anos no caso de trabalhadores rurais - ou pela aposentadoria por tempo de contribuição (na qual se aplica a regra 85/95 - a soma da idade mais o tempo de contribuição deve ser de 85 anos para mulheres e 95 anos para homens). O que vem com a Reforma da Previdência? A reforma pretende acabar com a aposentadoria por tempo de contribuição. Inicialmente era previsto na proposta uma idade mínima única de 65 anos para todas as modalidades de aposentadoria, aplicada também tanto para homens como mulheres, trabalhadores urbanos e rurais.

No relatório da PEC apresentado pelo deputado Arthur Maia (PPS-BA), na comissão especial da Câmara, houve recuo do Governo nessa questão da idade mínima, ante às mobilizações dos sindicatos e movimentos sociais. Assim, no texto atual, a proposta é de se ter uma idade mínima de 65 anos para homens e 62 para mulheres, válida aos trabalhadores urbanos e servidores públicos. Já os trabalhadores rurais, terão que ter 60 e 57 anos (homens e mulheres).

Assim, a principal consequência dessa regra será o de aprofundar desigualdades sociais no Brasil - irá gerar mais desequilíbrios, impor num país tão desigual regras mais rígidas que as praticadas por nações desenvolvidas. Assim é injusto, por exemplo, um trabalhador rural do nordeste brasileiro ser submetido a regras de aposentadoria mais exigentes do que as praticadas ao trabalhador urbano da Escandinávia. No Brasil, segundo dados do relatório lançado pela Anfi e Dieese, a expectativa de sobrevida aos 65 anos é três anos inferior aos países centrais do capitalismo; já a expectativa de vida ao nascer no nosso país (75 anos) é seis anos inferior àquelas nações; desse modo, a expectativa de duração da aposentadoria aqui é cerca de oito anos inferior à verificada nos países desenvolvidos.

Tempo de contribuição para se aposentar

Outra mudança significativa nas regras da aposentadoria, que dificultará os trabalhadores de se aposentarem, será quanto ao tempo de contribuição. Como dito acima, hoje, o trabalhador precisa, em regra, de realizar 180 contribuições mensais (cerca de 15 anos, na aposentadoria por idade). Quais as mudanças com a Reforma? Nas regras presentes na Reforma proposta pelo governo, cria-se um regime único de aposentadoria em que esse tempo mínimo de contribuição aumentará para 25 anos. Tal regra irá prestigiar os poucos trabalhadores que conseguirem acessar empregos e se manter por mais tempo no mercado de trabalho formal.

Valor e forma de cálculo da aposentadoria

Outra regra que resultará em grande prejuízo aos direitos sociais dos trabalhadores brasileiros, caso aprovada a PEC 287, será a nova forma de

cálculo do valor da aposentadoria. Em resumo, segundo o proposto inicialmente pelo governo, o valor do benefício de aposentadoria seria equivalente a 51% do salário de benefício (antes era 70%) – calculado pela média de todos salários de contribuição dos 25 anos (antes era sobre a média dos 80% maiores salários de contribuição) -, mais 1% por ano de contribuição. Portanto, ao se aposentar o valor que o trabalhador receberia de aposentadoria todo mês seria de 76% das médias de contribuições (51% mais 25% referente aos 25 anos de contribuição), sendo necessário trabalhar por 49 anos para se ter a aposentadoria integral.

O governo recuou nessa questão também. Segundo o atual texto da Reforma, em vez de trabalhar-se 49 anos seguidos para a aposentadoria integral, será exigido 40 anos de contribuição.

A forma de cálculo da aposentadoria passaria a ser seguinte: o valor será correspondente a 70% da média salarial, mais uma porcentagem que aumenta progressivamente (primeiro 1,5%, depois 2% e 2,5%). 25 anos de contribuição levarão a receber 70% da média salarial; 30 anos, 77,5% da média salarial; 35 anos de contribuição, 87,5%; e 40 anos que resultará em 100% da média salarial recebida ao longo de toda vida. Ou seja, na prática, considera-se que a pessoa trabalhará 40 anos ininterruptamente, contribuindo ao INSS, sem nunca ter ficado desempregado, na informalidade ou contratado sem carteira. Mesmo com esse recuo na proposta ainda fica clara a intenção do governo de diminuir os valores das aposentadorias e, dessa forma, fazer o povo trabalhar mais e ganhar menos.

O fim da aposentadoria rural

Em relação às regras da aposentadoria de trabalhadores rurais, também houve recuo frente às mobilizações dos sindicatos rurais e do Abril Vermelho, promovido pelo MST. Como é hoje? Atualmente, para acessar à aposentadoria, o trabalhador rural, ao atingir os 55 anos de idade (mulher) e 60 anos (homem), apenas precisar comprovar junto ao INSS que exerceu o trabalho no campo por 15 anos, não necessariamente de forma ininterrupta, mas principalmente no período mais recente. Em geral, essa comprovação é realizada mediante documentos, como declarações do

sindicato de trabalhadores rurais (STTR's), declaração de beneficiário da reforma agrária emitida pelo INCRA (se for este o caso) ou mesmo notas de venda de produtos agrícolas. Tal regime especial de aposentadoria à mulher e homem do campo é considerado como medida de combate à desigualdade social no meio rural e promoção de distribuição de renda.

Como estava previsto inicialmente na Reforma Previdenciária? Todos os trabalhadores do campo, homens e mulheres, teriam que atingir a idade mínima de 65 anos, além de tornar obrigatória a contribuição em caráter individual a ser feito a cada membro da família com pagamento mensal por 25 anos, alíquota a ser definida em lei. Com o recuo, como está a atual proposta em votação no Congresso Nacional? Em vez da idade mínima de 65 anos, passará a se exigir a idade mínima de 60 e 57 anos (homens e mulheres) para se aposentar, mantendo-se a exigência de contribuições mensais por 15 anos aos INSS. Ou seja, na prática, a proposta do governo ainda segue retirando o direito à aposentadoria dos povos do campo – seria o fim da aposentadoria rural.

Mudanças na pensão por morte

A pensão por morte é um benefício pago aos dependentes (cônjuge, companheiro/a e/ou filhos) do/a trabalhador/a segurado do INSS que vier a falecer, visando a manutenção da renda da família. Como é hoje? O valor pago corresponde à 100% do valor da aposentadoria que o segurado falecido recebia ou que teria direito; é possível a acumulação por parte do dependente de receber aposentadoria e pensão; duração de 4 meses da pensão, caso o casamento ou união estável tiver sido iniciado em 2 anos antes do óbito; duração variável de recebimento do benefício segundo a idade do dependente. O que muda? A Reforma estabelece uma nova forma de calcular o valor do benefício, o qual corresponderá à 50% da aposentadoria + 10% por filho dependente, sendo o reajuste anual deste desvinculado do salário-mínimo, não se acumulando essa parcela quando esse filho atingir a idade de 21 anos. Nada muda em relação à duração variável de recebimento da pensão.

Houve recuo nas regras desse benefício quanto à previsão inicial de estabelecer-se o teto um salário mínimo para a pensão por morte – na

proposta presente no relatório do deputado Arthur Maia, tal previsão foi excluída. Quanto ao acúmulo de pensão com aposentadoria, poderá ocorrer até o limite de dois salários mínimos – diverso do inicialmente previsto, que era a impossibilidade de acumulação - para quem ultrapassar esse valor, será possível optar pelo benefício de maior valor.

Regras da Previdência para servidores públicos, professores, militares e agentes da segurança pública

Diferente dos trabalhadores privados, grande parte dos servidores públicos (federal, estaduais e municipais) não se filiam à Previdência Social, ao INSS, mas tem um sistema próprio, com orçamento e regras próprias - apenas tem que respeitar as diretrizes gerais da Constituição. Em resumo, com a proposta inicial da Reforma da Previdência do governo golpista, a PEC287 prevê o fim das diferenças entre os regimes da Previdência Social e as Previdências Próprias dos servidores. Ou seja, as regras que debatemos acima sobre idade mínima, tempo de contribuição, cálculo do benefício das aposentadorias, as novas regras sobre pensão por morte, etc. passariam a ser aplicadas agora também a todos os servidores públicos. É o fim da integralidade (receber aposentadoria em valor igual à remuneração da ativa) e da paridade (reajuste da aposentadoria igual ao salário de quem está na ativa), bem como o teto de aposentadoria de servidores passaria a ser o teto do INSS.

Em relação aos professores, da iniciativa privada e do serviço público, que inicialmente segundo a PEC 287 não teriam regras especiais de aposentadoria, com o recuo, passarão a se aposentar com uma idade reduzida, em relação à regra geral, aos 60 anos de idade, mantendo-se os 25 anos de contribuição. Já os policiais federais e policiais legislativos, também houve recuo, pois tiveram a idade mínima fixada em 55 anos. Para homens, exigência de 30 anos de contribuição, sendo 25 em atividade policial. Para mulheres, exigência de 25 anos de contribuição, sendo 20 em atividade policial. Nada muda em relação aos policiais civis, sendo submetidos às regras gerais acima descritas. Já os policiais militares, bombeiros e militares das Forças Armadas, a Reforma da Previdência não os atingirá, podendo um projeto de lei ser enviado ao

Congresso Nacional posteriormente, bem como devendo cada governo estadual alterar a legislação estadual previdenciária.

Benefício assistencial

O BPC (Benefício de Prestação Continuada), pago a idosos e pessoas com deficiência que têm renda familiar per capita de até 25% do salário mínimo, não estando vinculado a contribuições ao INSS e pago a pessoas que não recebam outro benefício como aposentadoria ou pensão, não terá, como inicialmente pretendido na proposta do Governo, o seu valor desvinculado do salário mínimo. A reforma prevê ainda que a idade mínima, no caso dos idosos, subirá dos atuais 65 anos para 68, diverso da proposta inicial que era de 70 anos. Para as pessoas com deficiência, não há um limite de idade.

Regras de transição

Por fim, em relação às regras de transição para quem já está há mais tempo no mercado de trabalho, também houve recuo do governo em relação ao que estava previsto antes na Reforma. Assim, será exigido um "pedágio" de 30% sobre o tempo de contribuição que faltar para atingir 35 anos, para homens, e 30 anos, para mulheres, só podendo acessar essa regra especial de transição as mulheres acima de 53 anos de idade e os homens acima de 55 anos de idade, sendo elevada em um ano tal idade mínima de acesso a cada dois anos. Entendemos que, em verdade não há uma transição, algo gradual, de passagem de um sistema para outro, mas a criação de uma grande barreira que apenas restringe e cerceia o direito de se aposentar e os valores a serem recebidos.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Levantamento aponta que o problema da previdência no Brasil é a dívida acumulada de grandes bancos e empresas. Após 31 audiências no Senado, a Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) que apura o 'rombo' da Previdência apresentou um balanço dos trabalhos referentes ao primeiro semestre.

Na apresentação dos resultados, o presidente da CPI, senador Paulo Paim (PT-RS), voltou a reforçar que é necessário que o Governo repasse à Previdência os milhões de reais arrecadados à custa do trabalhador brasileiro, além de reafirmar a inexistência do déficit na Seguridade Social. O relatório também mostra que há uma dívida acumulada de grandes bancos e empresas, como Itaú, Bradesco, Caixa Econômica, Banco do Brasil, montadoras de automóveis, e a JBS, que ultrapassa mais de R\$ 500 bilhões de reais. A Previdência brasileira não é deficitária, mas sim superavitária. Ela demonstra, por exemplo, que setores do patronato arrecadam por ano cerca de R\$ 25 bi em torno do trabalhador e não repassam à Previdência, o que é apropriação indébita. Isso é crime.

O resultado esperado dessa CPI é propor medidas para mudar a Previdência Social, como uma forma de combate mais efetivo à inadimplência. Não é possível convivermos com os grandes devedores que não estão pagando a Previdência. Os dados apresentados pela CPI precisam ser amplamente divulgados para a sociedade.

A previdência necessita de uma reforma para combater os privilégios e a inadimplência dos grandes devedores.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 11 de fevereiro de 2018.

BRASIL. Emenda Constitucional 93, de 8 de setembro de 2016. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc93.htm. Acesso em: 11 de fevereiro de 2018.

PEC 287/2016 Inteiro teor. Proposta de Emenda à Constituição. Situação: Pronta para Pauta no Plenário (PLEN). Autor: Poder Executivo. Apresentação: 05/12/2016. Ementa: Altera os arts. 37, 40, 109, 149, 167,

195, 201 e 203 da Constituição, para dispor sobre a seguridade social, estabelece regras de transição e dá outras providências. Regime de Tramitação: Especial (Art. 202 c/c 191, I, RICD). Site da Câmara dos Deputados (Brasil).

Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal (Anfip) defende que rombo na previdência divulgado pelo governo é uma farsa e pede redução de renúncias fiscais para bancar aposentadorias. Por Gabriel Pontes. Fundação ANFIP de Estudos da Seguridade Social.

Sindicato Nacional dos Procuradores da Fazenda Nacional
<http://www.sinprofaz.org.br/noticias/no-senado-federal-sinprofaz-debate-relatorio-da-cpi-da-previdencia/>

O PODER DE POLÍCIA

BARBARA MOTA PESTANA: Graduada em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (2014). Pós-graduada em Direito Constitucional pelo Instituto Elpídio Donizetti (2017)

Resumo: Este trabalho busca analisar o poder de polícia em seus vários aspectos. Assim, aborda características e conceito deste poder, trazendo diferenciação entre as polícias: administrativa e judiciária. Disserta ainda sobre a possibilidade de delegação de tal poder, enfatizando sua fundamental relevância na preservação do interesse público.

Palavras-Chave: Poder de Polícia. Atributos. Discricionariedade. Autoexecutoriedade. Coercibilidade. Supremacia do interesse público. Polícia Administrativa. Polícia Judiciária.

Introdução

O Estado deve servir a coletividade. Assim, as relações sociais precisam ser disciplinadas a fim de proporcionar segurança à sociedade, resguardando a ordem pública. Nesse sentido, o ordenamento jurídico traz prerrogativas que são consideradas indispensáveis para que as finalidades públicas sejam atingidas, tem-se aí os poderes administrativos.

Nessa perspectiva, destaca-se que, através do poder de polícia, a Administração Pública é capaz de fiscalizar, controlar e restringir o exercício de determinados direitos e atividades individuais, bem como o uso de bens. Tudo isso visando o melhor interesse coletivo. Entretanto, faz-se necessário que exista um equilíbrio entre os direitos individuais e coletivos, não devendo existir supressão exagerada ou desrazoada de direitos. A atuação estatal respeitará o limite necessário para se atingir os fins pretendidos visando sempre o interesse público. A sociedade deve se guiar pela cooperação, a fim de conseguir, de fato, garantir e preservar os interesses públicos.

Poder de Polícia

O poder de polícia é um poder predominantemente negativo, ou seja, relaciona-se a uma obrigação de não fazer. Tal poder representa

limitações à liberdade e à propriedade dos particulares em prol do interesse público.

Nesse sentido, o poder de polícia tem como escopo a manutenção da ordem pública e como fundamento a supremacia do interesse público. No exercício de tal poder, o Estado impõe restrições aos interesses individuais em prol do interesse público.

Assim, Carvalho Filho afirma que no que se refere ao benefício resultante do poder de polícia, o interesse público constitui fundamento dessa prerrogativa do Poder Público. A intervenção do Estado nos direitos individuais apenas se justifica diante da finalidade que deve sempre nortear a ação dos administradores públicos, qual seja, o interesse da coletividade. [1]

O conceito de poder de polícia encontra-se exposto no Código Tributário Nacional, em seu art. 78 a conceituação que diz: “considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou obtenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, no exercício das atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do poder público, à tranquilidade pública ou o respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos”.

Nesse contexto, o poder de polícia é a atividade administrativa que limita o exercício dos direitos individuais em benefício da segurança e bem coletivo, uma vez que tal poder se fundamenta no princípio da predominância do interesse público sobre o do particular, colocando a Administração Pública em patamar de supremacia em relação aos particulares.

A polícia administrativa, por exemplo, é executora das leis administrativas. Assim, para exercer estas leis, a Administração não pode deixar de exercer sua autoridade indistintamente sobre todos os cidadãos que estejam sujeitos ao império destas leis. Daí manifesta-se na Administração uma supremacia geral.

Observa-se, que a expressão poder de polícia tem dois sentidos; um sentido amplo e um sentido estrito. O poder de polícia em sentido estrito é a prerrogativa da Administração Pública que pode restringir e condicionar a liberdade e a propriedade, configura-se atividade tipicamente

administrativa. Já em sentido amplo, tal poder relaciona-se a ação do Estado de restringir os direitos individuais, esse poder ser feito através da atuação do Poder Legislativo. Assim, pode-se perceber que o poder de polícia é uma prerrogativa da Administração Pública, que causa limitações aos particulares.

Polícia Administrativa e Polícia Judiciária

A polícia administrativa representa uma polícia preventiva, visando evitar conflitos futuros que possam ser causados quando se reitera um comportamento irregular. Assim, tal polícia tenta impedir que o interesse particular se sobreponha ao interesse público. Seu objetivo é manter a ordem pública geral e impedir possíveis infrações das leis.

Destaca-se, porém, que tanto a polícia administrativa quanto a polícia judiciária encontram-se no âmbito da função administrativa, visando o interesse público. Alguns afirmam que a principal diferença entre as duas polícias encontra-se no fato da polícia administrativa possuir caráter preventivo e da polícia judiciária ter caráter repressivo. Entretanto, deve-se observar que ambas podem agir repressiva ou preventivamente.

A polícia administrativa é exercida pelos órgãos da Administração Pública, enquanto a polícia judiciária é exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria. (art. 4 do Código de Processo Penal). Assim, tem-se que a polícia judiciária é exercida pela polícia civil e pela polícia militar.

Com relação a polícia civil, observa-se que esta que exerce, realmente, as funções de polícia judiciária. No que se refere a polícia militar, tem-se que a atividade ostensiva e de preservação da ordem pública será exercida por ela. Logo, a polícia administrativa é exercida por órgãos administrativos de caráter fiscalizador, enquanto a polícia judiciária é exercida pelas autoridades policiais.

A polícia administrativa incide sobre bens, direitos e atividades, enquanto a polícia judiciária atua sobre as pessoas; ambas exercendo função administrativa, ou seja, buscando o interesse público e o bem da coletividade.

A polícia judiciária tem como finalidade auxiliar o Poder Judiciário na aplicação da lei ao caso concreto, em cumprimento de sua função jurisdicional. Tal polícia visa investigar os delitos ocorridos, cumprindo seu

papel de amparar a atuação judicial. Assim, a polícia judiciária atua, em regra, repressivamente na perseguição e prisão dos que infringem as leis, cometendo delitos penais. Entretanto, apesar da predominância repressiva, a atividade da polícia judiciária também pode ser preventiva, como por exemplo, policiar regiões de risco. A própria ideia de efetuar prisões tem relação com a prevenção, uma vez que se o infrator for preso, não mais cometerá crimes.

Como diferença entre as duas polícias, cabe destacar que se o ilícito for somente administrativo, sendo ele preventivo ou repressivo, trata-se de polícia administrativa; entretanto, se o ilícito for penal, a polícia judiciária deverá agir no caso.

Atributos do Poder de Polícia

A doutrina brasileira, em regra, apresenta três atributos característicos do exercício do poder de polícia, tais como: a discricionariedade, a autoexecutoriedade e a coercibilidade.

1. Discricionariedade

Nota-se, que a lei acaba deixando margem de liberdade de apreciação quanto ao motivo ou o objeto do ato de poder de polícia. Assim, cabe a Administração decidir qual o melhor momento de agir, o meio de ação adequado ou a sanção cabível. Nesse sentido, a Administração realizará análise própria, decidindo qual o melhor meio, momento e sanção aplicável para a situação.

Na maior parte das medidas de polícia, é possível encontrar a discricionariedade. Logo, no que se refere à discricionariedade e à vinculação, pode-se afirmar que, na maioria das vezes, o poder de polícia é discricionário; entretanto, existe possibilidade de que tal poder seja vinculado. A discricionariedade ocorre quando a lei deixa margem de liberdade para certas situações, isso deve-se a impossibilidade do legislador prever todas as hipóteses possíveis para cada caso.

Assim, existem situações nas quais a Administração Pública terá que decidir qual o melhor procedimento para o caso, caracterizando a discricionariedade do poder de polícia. Porém, quando a lei estabelecer que a Administração siga soluções já determinadas, sem discricionariedade, estar-se-á diante do poder vinculado.

2- Autoexecutoriedade

No que se refere a autoexecutoriedade, esta relaciona-se a possibilidade da administração praticar atos, que serão colocados em imediata execução, não havendo necessidade de manifestação judicial. Assim, a autoexecutoriedade refere-se ao fato da Administração, através de seus próprios meios, ser capaz de executar suas decisões sem necessidade de se recorrer ao Poder Judiciário previamente.

Parte da doutrina divide a autoexecutoriedade em: exigibilidade e executoriedade. Com relação a exigibilidade, tem-se que a Administração é capaz de tomar decisões executórias, independente da concordância do particular, através do uso de meios indiretos de coação; um exemplo de exigibilidade poderia ser a multa por infração de trânsito. A executoriedade relaciona-se a possibilidade de se proceder a execução forçada, com utilização de força pública, se necessário.

Diante o exposto, observa-se que a exigibilidade relaciona-se aos meios indiretos de coação, como por exemplo à multa; e a executoriedade refere-se aos diretos de coação, tais como apreensão de mercadorias.

Dessa forma, percebe-se que a própria Administração impõe as medidas ou sanções de polícia administrativa. É ato de agir da Administração com os próprios meios, executando suas decisões sem necessidade de intervenção do Poder Judiciário.

A decisão da Administração Pública é imposta ao particular mesmo contra sua vontade. Nesse contexto, o meio que o particular possui para se opor à decisão tomada pela Administração é o Poder Judiciário, nos termos do art. 5º, XXXV da CF, uma vez que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Dessa forma, não se deve confundir a dispensa de manifestação do judiciário nos atos que são próprios da Administração Pública, com restrição ao acesso ao poder judiciário em caso de ameaça ou lesão a direito.

A própria Administração pode recorrer, previamente, ao judiciário quando visa a prática de atos que possam gerar resistência por parte dos particulares envolvidos. Como exemplo, pode-se citar a demolição de edificações irregulares.

3- Coercibilidade

A coercibilidade é indissociável da autoexecutoriedade. A ideia de coercibilidade relaciona-se ao fato da Administração Pública poder adotar

medidas a serem impostas coativamente ao administrado, podendo, inclusive, haver a utilização de força.

Assim, havendo resistência de um particular ao ato de polícia, a Administração poderá se valer da imperatividade para garantir o seu cumprimento. Tal medida possui força coercitiva, sendo classificada como poder de polícia com atividade negativa ou positiva. Majoritariamente, as atividades realizadas pela administração pública em face dos administrados são negativas, uma vez que os particulares sofrem uma limitação em sua liberdade (obrigação de não fazer), imposta pela própria Administração.

A coercibilidade ressalta o grau de imperatividade dos atos de polícia. Tal poder obriga os particulares a seguirem as diretrizes e os limites administrativos. Segundo José dos Santos Carvalho Filho, no que se refere a coercibilidade, tem-se que a polícia administrativa, como é natural, não pode curvar-se ao interesse dos administrados de prestar ou não obediência às imposições. Assim, se a atividade configurar um poder, proveniente do *ius imperii* estatal, tal atividade será desempenhada de forma a obrigar todos a observarem os seus comandos.^[2]

A imposição coercitiva dos atos de polícia independe de prévia autorização judicial, estando sujeita, entretanto, assim como ocorre com qualquer ato administrativo, a verificação posterior por parte do judiciário, que analisará a ilegalidade, que de acordo com o caso concreto, podendo levar a anulação do ato e a reparação ou indenização ao particular pelos danos que por ventura venham a sofrer.

Possibilidade de Delegação

Devido a importância do poder de polícia, a doutrina majoritária tem entendido pela impossibilidade de delegação, uma vez que permitir que particulares desenvolvessem tais atividades poderia levar a uma supressão do interesse público que acabaria submetido ao privado, desvirtuando, assim, a própria ideia do poder de polícia que é a preservação do bem-estar coletivo e do interesse público. Entretanto, a doutrina afirma ser possível a delegação de atividades preparatórias ou mesmo atividades posteriores ao poder de polícia.

Assim, tem-se que, doutrinariamente, há diferenciação entre o poder de polícia originário e o poder de polícia derivado. O poder de polícia

originário é exercido pela administração direta, enquanto o poder de polícia delegado é exercido pela administração pública indireta.

Com relação as pessoas jurídicas de direito público, é possível a delegação das atividades fiscalizadoras e de consentimento. Assim, entre os ciclos do poder de polícia, quais sejam: a) ordem (criação de normas jurídicas de caráter geral e abstrato, limitando os direitos particulares), b) fiscalização (atividade de vigilância para averiguar se as normas administrativas estão sendo respeitadas), c) consentimento (atividade de verificação quanto a possibilidade de o particular desempenhar determinada atividade, através de autorização, permissão e licença) e d) sanção (poder de coagir os particulares); apenas a fiscalização e o consentimento podem ser objeto de delegação.

Os particulares podem praticar atos de execução sem poder decisório, sendo tais atos, apenas, suporte às atividades da polícia administrativa. Assim, não existe poder decisório e sim prática de atos operacionais anteriores ou sucessores ao poder de polícia.

Não há nisto atribuição alguma de poder que invista os contratados em qualquer supremacia engendrada de desequilíbrio entre os administrados, afirma Celso Antônio Bandeira de Melo, uma vez que, não está aí envolvida expedição de sanção administrativa e nem mesmo a decisão sobre se houve ou não violação de norma de trânsito, mas mera constatação objetiva de um fato". [3]

Segundo a posição do STJ, essas atividades de fiscalização e consentimento poderiam até mesmo serem delegadas a pessoa jurídica de direito privado integrante da Administração Pública Indireta. Porém, no que se refere aos particulares de modo geral, pessoa física ou jurídica sem vínculo com a Administração Pública, a doutrina majoritariamente entende pela indelegabilidade.

O STF se coaduna com tal entendimento, uma vez que a atividade do poder polícia é atividade típica de Estado, devendo ser exercida pelo Poder Público, visando sempre o interesse público.

Referências

CARVALHO Filho, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 18. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

NOTAS:

[1] CARVALHO Filho, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011, pag. 76.

[2] CARVALHO Filho, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011, p 83.

[3] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 827.

A IMPOSSIBILIDADE DE ADIANTAMENTO PELA FAZENDA PÚBLICA DOS HONORÁRIOS PERICIAIS NA VIGÊNCIA DO CPC/15 E A SUPERAÇÃO DA APLICAÇÃO ANALÓGICA DA SÚMULA 232 DO STJ

OLÍVIA WALDEMBURGO DE OLIVEIRA ABRUNHOSA: Advogada formada na Universidade Federal Fluminense, residente jurídica da PGE-RJ. Especialista pós-graduada em Direito Público.

Resumo: Este trabalho pretende analisar os impactos do Novo Código de Processo Civil sobre o custeio dos honorários periciais em Ações Civis Públicas. Neste sentido, pretende-se abordar especificamente os precedentes judiciais que, por aplicação (analógica) da súmula nº 232 do STJ, determinam o adiantamento dos honorários periciais requeridos pelo Ministério Público à Fazenda Pública a qual este esteja vinculado. O que se discutirá, portanto, é a eventual superação desta jurisprudência em razão da nova sistemática trazida pelo artigo 91 do CPC/15, que, em tese, poderia robustecer não só a autonomia processual e funcional do Parquet, mas também a financeira.

Palavras-chave

Honorários periciais. Encargo Financeiro. Ação civil pública. Código de processo civil/15.

Sumário: 1. Introdução – 2. A impossibilidade de adiantamento dos honorários periciais pelo Estado na Vigência do CPC/15 3. Considerações finais. 4. Referências

1. Introdução

Dentre as ondas de acesso à Justiça, destaca-se a de representação de interesses difusos e coletivos. A defesa coletiva de direitos surge como resposta aos ditames da economia processual e necessidade de representação adequada para demandas múltiplas e massificadas.

Em se tratando de tutela coletiva, inevitável à menção ao microsistema de tutela coletiva existente no Brasil. Ora, no Brasil não há um único diploma sobre o assunto, mas uma regulamentação por meio de leis esparsas, que versam cada qual acerca de uma espécie diferente de ação coletiva, mas que simplesmente não tratam de todas as circunstâncias que podem surgir no desenrolar da demanda. Esta é a razão pela qual surge a necessidade de interação entre estas normas coletivas e o motivo pelo qual, mesmo que involuntariamente, formam um microsistema com aptidão para sanar omissões recíprocas.

Importante frisar, de antemão, que, via de regra, as ações coletivas envolvem matérias de grande complexidade técnica e alto custo probatório. De todo modo, em virtude dos interesses difusos e coletivos subjacentes, destaca-se, outrossim, à luz dos artigos 17, 18 e 87 da lei nº 7.347/85, a existência de um regime geral de impossibilidade de adiantamento de custas nas ações coletivas.

Ante o regramento legal, tornou-se prática jurisprudencial a mera inversão do ônus do adiantamento para o réu, com intimação para que a outra parte depositasse os honorários periciais. Todavia, ao analisar o tema, entendeu o STJ que inversão seria flagrantemente contrária à Teoria da Prova, aplicando o ônus probatório do CPC/73, já que subsidiariamente aplicável ao microsistema coletivo.

Assim, em um primeiro momento, o STJ, abandonando uma interpretação literal das normas atinentes ao processo coletivo, especificamente sob o argumento de que a ausência de prova técnica frustraria a própria tutela coletiva, passou a reconhecer que a isenção prevista na lei nº 7.347/85 não deveria ser admitida. Cite-se, como exemplo, o Recurso Especial nº 891.743 - SP (2006/0213263-0):

PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – HONORÁRIOS PERICIAIS – MINISTÉRIO PÚBLICO – ART. 18 DA LEI 7.347/85. 1. Na ação civil pública, a questão do adiantamento dos honorários periciais, como estabelecido nas normas próprias da Lei 7.347/85, com a redação dada ao art. 18 da Lei 8.078/90, foge inteiramente das regras gerais do CPC. 2.

Posiciona-se o STJ no sentido de não impor ao Ministério Público condenação em honorários advocatícios, seguindo a regra de que na ação civil pública somente há condenação em honorários quando o autor for considerado litigante de má-fé. 3. Em relação ao adiantamento das despesas com a prova pericial, a isenção inicial do MP não é aceita pela jurisprudência de ambas as turmas, diante da dificuldade gerada pela adoção da tese. 4. Abandono da interpretação literal para impor ao parquet a obrigação de antecipar honorários de perito, quando figure como autor na ação civil pública. Precedentes. 5. Recurso especial não provido. (STJ - REsp: 891743 SP 2006/0213263-0, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 13/10/2009, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/11/2009) (grifamos)

O descaso com sentido próprio legislativo desempenhado pelo Tribunal foi alvo de severas críticas, o que levou o STJ a modificar seu entendimento, concluindo pela aplicação da literalidade das normas coletivas, concluindo pela impossibilidade de exigência de adiantamento dos honorários do autor e reforçando o raciocínio segundo o qual o réu não poderia ser obrigado a arcar com o custeio de prova que não solicitara.

Pois bem, diante da impossibilidade de se cobrar as custas, seja do autor, seja do réu, bem como da imprescindibilidade da produção probatória em demandas deste jaez, passou o STJ, mesmo que por curto espaço de tempo, a impor o sacrifício do perito, isto é, impondo ao expert a postergação de sua remuneração até o final da lide.

Diante da celeuma envolvendo o tópico, a questão do adiantamento dos honorários do perito foi objeto de julgamento sob o regime de casos repetitivos (então previsto no art. 543-C do CPC/73), oportunidade em que o STJ fixou a tese de que: “Não é possível se exigir do Ministério Público o adiantamento de honorários periciais em Ações Cíveis Públicas, ficando o encargo para a Fazenda Pública a qual se acha vinculado o Parquet”^[1].

Na ocasião, adotou o tribunal o entendimento de que: “a referida isenção conferida ao Ministério Público em relação ao adiantamento dos

honorários periciais não pode obrigar que o perito exerça seu ofício gratuitamente, tampouco transferir ao réu o encargo de financiar ações contra ele movidas. Dessa forma, considera-se aplicável, por analogia, a Súmula n. 232 desta Corte Superior ("A Fazenda Pública, quando parte no processo, fica sujeita à exigência do depósito prévio dos honorários do perito"), a determinar que a Fazenda Pública ao qual se acha vinculado o Parquet arque com tais despesas."^[2]

Resta traçado o panorama jurisprudencial da temática acerca do custeio dos honorários periciais em Ações Civis Públicas, em que o último posicionamento da corte Superior se sedimentou no sentido de aplicação analógica de sua súmula 232 para possibilitar a atribuição do adiantamento dos honorários à Fazenda a que se vincule o MP.

Não obstante, há que se perquirir a manutenção de tais fundamentos sob o enfoque do Novo regramento processual Civil, o qual inegavelmente trouxe inovações em relação ao tema do custeio pericial por parte das Fazendas Públicas, do Ministério Público e da Defensoria Pública.

2. A impossibilidade de adiantamento dos honorários periciais pelo Estado na Vigência do CPC/15

Como visto, arrima-se a jurisprudência na aplicação analógica do enunciado da Súmula 232, do STJ, segundo a qual: "A Fazenda Pública, quando parte no processo, fica sujeita à exigência do depósito prévio dos honorários do perito". Ocorre que referida súmula restou concebida no ano de 1999, quando então vigorava o CPC/73, que simplesmente não previa regramento preciso acerca do pagamento de honorários periciais atribuíveis à Fazenda e ao Ministério Público.

Entretanto, a nova sistemática introduzida pelo CPC de 2015 parece não ter deixado dúvida quanto ao pagamento de honorários periciais pela Fazenda Pública, não remanescendo, assim, lacuna passível de preenchimento. Na forma do CPC, o ente público poderá adiantar o pagamento de honorários periciais na forma do art. 91, §§1º e 2º, *in verbis*:

“Art. 91. As despesas dos atos processuais praticados a requerimento da Fazenda Pública, do Ministério Público ou da Defensoria Pública serão pagas ao final pelo vencido.

§ 1º As perícias requeridas pela Fazenda Pública, pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública poderão ser realizadas por entidade pública ou, havendo previsão orçamentária, ter os valores adiantados por aquele que requerer a prova.

§ 2º Não havendo previsão orçamentária no exercício financeiro para adiantamento dos honorários periciais, eles serão pagos no exercício seguinte ou ao final, pelo vencido, caso o processo se encerre antes do adiantamento a ser feito pelo ente público.” Grifos apostos.

A leitura do dispositivo evidencia que a Fazenda Pública e o Ministério Público são entidades processualmente distintas, gozando o Parquet de autonomia não só processual, como também funcional, mas acima de tudo financeira.

Neste sentido, a mera da aplicação da súmula 232 do STJ no caso de adiantamento dos honorários periciais em ações coletivas, desconsiderando por completo quem tenha solicitado a prova pericial, mesmo quando tenha sido por parte do MP, exterioriza verdadeira incoerência com a própria autonomia conferida ao Ministério Público. Quer dizer. Com os bônus, também vem os ônus. Não é possível, pois, pleitear – e gozar – de autonomia orçamentária apenas para aquilo que lhe aprovar e ser indiferente a outros – especialmente em casos que estejam diretamente ligados à própria atuação do órgão, como os custos processuais das perícias, que, não raras vezes, são pedidas exclusivamente pelo próprio MP.

Ora, atribuir ao Estado (lato sensu) a necessidade de custeio das referidas verbas, acaba por apequenar a própria autonomia constitucionalmente assegurada ao Parquet, além de onerar em demasia

quem sequer é parte processual. De mais a mais, atribuir a incumbência ao órgão nos feitos em que ele próprio solicitou a realização da prova, possivelmente ocasionaria uma externalidade positiva, qual seja, induzi-lo-ia a adotar uma atuação mais zelosa quando da análise da necessidade de produção probante.

Neste contexto, o que se pretende demonstrar é que com o Novo CPC as perícias requeridas pelo Ministério Público poderão ser realizadas por entidade pública competente (como uma Universidade Pública, por exemplo), o que não importa em dispêndio financeiro para o órgão. Caso haja previsão orçamentária para tanto, pode o Ministério Público valer-se do Fundo Especial do Ministério Público (FEMP) para adiantar os valores necessários à produção da prova.

A título de exemplo, no Estado do Rio de Janeiro há o Fundo Especial do Ministério Público (FEMP), que em 2016 obteve R\$ 45 milhões em receitas, seu saldo atual soma a considerável quantia de R\$ R\$ 220.827.015,34 [3], cuja aplicação só é vedada a gastos com pessoal, consoante expõe o art. 2º, § único, da Lei Estadual 2.819/1997.

De outro lado, caso não haja previsão orçamentária no corrente exercício financeiro, seria possível a aplicação do §2º do artigo 91, que expressamente prevê a possibilidade de que os honorários periciais sejam saldados no exercício seguinte, de maneira semelhante à sistemática aplicável aos precatórios.

Por derradeiro, indica o dispositivo em comento que os honorários periciais também poderão ser pagos ao final, pelo vencido, caso a demanda se encerre antes do adiantamento em análise, ou seja, antes do exercício financeiro no qual se dará o pagamento daqueles valores. Frisa-se que este entendimento já vem sendo acolhido por julgados do TJRJ. Veja-se, pois:

Agravo Interno no Agravo de Instrumento nº 0028028-80.2017.8.19.0000 Relator: DES. CARLOS EDUARDO MOREIRA DA SILVA – Julgamento: 13/12/2017 Vigésima Segunda Câmara Cível

“Cumpra enfatizar que o artigo 95 do Código de Processo Civil é expresso no sentido de afirmar que “cada parte adiantará a remuneração do assistente técnico que houver indicado, sendo a do perito adiantada pela parte que houver requerido a perícia ou rateada quando a perícia for determinada de ofício ou requerida por ambas as partes.” Logo, pelo detido exame dos autos, apesar da estreita via do agravo de instrumento, verifica-se que a perícia foi requerida por ambas as partes, ainda que a parte ré tenha requerido de forma subsidiária, devendo, destarte, ambas as partes ratearem os honorários periciais. Dessa forma, **O DISPOSITIVO DEIXA CLARO QUE A FAZENDA PÚBLICA E O MINISTÉRIO PÚBLICO SÃO PROCESSUALMENTE DISTINTOS, cabendo, no caso dos autos, ao Ministério Público e à Mineradora Santa Joanna Ltda, que são partes do processo, o rateio dos honorários periciais.** Ante o exposto, **voto no sentido do provimento do recurso para afastar a imposição de pagamento adiantado de honorários periciais ao Estado do Rio de Janeiro, bem como, determinar o rateio dos referidos honorários entre as partes Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e Mineradora Santa Joanna Ltda, com fulcro no art. 95 do NCPC.**”

- AGRAVO DE INSTRUMENTO nº 0016177-44.2017.8.19.0000 - 1ª Ementa – Des (a). SIRLEY ABREU BIONDI - Julgamento: 05/07/2017 - DÉCIMA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL. Agravo de Instrumento. Ação Renovatória. Decisão que determinou que as autoras arcassem com o pagamento integral dos honorários do perito. Alegação de que a responsabilidade pelo pagamento é da ré. Preliminar de instrução deficiente do recurso que se afasta. Autos originários que são eletrônicos. Exceção prevista no art. 1.017, §5º do novo CPC. **Prova pericial requerida por ambas as partes. Alteração trazida pela nova Lei de Ritos que determina o rateio dos honorários na hipótese dos autos. Inteligência do art. 95 do novo CPC.** Decisão que merece reforma. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO, para determinar o rateio dos honorários do perito. (grifos nossos)

A antiga solução adotada pelos tribunais impunha à Fazenda encargo sem lhe conferir a possibilidade de dele se desincumbir, uma vez que sequer integrara o curso processual. Esbarrava também nas inevitáveis questões orçamentárias. Onerar os cofres públicos mostra-se mais preocupante para a afirmação de direitos coletivos que a aplicação da regra do artigo 91 ao órgão que goza de independência há muito consolidada.

Considerações finais

Não restam dúvidas de que o custeio de provas complexas atinentes à tutela coletiva é uma das pedras de toque do acesso à Justiça. Em matéria de processo coletivo, a complexidade probatória somada à natureza imprecisa dos danos discutidos importa em elevadas montas que não podem obstaculizar a defesa dos direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos.

Por tal razão, o tema do pagamento antecipado dos honorários periciais e sua responsabilização financeira apresenta enorme relevância e vem sendo incessantemente discutido pela doutrina e jurisprudência. Houve momentos em que se atribuiu o encargo econômico ao réu, ao próprio perito, que veria sua remuneração postergada e, finalmente, ao Estado.

A simples outorga do ônus à Fazenda desconsidera implacavelmente a unidade e gestão orçamentária a que se sujeita o Estado, impondo ao ente, que sequer integrou a formação processual, despesa não planejada e não incluída na lei, o que obviamente gera significativas distorções orçamentárias e necessidade de remanejamento de valores então destinados aos fins tidos como prioritários.

Diante do exposto, uma vez que o Ministério Público possui capacidade para estar em juízo de per si e dotação orçamentária própria para o atingimento de seus fins institucionais, em que se incluem a salvaguarda dos direitos coletivos, é o próprio MP, por meio de seus órgãos internos e utilizando-se das verbas apropriadas de seu orçamento,

que deve providenciar o pagamento de toda e qualquer despesa que lhe caiba no curso de uma dessas demandas.

Insta salientar que, a sistemática proposta já ocorre em relação às despesas com cópias, instruções, diligências, assistentes técnicos, remuneração do pessoal necessário, sistemas de acompanhamento e etc. Com a estreia do CPC/15, combinado com o exponencial reforço de autonomia do Ministério Público, não remanescem razões que justifiquem tratamento diverso na hipótese aqui discutida.

Por derradeiro, há que se recontextualizar a norma prevista na LACP, promulgada em um momento histórico de subjuço à independência do MP e dos direitos coletivos, colocando-a sob os holofotes da realidade atual de engrandecimento não apenas da tutela coletiva em si, como do próprio Ministério Público, dotado de meios institucionais e financeiros suficientes para promover autonomamente a guarda de tais direitos.

Referências

DIDIER JR., Fredie e TALAMINI, Eduardo. Coleção Repercussões do Novo CPC - V.10 - Processo e Administração Pública: JusPodivm, 2016.

DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual Civil. v. 1. 17^a ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

LEONEL, Ricardo de Barros. Ministério Público e despesas processuais no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, n. 249, nov/2015, p. 180-183; MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *O ônus do adiantamento das despesas processuais na ação civil pública ambiental — a questão do custeio das perícias*, cit., p. 224.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. MANUAL DE PROCESSO COLETIVO - VOLUME ÚNICO: JusPodivm, 2016.

NOTAS:

[1] AgRg no Ag 1293413/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, 2^a Turma, julgado em 17/12/2013

[2] (STJ - REsp: 1485939 ES 2014/0255980-0, Relator: Ministro BENEDITO GONÇALVES, Data de Publicação: DJ 16/03/2017)

[3] <http://transparencia.mprj.mp.br/execucao-orcamentaria-e-financeira/fundos>

A REINQUIRÇÃO DO ACUSADO POR OUTRO COACUSADO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

JOÃO PAULO SANTOS BORBA: Advogado da União. Pós-Graduado em Direito Civil e em Direito Público pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Pós-Graduado em Direito Público pela Universidade de Brasília. Membro da Comissão de Estudos Disciplinares da Advocacia-Geral da União - AGU.

RESUMO: O presente estudo versa sobre a possibilidade de participação do coacusado ou do seu representante de defesa no interrogatório de outro acusado no processo administrativo disciplinar federal. Inicialmente, é apresentada uma breve contextualização sobre a interpretação da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, no que se refere ao interrogatório no processo administrativo disciplinar, sendo abordada também a lacuna existente na citada Lei sobre a hipótese específica acima mencionada e a relevância na abordagem do assunto. Em seguida, analisa-se a natureza jurídica do interrogatório como meio de prova e de defesa do acusado. Posteriormente, é enfrentada a relevância da faculdade da inquirição de um acusado por outro coacusado como meio de melhor elucidar os fatos apurados, tendo em vista a busca da verdade real no processo administrativo disciplinar. Por fim, é apresentada conclusão no sentido de que não existe óbice jurídico na participação do acusado ou do respectivo representante de defesa no interrogatório de outro coacusado.

Palavras-chave: Processo Administrativo Disciplinar. Interrogatório de acusado. Possibilidade de participação de outro coacusado.
SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Natureza Jurídica do interrogatório; 3. Possibilidade de participação no interrogatório de outro coacusado; 4. Considerações finais.

INTRODUÇÃO

A Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, além de dispor sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, disciplina também o procedimento administrativo de caráter disciplinar que apura as condutas dos agentes públicos que possam representar irregularidades administrativas.

É facilmente perceptível pela leitura das normas da citada Lei que existem lacunas em diversos assuntos, inclusive sobre os meios probantes a serem manejados na elucidação dos fatos.

Nessa linha argumentativa, é factível mencionar a escassez das normas de cunho procedimental que tratam do interrogatório no processo administrativo disciplinar, máxime no tocante à possibilidade de o coacusado reinquirir outro acusado.

Diante desse contexto, a abordagem da questão específica relacionada à viabilidade legal da participação do coacusado ou do respectivo representante de defesa no interrogatório de outro coacusado possui importância singular na seara disciplinar, haja vista a sua relevância como instrumento da busca da verdade real.

NATUREZA JURÍDICA DO INTERROGATÓRIO

O interrogatório, no processo administrativo disciplinar, pode ser compreendido como meio de defesa conferido ao acusado de apresentar sua versão sobre os fatos apurados, sendo facultado ao mesmo confessar ou permanecer em silêncio.

Com a finalidade de melhor compreender o interrogatório no processo administrativo disciplinar, vale colacionar o seguinte trecho de obra doutrinária sobre a matéria, *in litteris*:

O interrogatório é reconhecido como meio de defesa, como oportunidade de o acusado oferecer, de viva voz, perante a comissão de processo administrativo disciplinar ou de sindicância, sua versão sobre os fatos que lhe são increpados, depois do término da instrução processual.

(...)

Vicente Ferrer Correia Lima ainda expõe que o interrogatório serve, de forma importante, para o esclarecimento dos fatos, pois "no depoimento o acusado deixa muito de sua personalidade, de seu desenvolvimento mental, moral e social, o que muito concorre para a aferição do valor dessa prova". (CARVALHO, Antônio Carlos Alencar. Manual de processo administrativo disciplinar e sindicância: à luz da jurisprudência dos Tribunais e da casuística da Administração Pública. 5. ed. rev. atual. Belo Horizonte. Fórum, 2016).

Além de ser reconhecido como meio de defesa, o interrogatório também pode ser considerado como meio de prova, quando o acusado, por exemplo, confessa algum fato.

A respeito da natureza jurídica do interrogatório como meio de prova e defesa, cumpre transcrever o seguinte posicionamento de doutrinador penalista, cuja orientação pode ser aplicada na seara disciplinar por analogia, *in litteris*:

"A natureza jurídica do interrogatório

(...)

d) é meio de prova e defesa, primordialmente; em segundo plano, é meio de prova. Esta última é a posição que adotamos. Note-se que o interrogatório é, fundamentalmente, um meio de defesa, pois a Constituição assegura ao réu o direito ao silêncio. Logo, a primeira alternativa que se avizinha ao acusado é calar-se, daí não advindo consequência alguma. Defende-se apenas. Entretanto, caso opte por falar, abrindo mão do direito ao silêncio, seja lá o que disser, constitui meio de prova inequívoco, pois o magistrado poderá levar em consideração suas declarações para condená-lo ou absolvê-lo.

(NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 10 ed.. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2015, p. 430/431)"

(...)

b) natureza mista: é meio de prova e de defesa. Na verdade, o interrogatório é essencialmente meio de autodefesa, porque eventualmente também pode funcionar como meio de prova, caso e quando o interrogando decida responder às perguntas formuladas. Na medida em que o magistrado pode se servir de elementos constantes do interrogatório para formar seu convencimento, também se trata de meio de prova; (LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. 4ª ed., Jus Podivum: Salvador, 2016).

Deste modo, é factível sustentar que o interrogatório, no processo administrativo disciplinar, pode ser utilizado como meio de prova ou de defesa.

PARTICIPAÇÃO NO INTERROGATÓRIO DE OUTRO COACUSADO

O art. 159, § §1º e 2º, da Lei nº 8.112, de 1990, que cuida do interrogatório no âmbito do processo administrativo disciplinar, textualiza o que se segue, *in litteris*:

Art. 159. Concluída a inquirição das testemunhas, a comissão promoverá o interrogatório do acusado, observados os procedimentos previstos nos arts. 157 e 158.

§ 1º No caso de mais de um acusado, cada um deles será ouvido separadamente, e sempre que divergirem em suas declarações sobre fatos ou circunstâncias, será promovida a acareação entre eles.

§ 2º O procurador do acusado poderá assistir ao interrogatório, bem como à inquirição das testemunhas, sendo-lhe vedado interferir nas perguntas e respostas, facultando-se-lhe, porém, reinquiri-las, por intermédio do presidente da comissão.

A partir da leitura da norma legal acima reproduzida, verifica-se que na pluralidade de acusados, a comissão processante deverá realizar o interrogatório dos mesmos separadamente.

Contudo, silencia acerca da possibilidade de participação do coacusado, que já foi inquirido, ou de seu representante de defesa no interrogatório de outro acusado.

Diante dessa linha argumentativa sobre a natureza jurídica do interrogatório como meio de prova, é factível asseverar que o acusado ou seu representante de defesa tem a prerrogativa de reinquirir outro coacusado objetivando a busca da verdade real, notadamente pela confissão de fato relevante.

Por consequência lógica, a possibilidade de reinquirição de acusado por outro acusado confere maior efetividade ao postulado constitucional do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inciso LV, da C.F), cuja aplicação é cogente no processo administrativo disciplinar, *in verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Por outra linha argumentativa, cumpre acrescentar que a compreensão sobre o princípio da verdade real é no sentido de que a comissão disciplinar deve atuar no sentido de apurar os atos praticados de acordo com o que realmente aconteceu, sendo a confissão meio relevante para elucidação dos fatos.

Mister se faz esclarecer que a faculdade de um acusado intervir no interrogatório de outro coacusado não representa violação ao princípio da não autoincriminação na medida em que o inquirido está amparado pelo direito constitucional de permanecer em silêncio e de não produzir prova contra si mesmo (art. 5º, inciso LXIII, da C.F.).

Assim, afigura-se possível a participação do acusado ou de seu representante de defesa do acusado no interrogatório de coacusado, inclusive para apresentar perguntas e esclarecer fatos.

A possibilidade de intervenção no interrogatório de outro acusado acima sustentada deve ser sempre realizada sob o controle da comissão processante, que deve indeferir pedidos com fins meramente protelatórios ou para tumultuar o processo, conforme prevê o art. 156, § 1º, da Lei nº 8.112, de 1990, *in litteris*:

Art. 156. É assegurado ao servidor o direito de acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador, arrolar e reinquirir testemunhas, produzir provas e contraprovas e formular quesitos, quando se tratar de prova pericial.

§ 1º O presidente da comissão poderá denegar pedidos considerados impertinentes, meramente protelatórios, ou de nenhum interesse para o esclarecimento dos fatos.

Com a finalidade de corroborar a interpretação do dispositivo legal acima mencionado, convém citar a seguinte ementa de julgado do Superior Tribunal de Justiça - STJ sobre a matéria, *in litteris*:

ADMINISTRATIVO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. DISCIPLINAR. DEMISSÃO.

A comissão processante tem o poder de indeferir a realização de diligências inúteis. Contudo, para fazê-lo, deve apresentar sólidos e concretos fundamentos, sob pena de caracterizar-se um ato

arbitrário, extremamente lesivo ao direito, constitucionalmente assegurado, à ampla defesa.

(STJ, RMS 12.016/PA, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 19/06/2001, DJ 20/08/2001, p. 496)

A doutrina pátria estabelece o seguinte sobre o indeferimento de pedidos impertinentes ou protelatórios pela comissão de processo administrativo disciplinar, *in litteris*:

Apesar de a Lei Geral de Processo Administrativo da União (Lei Federal nº 9.784/99) assegurar os direitos do administrado de formular alegações e apresentar documentos antes da decisão (art. 3º, III) e de, na fase instrutória e antes da tomada da decisão, juntar documentos e pareceres, requerer diligências, perícias e de aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo (art. 38), a Administração poderá recusar, desde que fundamentadamente, a realização de provas propostas pelos interessados quando ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias (art. 38, §2º).

(...)

A Lei Federal nº 8.112/90 capitula que o presidente da comissão poderá denegar pedidos considerados impertinentes, meramente protelatórios, ou de nenhum interesse para o esclarecimento dos fatos (art. 156, §1º).

José dos Santos Carvalho Filho comenta o art. 38, §2º, da Lei nº 9.784/99, e ensina que são ilícitas as provas produzidas em desconformidade com a lei ou com princípio constitucional; impertinentes as que não tenham qualquer relação com o assunto de que cuida o processo; desnecessárias as inúteis para o processo administrativo, como no caso de o fato que se pretende provar por certo meio proposto já se encontrar demonstrado por meio mais idôneo e incontestável; protelatórias aquelas de que se vale o interessado para tão somente procrastinar a solução do processo.

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes assinala que só podem ser objeto de atividade instrutória os fatos

pertinentes ao processo e relevantes para as finalidades das investigações.

(CARVALHO, Antônio Carlos Alencar. Manual de processo administrativo disciplinar e sindicância: à luz da jurisprudência dos Tribunais e da casuística da Administração Pública. 5. ed. rev. atual. Belo Horizonte. Fórum, 2016).

Feitas essas considerações, é necessário mencionar que inexistente previsão na Lei nº 8.112, de 1990, que estabeleça a obrigatoriedade ou a vedação da participação do coacusado ou de seu representante de defesa no interrogatório de outro acusado.

O Tribunal Regional Federal - TRF da 1ª Região, apreciando caso concreto, declarou a nulidade de processo administrativo disciplinar em que foi indeferida a participação de advogado de um acusado na inquirição dos demais coacusados, *in litteris*:

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL
MANDADO DE SEGURANÇA. INQUÉRITO
ADMINISTRATIVO. ADVOGADO. EXERCÍCIO DA
PROFISSÃO. PRESENÇA DO ADVOGADO NO
DEPOIMENTO DE OUTROS ACUSADOS.
POSSIBILIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA.
APELAÇÃO PROVIDA. 1. A decisão atacada, no bojo
do processo administrativo disciplinar, restringiu a
presença da impetrante, advogada no exercício da
profissão, aos interrogatórios dos outros acusados,
que não são seus constituintes. 2. O Supremo
Tribunal Federal já entendeu que o art. 153 da Lei nº
8.112/90 assegura não só ao indiciado como também
ao acusado em sentido estrito, o contraditório e a
ampla defesa, conforme resulta dos artigos 159 e
160. Precedente: MS nº 21721-9/RJ; Rel. Min.
Moreira Alves; DJ 10.06.94. 3. O inquérito
administrativo, subdividido em instrução, defesa e
relatório, obedecerá ao princípio do contraditório em
toda sua extensão, assegurada ao acusado a ampla
defesa, com a utilização dos meios e recursos
legalmente admitidos, garantido ao servidor/acusado
o direito de acompanhar o processo pessoalmente ou
através de advogado, arrolar e inquirir testemunhas,

produzir provas e contraprovas (RJU: art. 156). 4. A transparência legitima a atuação da Administração no processo administrativo disciplinar, compatível com o caráter reservado das reuniões e das audiências, devendo o sigilo justificar-se na medida necessária e suficiente à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da administração (RJU: art. 150, p. único). 5. Por razões técnicas e da lógica processual, aplicável também ao processo administrativo disciplinar, na fase de instrução é vedada a presença dos demais depoentes durante a oitiva separada de cada co-acusado, cuja restrição não alcança o exercício da profissão do advogado constituído nos interrogatórios dos outros acusados, que não são seus constituintes, em homenagem à garantia constitucional da ampla defesa e do contraditório. Inteligência do art. 5º, inciso LV, da CF/88 e do Estatuto da Advocacia (art. 7º incisos I e VI, alínea c). 6. Direito líquido e certo ao exercício regular da profissão da advocacia perante o processo administrativo disciplinar, instrumento da ampla defesa e do contraditório, impondo-se a nulidade do ato, bem como a repetição de todos os atos processuais a partir do ato ilegal, na medida do prejuízo demonstrado. 7. Apelação provida para reformar a sentença e conceder a segurança vindicada, declarando a nulidade do ato hostilizado e assegurando a repetição de todos os atos processuais a partir do ato que impossibilitou a presença da impetrante aos interrogatórios, na medida do prejuízo demonstrado.

(TRF-1ª Região, AMS nº 200139000084863, AMS - Apelação em Mandado de Segurança nº 200139000084863, Rel. Juiz Federal Antônio Francisco do Nascimento (Conv.), Primeira Turma, Fonte e-DJF1Data: 02.03.2010).

É possível aduzir que, independentemente de previsão legal específica, a prerrogativa concedida ao acusado ou ao seu representante de defesa de reinquirir outro acusado está em consonância com o princípio da verdade real, sendo certo ainda que o depoimento obtido nessa situação pode esclarecer melhor os fatos apurados e, conseqüentemente,

possui valor probante relevante, na medida em que é possível a obtenção da confissão.

Por fim, vale registrar que a análise realizada sobre o tema acima apresentado resultou na produção do enunciado nº 20, elaborado pela Comissão Permanente de Procedimentos Administrativos Disciplinares da Advocacia-Geral da União - CPPAD/CGU/AGU, *in verbis*:

ENUNCIADO Nº 20

É facultada a participação do coacusado ou do respectivo representante de defesa no interrogatório de outro acusado com a finalidade de elucidar os fatos, oportunizando-se àquele reinquirir este por intermédio do presidente da comissão. (Disponível em:

http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/460213)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Face aos fundamentos acima deduzidos, tem-se que o processo administrativo disciplinar deve ser conduzido à luz do postulado da busca verdade real, razão pela qual o interrogatório, como relevante ato instrutório, também deve ser norteado pelo mesmo princípio.

Ademais e considerando que interrogatório pode ser utilizado como meio de defesa e de prova, tem-se que a possibilidade de reinquirição de um caso acusado por outro nos limites estabelecidos pelo art. 159, § 1º, da Lei nº 8.112, de 1990, pode permitir uma melhor elucidação dos acontecimentos, conferindo maior valor probante ao depoimento prestado pelo acusado, máxime em razão da possibilidade de confissão de fatos.

A previsão legal de a comissão de processo administrativo disciplinar indeferir questionamentos impertinentes ou protelatórios (art. 156, § 1º, da Lei nº 8.112, de 1990), inclusive durante a reinquirição de um coacusado por outro acusado, permite efetivo controle da condução da instrução probatória realizada.

Sendo assim, afigura-se que a possibilidade de participação do acusado ou do seu representante de defesa no interrogatório de outro acusado com a finalidade de facultar a sua reinquirição encontra-se em plena consonância com o sistema jurídico pátrio.

REFERÊNCIAS:

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

BRASIL. Lei n. 8.112, 11 de dezembro de 1990. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8112cons.htm>.

CARVALHO, Antônio Carlos Alencar. Manual de processo administrativo disciplinar e sindicância: à luz da jurisprudência dos Tribunais e da casuística da Administração Pública. 5. ed. rev. atual., Belo Horizonte. Fórum, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 27 ed., São Paulo: Atlas, 2014

FURTADO, Lucas Rocha. Curso de direito administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. 4ª ed., Jus Podivum: Salvador, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 10 ed., Revista dos Tribunais: São Paulo, 2015.

NOTA:

^[1] Advogado da União. Pós-Graduado em Direito Civil e em Direito Público pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Pós-Graduado em Direito Público pela Universidade de Brasília. Membro da Comissão de Estudos Disciplinares da Advocacia-Geral da União - AGU.

REALIDADE DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

BENIGNO NÚÑEZ NOVO: Advogado, doutor em direito internacional pela Universidad Autónoma de Asunción.

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo a discussão do sistema prisional brasileiro, a falta de infraestrutura e o total descaso dos nossos governantes tem contribuído de forma significativa para a transformação das penitenciárias brasileiras em verdadeiras "escolas do crime". A grande maioria dos indivíduos presos não tiveram melhores oportunidades ao longo de suas vidas, principalmente a chance de estudar para garantir um futuro melhor. Nesse sentido, o tempo que despenderá atrás das grades pode e deve ser utilizado para lhe garantir estas oportunidades que nunca teve, por meio de estudo e, paralelamente, de trabalho profissionalizante.

Palavras-chave: Sistema Prisional; Brasileiro; Triste Realidade.

ABSTRACT: The objective of this article is to discuss the Brazilian prison system, the lack of infrastructure and the total disregard of our rulers has contributed significantly to the transformation of Brazilian penitentiaries into true "schools of crime". The vast majority of those arrested did not have better opportunities throughout their lives, especially the chance to study to secure a better future. In this sense, the time you will spend behind the bars can and should be used to guarantee you these opportunities you never had, through study and, in parallel, professional work.

Keywords: Prison System, Brazilian, Sad reality.

RESUMEN: El presente artículo tiene como objetivo la discusión del sistema penitenciario brasileño, la falta de infraestructura y el total descuido de nuestros gobernantes ha contribuido de forma significativa a la transformación de las cárceles brasileñas en verdaderas "escuelas del crimen". La gran mayoría de los individuos presos no han tenido mejores oportunidades a lo largo de sus vidas, principalmente la oportunidad de estudiar para garantizar un futuro mejor. En ese sentido, el tiempo que pasará por detrás de las rejas puede y debe ser utilizado para garantizarle estas oportunidades que nunca tuvo, por medio de estudio y, paralelamente, de trabajo profesionalizante.

Palabras clave: Sistema prisional, Brasil, Triste realidade.

1 INTRODUÇÃO

O estabelecimento da prisão como instrumento da pena se deu pelo Código Penal Francês em 1791 e generalizou-se no mundo. A criação de uma nova legislação para definir o poder de punir como uma função geral da sociedade, exercida da forma igual sobre todos os seus membros. Foucault (1987) diz que a prisão se fundamenta na “privação de liberdade”, salientando que esta liberdade é um bem pertencente a todos da mesma maneira, perdê-la tem, dessa maneira, o mesmo preço para todos, “melhor que a multa, ela é o castigo”, permitindo a quantificação da pena segundo a variável do tempo: “Retirando tempo do condenado, a prisão parece traduzir concretamente a ideia de que a infração lesou, mais além da vítima a sociedade inteira” (Foucault, 1987, p. 196).

O crescimento vertiginoso da população prisional e do déficit de vagas, a despeito dos esforços dos governos dos estados e da federação para a geração de novas delas, é por seu turno um elemento revelador de que a construção de novas unidades não pode mais ser o componente fundamental das políticas penitenciárias, senão que apenas mais um componente, dentro de um mosaico bem mais amplo. É bem verdade que entre a superlotação de estabelecimentos penitenciários e a qualidade desses serviços subsiste uma relação de mútua implicação. Mas ainda assim, restam ainda outros fatores que devem ser trabalhados junto à gestão dos sistemas penitenciários estaduais, como estratégias para torná-los melhores.

As superlotações, os envolvimento de presos em organizações criminosas e a falha de pessoal, são os principais problemas enfrentados pelas penitenciárias brasileiras. Outro fator que estamos acostumados a ver nos noticiários é a questão das rebeliões em presídios, sempre com resultados lastimáveis de sentenciados que são mortos por seus próprios companheiros, funcionários e familiares de detentos transformados em reféns, resgates e fugas audaciosas e espetaculares realizadas por

criminosos, e por fim, a incapacidade das autoridades em face de organizações de criminosos, cada vez mais presente nos Estados brasileiros.

Assistência ao Preso, ao Internado, ao Egresso e aos seus Dependentes faz referência a um movimento de promoção dos direitos dos apenados, internados, egressos, dependentes e familiares, criando condições para que estes possam exercer a sua autonomia. Esse processo deve ser mediado pela inclusão dos beneficiários na agenda das políticas públicas de governo e pelo apoio a ações de instituições públicas e privadas, de caráter permanente, que tenham como objetivo prestar atendimento aos beneficiários, na forma e nos limites da lei: material, jurídica, educacional, social, religiosa e principalmente à saúde ao egresso, após a edição do Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário.

O sistema penitenciário, tal como ele existe na sociedade capitalista, principalmente aqui no Brasil, é extremamente cruel, não só porque confina fisicamente o homem, sem que esse homem possa compreender o problema da liberdade, senão em relação à sua locomoção física, mas ele destrói a subjetividade do homem, no sentido de não lhe oferecer nenhuma possibilidade de racionalização da situação em que se encontra.

De acordo com Foucault (1987) a prisão também se fundamenta pelo papel de “aparelho para transformar os indivíduos”, servindo desde os primórdios como uma:

[...] detenção legal [...] encarregada de um suplemento corretivo, ou ainda uma empresa de modificação dos indivíduos que a privação de liberdade permite fazer funcionar no sistema legal. Em suma o encarceramento penal, desde o início do século XIX, recobriu ao mesmo tempo a privação de liberdade e a transformação técnica dos indivíduos”.

A história do sistema penitenciário no Brasil revela que, desde o início, a prisão foi local de exclusão social e questão relegada a segundo plano pelas políticas públicas, importando, conseqüentemente, a falta de construção ou a edificação inadequada dos edifícios penitenciários, na maioria das vezes improvisados.

Estabelecia o Livro V das Ordenações Filipinas do Reino, Código de leis portuguesas que foi implantado no Brasil durante o período Colonial que “decretava a Colônia como presídio de degredados”. A pena era aplicada aos alcoviteiros, culpados de ferimentos por arma de fogo, duelo, entrada violenta ou tentativa de entrada em casa alheia, resistência a ordens judiciais, falsificação de documentos, contrabando de pedras e metais preciosos.

A utilização do território colonial como local de cumprimento das penas se estende até 1808, ano marcado por mudanças significativas rumo à autonomia legal e aos anseios de modernidade, tão em voga naqueles tempos, segundo assinala Pedroso.

A instalação da primeira prisão brasileira é mencionada na Carta Régia de 1769, que manda estabelecer uma Casa de Correção no Rio de Janeiro.

Registra-se, também, a Cadeia construída na cidade de São Paulo entre 1784 e 1788, conhecida simplesmente como Cadeia e estava localizado no então Largo de São Gonçalo, hoje Praça João Mendes. Era um grande casarão assobrado, onde funcionava também a Câmara Municipal. Na parte inferior, existiam as salas destinadas à prisão e, no piso superior, os espaços para as atividades da Câmara. Para lá eram recolhidos todos os indivíduos que cometiam infrações, inclusive escravos, e era onde aguardavam a determinação de penas como o açoite, a multa e o degredo; uma vez que não existia, ainda, a pena de prisão.

A Constituição de 1824 estabelecia, no art. 179, que as prisões deveriam ser seguras, limpas, arejadas, havendo a separação dos réus conforme a natureza de seus crimes.

O Código Criminal de 1830 estabeleceu a pena de prisão com trabalho para vários crimes, implicando a construção de Casas de Correção com celas individuais e oficinas de trabalho e uma arquitetura própria para a pena de prisão. O café e a industrialização proporcionavam um estímulo cada vez maior para o crescimento populacional e também econômico do país, mas as casas de recolhimento de presos do início do

século XIX mostravam condições deprimentes para o cumprimento da pena por parte do detento, inclusive local onde se recolhiam escravos, menores e loucos.

O Código Penal de 1890 estabeleceu novas modalidades de penas: prisão celular, banimento, reclusão, prisão com trabalho obrigatório, prisão disciplinar, interdição, suspeição e perda do emprego público e multa. O artigo 44 do Código considerava que não haveria penas perpétuas e coletivas. As penas restritivas de liberdade individual eram temporárias e não deveriam exceder trinta anos, eram elas: prisão celular, reclusão, prisão com trabalho obrigatório e prisão disciplinar.

A prisão celular, inspirada no modelo pensilvânico e de Roquete foi a grande novidade da revisão penal de 1890 e foi considerada punição moderna, base arquitetural de todas as penitenciárias.

No entanto, o aumento gradativo e constante da população carcerária confrontou-se com as limitações de espaço das prisões, inviabilizando o direito à cela individual.

A população carcerária brasileira atingiu a marca de 711.463 presos. Os números apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) a representantes dos tribunais de Justiça brasileiros levam em conta as 147.937 pessoas em prisão domiciliar, colocam o Brasil entre os três países com a maior população carcerária em números absolutos, segundo dados do ICPS, sigla em inglês para Centro Internacional de Estudos Prisionais, do King's College, de Londres. As prisões domiciliares fizeram o Brasil ultrapassar a Rússia, que tem 676.400 presos.

2 DESENVOLVIMENTO

O Brasil teve um aumento na população carcerária de 267,32% nos últimos quatorze anos, segundo dados divulgados em 26/4 pelo Ministério da Justiça e o Departamento Penitenciário Nacional (Depen), no relatório do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen).

Além disso, o país excede a média mundial no que diz respeito ao número de presos por habitantes. Atualmente, temos 306 pessoas presas

para cada 100 mil habitantes, enquanto no mundo a média é de 144 para cada 100 mil.

Pensava-se que somente a detenção proporcionaria transformação aos indivíduos enclausurados. A ideia era que estes refizessem suas existências dentro da prisão para depois serem levados de volta à sociedade. Entretanto, percebeu-se o fracasso desse objetivo. Os índices de criminalidade e reincidência dos crimes não diminuíram e os presos em sua maioria não se transformavam. A prisão mostrou-se em sua realidade e em seus efeitos visíveis denunciadas como “grande fracasso da justiça penal”. (Foucault, 1987).

Nos últimos anos, observa-se em escala mundial a perda do ideal reabilitador das prisões, concomitante a um recrudescimento das políticas de segurança pública, o que resulta em ampliação da população presa e no abandono das medidas ditas ressocializadoras no interior dos sistemas penitenciários.

O Estado de São Paulo concentra metade da população encarcerada do país e, nos últimos anos, assistiu à escalada da superpopulação, desumanização e desgoverno das instituições penitenciárias. Nesse sentido, não é apenas pertinente, mas urgente a formação de um grupo de trabalho permanente sobre educação nas prisões, para reunir e potencializar os esforços de pessoas e instituições dedicadas à promoção dos direitos humanos das pessoas presas e dos direitos educativos.

De forma bastante singular, entretanto, a prisão, invariavelmente apresenta-se como a solução para o problema da criminalidade que ela própria contribui para sedimentar. Sempre acompanhada de planos de reformas, os quais, em seu bojo, reafirmam as máximas que constituíram a prisão desde seu surgimento.

O que justifica a existência capilar da prisão na sociedade, não obstante seu absoluto fracasso em combater a criminalidade, antes que suprimir as infrações, é distingui-las, distribuí-las e até utilizá-las:

Organizar as transgressões numa tática geral de sujeições (...) É uma maneira de gerir as ilegalidades, de riscar limites de tolerância, dar terreno

a alguns, de fazer pressão sobre outros, de excluir uma parte, de tornar útil outra, de neutralizar estes, de tirar proveito daqueles (Foucault, 1986, p. 226).

A lenta formação do delinquente transparece na investigação biográfica, fator de extrema importância na história da penalidade, "porque faz existir o criminoso antes do crime" (Foucault, 1986, p. 211). A biografia marca o autor da transgressão com uma criminalidade que, portanto, exige as medidas da ação penitenciária. Nesse aspecto, confundem-se o discurso penal e psiquiátrico. No ponto de intersecção desses discursos, surge a noção de indivíduo perigoso, "que permite estabelecer uma rede de causalidade na escala de sua biografia inteira e um veredicto de punição - correção" (Foucault, 1986, p. 211).

Afora a perda da liberdade física (ou do direito de ir e vir), a prisão subjugava o detento ao comando de uma estrutura autoritária e de uma rígida rotina autocrática que opera como uma grande máquina impessoal. O controle sobre os indivíduos é exercido de forma ininterrupta, regulando-se de modo minucioso todos os momentos de sua vida. Com a nítida orientação de preservar a ordem, a disciplina, evitar fugas e motins, a organização penitenciária elege como forma eficaz submeter o recluso, cercear quaisquer possibilidades do exercício de sua autonomia (Thompson, 1976).

Ao adaptar sua conduta e comportamento às normas e padrões da instituição, o preso gradualmente passa a obter acesso a determinados bens ou prerrogativas na prisão. Certas necessidades, procedimentos ou vontades que na vida fora da prisão eram absolutamente corriqueiras, no interior dela adquirem a qualidade de privilégios: tomar um café quente, ir a algum lugar sem motivo aparente, faltar ao trabalho ou à aula, sair com um grupo ou outro de pessoas, dormir ou acordar em horários diferentes, etc.

Em contrapartida, essa adaptação tende à despersonalização do sujeito apenado - a mortificação de seu eu (Goffman, 1996). Quanto maior a intensidade do ajustamento ao sistema social da prisão, maiores as possibilidades de se alcançar os privilégios de que ela dispõe. Ao contrário, mostrar-se resistente acarreta ao indivíduo punido um maior rigor, severidade e endurecimento de seu regime.

No que concerne à administração penitenciária, o sistema de privilégios é vital para sua gestão, constituindo-se num dos sustentáculos de seu modelo organizacional. Em face da importância que esse sistema representa aos reclusos, inexoravelmente, ele se encerra como uma forma eficaz de controle da massa encarcerada. Comportamentos e condutas não desejáveis pela organização significam o impedimento em obtê-los. Tal controle tende a intensificar-se, pois, no interior das prisões, todas as esferas da vida do indivíduo interpenetram-se. Assim, ser recriminado ou avaliado negativamente em determinada atividade influencia e repercute nas demais, sendo toda sua conduta considerada como não adequada.

É a partir desse pressuposto que o indivíduo passa a organizar toda sua vida encarcerada. Mais que uma motivação, torna-se uma obsessão, que se materializa na inserção em atividades que permitem a remição de pena - trabalho penitenciário - ou nos programas que lhe atribuem a qualidade de uma boa conduta - caso da educação e cursos em geral, cultura, esportes e grupos terapêuticos. Manifesta-se também na sua forma de proceder e de relacionar-se com outros presos, funcionários, técnicos e dirigentes. "Se o preso demonstra um comportamento adequado aos padrões da prisão, automaticamente merece ser considerado como readaptado à vida livre" (Thompson, 1976, p. 42).

Nesse sentido, essa busca incessante de mostrar-se adequado aos padrões da prisão transforma-se em princípio e fim das ações dos encarcerados. Os objetivos que, pressupõe-se, deveriam ser inerentes às atividades, seja de educação, cultura, esportes, profissionalização ou terapêuticas, são declinados em favor dessa busca.

O sistema punitivo necessita de uma reorganização. Tem que se mudar os métodos arcaicos de tentativa de ressocialização, as penas alternativas têm que sair da ideia para prática, o corpo penal tem de fazer uma reciclagem, a realidade fática que se nos apresenta é diversa da pretendida na Lei Maior Brasileira (Constituição) e pela Legislação Penitenciária.

O modelo de sociedade em que hoje vivemos não valoriza a condição humana e por esse motivo acaba tornando-se também fato gerador de

violência. A falta de percepção deste fenômeno social é campo fértil às ideias fáceis e bem acolhidas pela sociedade. Há os que defendem o endurecimento da lei e que colocam as ideologias humanistas e os defensores dos direitos humanos como elementos contrários ao combate da criminalidade. Acusam os organismos humanitários de desconsiderarem o lado da vítima, porém somente apresentam como proposta para atenuar o sofrimento dos vitimados a subjugação do ofensor.

As prisões que surgiram como forma de humanização das penas na verdade acabaram por se tornar um depósito de lixo humano. A pena continua a ser encarada por todos como mero ato de vingança. Muitos até entendem que a situação ideal seria torná-la até mais rigorosa.

Verificamos, assim, que a estrutura do sistema carcerário está voltada unicamente para o castigo, quanto aos direitos do preso descritos na Lei de Execuções Penais, de 1.984, e normativos como a Constituição Federal e demais tratados sobre direitos humanos são reiteradamente descumpridos. Há de se convir, entretanto, que não é nada inteligente manter uma pessoa presa por longo período, submetendo-a a toda espécie de desrespeito ao ser humano que é, para depois “libertá-la”, fazendo com que a sociedade experimente o resultado de sua criação. Algo deve ser feito, ainda no curso do cumprimento da pena, para tentar devolver a pessoa ao convívio social munida de valores que não a façam enveredar pelo caminho da reincidência.

Ao reiterar sistematicamente que os Direitos Humanos só servem para proteger bandidos, acaba por ser aceito como verdadeiro, quando, na realidade, é fruto de profunda ignorância e acarreta, em nosso meio, a fragilização de conquistas democráticas que a humanidade levou séculos para firmar. Na verdade, os Direitos Humanos existem para quem deles precisa, e, por não serem excludentes, acabam alcançando também àqueles que um dia os violaram. Os presos em nosso país são vítimas de incessantes afrontas aos Direitos Humanos. As condições de nossas cadeias e penitenciárias, já de todos conhecidas, transformam as penas privativas de liberdade em medidas de extrema crueldade. O grau de violência contra acusados de praticar um crime parece ser aceito socialmente ou mesmo encorajado. O conceito de Direitos Humanos é tido

como forma de proteção a criminosos e a necessidade de acalmar a sensação generalizada de insegurança pública alimenta o desejo da população por medidas mais fortes e mais repressivas contra suspeitos de terem cometido crimes.

As regras mínimas da ONU sobre tratamento de presos soam como piada para nós. Os Tratados Internacionais de Direitos Humanos, dos quais nosso País é signatário, são solenemente ignorados. Descumprimos, reiteradamente, a Lei de Execuções Penais em inúmeros dispositivos, com destaque, é óbvio, para os que dispõem sobre os direitos do preso.

Se acreditássemos que os rigores positivados da pena e da execução fossem instrumentos eficazes no combate à violência e à criminalidade, teríamos resolvido alguns de nossos mais terríveis problemas. Na verdade, a violência e a criminalidade são, na realidade, filhas das injustiças sociais.

É remota a ideia de que os presos não têm direito algum. O condenado é amaldiçoado e, sofrendo a pena, é objeto da máxima censura da coletividade, que o priva de toda a proteção do ordenamento jurídico que ousou violar. O criminoso é desprezível e vil, servo da pena, perde a paz e está fora do direito. É necessário entender que, por força da nossa ordem jurídica positivada, o encarcerado não perde a cidadania, é sujeito de direitos na execução. Ele é titular, ainda, de todo o rol de direitos fundamentais previstos na Constituição que sejam compatíveis com a situação em que se encontra. Qualquer medida restritiva de sua liberdade deve vir prevista em lei, ser proporcional à pena atribuída ou virtualmente projetada, preservando-se sempre a liberdade jurídica residual que não foi tocada pela sentença condenatória.

A perda ou restrição provisória da liberdade não acarretam a supressão de direitos fundamentais. O crime não retira do homem sua dignidade. O indivíduo, por mais vil que possa parecer, é sempre sujeito de direitos.

Apesar de a Constituição Federal prever no seu artigo 5º, inciso XLIX, do Capítulo dos Direitos e Garantias Fundamentais, que "é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral", o Estado continua

fracassando nas prerrogativas mínimas de custódia. À incapacidade de gerenciamento do Estado some-se a incompetência do modelo prisional vigente para a recuperação dos presos. O resultado desta mistura é um local onde não existem as mínimas condições de respeito aos direitos humanos. E sem respeito à pessoa humana, como a garantia da dignidade e da integridade física, o que se produz a cada dia são pessoas desprovidas de humanidade.

O preso não só tem deveres a cumprir, mas é sujeito de direitos, que devem ser reconhecidos e amparados pelo Estado. O recluso não está fora do direito, pois se encontra numa relação jurídica em face do Estado, e, exceto os direitos perdidos e limitados a sua condenação, sua condição jurídica é igual à das pessoas não condenadas.

Denota-se que muito embora tenhamos em nosso ordenamento pátrio dispositivo legal que visa garantir a integridade física do condenado e o respeito à sua dignidade humana, infelizmente parecem estarem esquecidos. Falta na realidade, vontade política e seriedade na administração pública com atitudes sérias, a fim de mudar a situação caótica que chegou hoje nosso sistema prisional, porém, há que se ter em mente que somente teremos solução quando nossos planos de segurança forem planejados com serenidade e não no calor de crises visando apenas saciar os anseios da sociedade.

A verdade é que apenas se tem procurado oferecer soluções para os efeitos, esquecendo-se que o problema está a exigir remédios heroicos para as causas. Se atacarmos os efeitos, as causas persistirão e as consequências crescerão numa razão geométrica.

Tendo a pena privativa de liberdade o objetivo não apenas de afastar o criminoso da sociedade, mas, sobretudo, de excluí-lo com a finalidade de ressocializá-lo, note-se que a pena de prisão atinge o objetivo exatamente inverso: ao adentrar no presídio, o apenado assume o seu papel social de um ser marginalizado, adquirindo as atitudes de um preso habitual e desenvolvendo cada vez mais a tendência criminosa, ao invés de anulá-la.

É preciso a transformação do sistema para que a reforma do condenado seja propiciada por instrumentos como a educação e o trabalho, de modo a dar-lhe condições de levar uma vida digna quando sair do estabelecimento prisional, e evitar que o cárcere seja mais penoso do que deve ser.

A intenção, então, é buscar alternativas para sancionar os criminosos, que não os isolar socialmente. Isto porque a pena de prisão determina a perda da liberdade e da igualdade, que derivam da dignidade humana. E a perda dos direitos fundamentais de liberdade e igualdade representa a degradação da pessoa humana, assim como a tortura e o tratamento desumano, que hoje são expressamente proibidos pela Constituição Federal.

Por mais que se pretenda que a pena privativa de liberdade deva preparar o sujeito para a vida livre, o certo é que propicia a formação de uma sociedade antinatural, na qual o sujeito carece das motivações da sociedade livre, adquirindo características rudes e primitivas, que costumam persistir após a recuperação da liberdade, e, que ao entrar em conflito com a sociedade livre, têm a oportunidade de manifestar-se.

A ideia dos direitos do preso tem origem bem recente. Decorre da consequência lógica de se considerar a privação de liberdade como uma medida extremada, cujos limites devem ser estabelecidos, e que, em definitivo, é reforçado pela comprovação de que é um mal, para o qual ainda não se encontrou substituto, e, nem mesmo parece existirem esforços sérios para reduzi-lo, pelo menos em nosso país.

Nossa Lei de Execução Penal não passa de uma "carta de intenção".

A falta de infraestrutura e o total descaso dos nossos governantes tem contribuído de forma significativa para a transformação das penitenciárias brasileiras em verdadeiras "escolas do crime". Se por um lado, os maus tratos, as celas lotadas, as condições precárias, a falta de alimentação adequada e o meio insalubre trazem o arrependimento do preso pelo crime cometido, por outro, também trazem a revolta.

Além disso, a falta de um acompanhamento psiquiátrico e a não utilização de atividades intelectuais e esportivas acabam por arruinar a integridade física e moral do apenado, propiciando dessa forma ao cultivo de pensamentos perversos e banais, não contribuindo de forma alguma a sua reabilitação, pelo contrário, prejudicando-o ainda mais.

Como se não bastasse, quando o delinquente readquire a liberdade, depara-se com os obstáculos impostos por uma sociedade preconceituosa e excludente que não consegue enxergá-lo como um indivíduo normal (isso no caso de ele ter sido realmente recuperado), aplicando-lhe outras sanções igualmente severas, que é a falta de oportunidade no mercado de trabalho, o desemprego, a falta de cidadania básica, etc. Diante do exposto, a única alternativa é voltar a cometer os mesmos crimes, a fim de que possa sobreviver.

Em 1991, O Instituto da UNESCO para a Educação (IUE), lançou um projeto para investigar e promover a educação nas prisões tendo como público alvo os adultos sentenciados e encarcerados. Um das metas do projeto consistia em contribuir para o desenvolvimento do potencial humano que se restringia devido às desvantagens sociais. Os objetivos principais do projeto eram identificar estratégias bem sucedidas da educação básica nos contextos prisionais, de modo a dar a elas visibilidade, condições de refinamento e replicabilidade.

O relatório da UNESCO (1993: p. 60) indica que os prisioneiros são geralmente jovens, entre 18 a 25 anos. A maioria é constituída por homens, e a presença feminina nas prisões varia entre 2% e 7% da população total prisional. A mulher é uma minoria na prisão, tanto em número quanto em visibilidade. As recomendações de estudos prisionais indicam a necessidade de não continuar ignorando as necessidades de perfil prisional das mulheres apenadas. Em muitos momentos, as dificuldades das mulheres são as mesmas dos homens (o ambiente, o sistema, a superpopulação, etc.), entretanto existem questões específicas que precisam ser observadas (a situação dos filhos, a gravidez, o emocional, as necessidades, as habilidades, etc).

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma antiga máxima popular diz que “mente vazia é a oficina do diabo”. Este provérbio não poderia ser mais adequado quando se trata da vida carcerária. O indivíduo privado de sua liberdade e que não encontra ocupação, entra num estado mental onde sua única perspectiva é fugir. O homem nasceu para ser livre, não faz parte de sua natureza permanecer enjaulado. Algumas raríssimas cadeias ainda oferecem certas condições que superam a qualidade de vida do preso se estivesse do lado de fora. Ainda assim, o sentimento de liberdade sempre é maior e mesmo estas cadeias acabam vivenciando rebeliões de fuga. Preso que não ocupa seu dia, principalmente sua mente, é um maquinador de ideias, a maioria delas, ruins. O presídio é um sistema fechado onde o encarcerado é obrigado a conviver, permanentemente, com outros indivíduos, alguns de índole igual, melhor ou pior. Nem sempre há cordialidade e animosidade é algo comum, gerando um eterno clima de medo e preocupação constantes, pois o preso nunca sabe se “o seu dia vai chegar”. Grande parte desta angústia vivida pelo presidiário advém da falta de ocupação, de uma atividade que ocupe seu tempo, distraia sua atenção e que o motive a esperar um amanhã melhor. A ideia de todo presidiário é que sua vida acabou dentro das paredes da cadeia e que não lhe resta mais nada. Amparo psicológico é fundamental, pois nenhum ser humano vive sem motivação. Presídio sem ocupação se torna uma escola “às avessas”: uma formadora de criminosos mais perigosos.

A grande maioria dos indivíduos presos não tiveram melhores oportunidades ao longo de suas vidas, principalmente a chance de estudar para garantir um futuro melhor. Nesse sentido, o tempo que despenderá atrás das grades pode e deve ser utilizado para lhe garantir estas oportunidades que nunca teve, por meio de estudo e, paralelamente, de trabalho profissionalizante.

REFERÊNCIAS

Constituição da República Federativa do Brasil: (1995). Promulgada em 5 de outubro de 1988. 26 Edição atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2007.

FOUCAULT, M. (1979). **Microfísica do poder**. Trad. de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal.

_____. **Vigiar e punir**: (1998). Nascimento da prisão. Trad. de Raquel Ramallete. 18., Petrópolis: Vozes.

_____. **História da Loucura**. (2001). São Paulo: Editora Perspectiva. Ciências da cognição. Florianópolis: Insular.

GADOTTI, M. (1984). **A educação contra a educação**: o esquecimento da educação e a educação permanente. 3., Rio de Janeiro: Paz e Terra.

_____. **História das ideias pedagógicas**. (1998). 6., São Paulo: Ática.

GOFFMAN, ERVING. (1961). **Manicômios, Prisões e Conventos**. São Paulo: Editora Perspectiva.

THOMPSON, AUGUSTO. (1980). **A questão da penitenciária**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense.

<http://www.cnj.jus.br/>

<http://www.ilanud.org.br/comunicacao/noticias/relator-da-onu-divulga-informe-sobre-educacao-nas-prisoas/>

<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal>

<http://www.mj.gov.br/depen/data/Pages/MJDA8C1EA2ITEMID0A92E04549BC444EBF4358C793E9539APTBRIE.htm>

FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E BOA-FÉ OBJETIVA

FERNANDA ROCHA RAMOS: graduada pela Universidade de Brasília (UnB) e pós-graduada em Direito e Jurisdição pela Escola da Magistratura do Distrito Federal (ESMA-DF).

Resumo: Este trabalho tem por objetivo examinar os institutos da função social do contrato e da boa-fé objetiva. Demonstrar-se-á que tais princípios, ditos sociais, surgem em contraponto aos postulados liberais clássicos, notadamente, a autonomia da vontade, o consensualismo, a obrigatoriedade e a relatividade dos efeitos dos contratos. Defender-se-á que, embora semelhantes, a função social do contrato e a boa-fé objetiva possuem características próprias, não devendo ser confundidas. Examinar-se-á, ainda, o art. 2.035 do Código Civil e a aplicabilidade da função social dos contratos aos negócios jurídicos celebrados antes do advento do referido Código.

Palavras-chaves: Função social do contrato. Boa-fé objetiva. Princípios sociais. Surgimento. Distinções. Arcabouço normativo. Função social. Aplicabilidade retroativa.

1. Introdução.

A maior parte dos contratualistas contemporâneos separa os princípios que regem os contratos em duas classes: os *liberais*, dentro dos quais se inserem a autonomia da vontade, o consensualismo, a obrigatoriedade e a relatividade dos efeitos, e os *sociais*, que abarcam a equivalência material, a boa-fé objetiva e a função social.

Dentro dos princípios clássicos da teoria liberal, a autonomia da vontade destaca-se pela liberdade concedida aos indivíduos em contratar com quem quer que seja, sobre o conteúdo que bem entendam e com a prerrogativa de, não cumprido o contrato, poderem executá-lo. O princípio do consensualismo, por sua vez, dá ao simples acordo de vontade a condição para que o contrato se aperfeiçoe. Já pelo princípio da obrigatoriedade, as partes têm a obrigação de cumprir o contrato realizado, valendo a regra insculpida no brocardo *pacta sunt servanda*. Por fim, o

princípio da relatividade dos efeitos preceitua que os efeitos internos dos contratos restringem-se às partes contratantes, não envolvendo terceiros.

Embora tais princípios pareçam inerentes à própria definição de contrato no contexto do Estado Liberal, o Estado Social emerge no final do século XIX, início do século XX, com novas concepções acerca das garantias jurídicas dos indivíduos, intervindo no plano econômico das relações sociais de modo a alcançar o bem-estar coletivo em contraposição ao individualismo exacerbado. Nesse sentido, o princípio da equivalência material vem determinar o equilíbrio real entre direitos e deveres no contrato, seja antes, durante ou após a sua execução, para que uma parte não se beneficie demasiadamente em detrimento da outra. A boa-fé objetiva, por seu turno, vem impor aos contratantes o dever de agir com ética, correção e dignidade, sempre conforme os bons costumes, a honestidade e a lealdade. E o princípio da função social preceitua que os contratos realizam fins sociais, não se restringindo apenas aos contratantes.

É especificamente a esses dois últimos princípios – boa-fé objetiva e função social – que este trabalho se deterá, especialmente no que tange à diferenciação entre ambos, tema que merece destaque nos dias atuais dada a confusão com que muitos doutrinadores e profissionais do direito tratam os institutos.

2. Desenvolvimento.

O princípio da função social do contrato, consoante lição de Humberto Theodoro Júnior, deve ser entendido como instituto jurídico que “interfere no domínio exterior dos contratantes, isto é, no meio social em que estes realizam o negócio de seu interesse privado.”^[1] Aliás, como explica o mesmo autor, tal concepção é extraída da própria análise dos termos que compõem o princípio: *função* denota a idéia de papel, atribuição, ofício a ser desempenhado, ao passo que *social* diz respeito a sociedade.

Para Paulo Luiz Netto Lôbo, o princípio da função social do contrato expressa a preponderância dos interesses sociais sobre os individuais dos contratantes, de tal forma que estes devem ser exercidos

sempre em observância àqueles. Nesse sentido, complementa Rodrigo Toscano de Brito que “as partes estão autorizadas a pactuarem as cláusulas que acharem convenientes, diante da liberdade de contratação. Antes, porém, devem passar pelo crivo do todo, pela vontade que anteriormente era meramente individual e, agora, é social”[2].

O escólio de Flávio Tartuce complementa a compreensão acerca da função social do contrato:

Nesse contexto, o contrato não pode ser mais visto como uma bolha, que isola as partes do meio social. Simbolicamente, a função social funciona como uma agulha, que fura a bolha, trazendo uma interpretação social dos pactos. Não se deve mais interpretar os contratos somente de acordo com aquilo que foi assinado pelas partes, mas sim levando-se em conta a realidade social que os circunda[3].

O princípio da função social do contrato está vinculado a outro, mais antigo e tradicional em nosso ordenamento jurídico, que é o da função social da propriedade[4]. Conforme explana Mariana Ribeiro Santiago, “a função social da propriedade afeta indubitavelmente o contrato, uma vez que a propriedade é o segmento estático da atividade econômica, e o contrato, segmento dinâmico, é o instrumento que a faz circular”[5].

O Código Civil de 2002 tratou de forma expressa da função social do contrato ao estabelecer, em seu art. 421, que *a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato*. Tal dispositivo, analisado no contexto dos ideais insculpidos na Constituição de 1988 e no próprio Projeto do Código, não deixa dúvidas de que seu objetivo teleológico foi a proteção da esfera de terceiros, de forma a conciliar a liberdade individual com os interesses da sociedade.

Parcela da doutrina discute se seria a função social princípio ou regra. Embora não restem dúvidas de que, inicialmente, o instituto nasça como um princípio, já que existente na realidade jurídica brasileira

mesmo antes do novo Código Civil (sobretudo em razão dos princípios implícitos da Constituição de 1988), após 2002, ele passa a vir de forma expressa em um diploma legal, o que poderia levar à conclusão de se tratar, agora, de regra jurídica.

Na realidade, tal discussão não merece tantas divagações, já que a função social do contrato, pelo seu caráter indiscutivelmente abstrato, condutor das relações contratuais como um todo, não pode deixar de ser considerado um princípio que, enquanto tal, não impede que venha a ser expresso legalmente.

De todo modo, deve-se reconhecer a importância da posituação da função social do contrato, como cláusula geral, no ordenamento jurídico. Essa relevância é destacada por Rogério Zuel Gomes, que, ao lembrar a problemática dos contratos de adesão – que tendem a gerar desequilíbrios, principalmente oprimindo direitos da parte mais vulnerável –, pontua que o *status* de norma legal conferido à função social permite que o contrato passe a tutelar o equilíbrio social, bem como a dignidade das partes contratantes. Para o autor, antes da previsão normativa da função social do contrato, a efetividade dessa cláusula geral acabava prejudicada[6].

Princípio diferente da função social é o da boa-fé objetiva[7], por força do qual “as partes devem se auxiliar mutuamente tanto na celebração quanto na execução do contrato, comportando-se com lealdade, honestidade e confiança”[8]. Por força desse princípio, as partes estabelecem, além das prestações expressamente pactuadas, obrigações acessórias como a clareza, a informação e a segurança, evitando, assim, o desequilíbrio das obrigações e o enriquecimento indevido de uma parte em detrimento da outra.

A boa-fé objetiva, também chamada de boa-fé lealdade, não se confunde com a subjetiva, ou boa-fé crença. Neste último caso, está presente o elemento volitivo do indivíduo, seu estado de consciência interior, o convencimento de estar agindo de maneira correta. Em outros termos, alguém pode ignorar a ilicitude da sua conduta, agindo, portanto, em boa-fé subjetiva e, mesmo assim, descumprir os seus deveres de probidade e confiança devidos à outra parte. Já na boa-fé objetiva, o que se observa é o comportamento esperado dos

contratantes, se agem com lealdade e confiança recíprocas, em conformidade com o que se esperaria da atitude de alguém inserido no lugar e à época em que o contrato foi celebrado.

Humberto Theodoro Júnior aponta três funções para a boa-fé objetiva. A primeira delas, a interpretativa, estaria insculpida no art. 113 do Código Civil, ao estabelecer que *os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração*. Já a função limitativa viria evitar o abuso de direito e estaria evidenciada no art. 187 do mesmo diploma legal: *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 e pelas bons costumes*. Por fim, a função integrativa, pela qual os contratantes estão vinculados à boa-fé objetiva independentemente de previsão expressa no contrato, é observada no art. 422 do Codex Civil: *os contratantes estão obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como na sua execução, os princípios de probidade e boa-fé*.

A boa-fé, na verdade, já era prevista no Código Comercial de 1850, embora no Código Civil de 1916 houvesse certa dificuldade na percepção da existência desse princípio, diante da ausência de disposição legislativa expressa.

Destarte, a boa-fé objetiva – e, nesse ponto, também a função social – tem a característica relevante de ser tratada no Código Civil de 2002 como cláusula geral, remetendo “o intérprete para ‘um padrão de conduta geralmente aceito no tempo e no espaço’, como lembra Silvio de Salvo Venosa. Ao aferir a licitude, ou não de uma conduta contratual, o juiz tem que primeiramente fixar tal padrão, buscando-o no meio social (usos e costumes locais observados pelas pessoas de bem)”[9].

Dos conceitos de função social do contrato e boa-fé objetiva, percebe-se claramente tratar-se de princípios distintos entre si, que, não obstante o propósito comum de mitigar a rigidez dos postulados clássicos individualistas, têm características próprias diferenciadoras.

Fundamentalmente, a boa-fé objetiva insere-se na seara da relação interna entre os contratantes, ao passo que a função social do contrato alcança seu âmbito externo, envolvendo terceiros e a coletividade como

um todo. Humberto Theodoro Júnior é preciso na distinção, ao afirmar que “a função social do contrato consiste em abordar a liberdade contratual em seus reflexos sobre a sociedade (terceiros) e não apenas no campo das relações entre as partes que o estipulam (contratantes). Já o princípio da boa-fé fica restrito ao relacionamento travado entre os próprios sujeitos do negócio jurídico”^[10].

Ademais, o simples fato de o legislador ter tratado os dois princípios em artigos distintos do Código Civil já demonstra sua intenção de positivizar institutos inconfundíveis. A função social do contrato deve ser entendida como uma nova orientação para o tradicional e rigoroso princípio da relatividade dos efeitos contratuais, pelo qual o contrato não beneficiava nem prejudicava terceiros. A boa-fé objetiva, por sua vez, expressa-se no dever de conduta dos contratantes, pautada pela clareza, honestidade e lealdade de um para com o outro. Nesse sentido:

Em suma, para delimitar o campo de atuação dos dois novos princípios consagrados pelo Código Civil de 2002 – a boa-fé objetiva e a função social do contrato – impõe-se acentuar o seguinte: a) ofende-se o princípio da boa-fé quando o contrato, ou a maneira de interpretá-lo ou de executá-lo, redundam em prejuízo injusto para uma das partes; b) ofende-se a função social quando os efeitos externos do contrato prejudicam injustamente os interesses da comunidade ou de estranhos ao vínculo negocial^[11].

Note-se, pois, que, enquanto o princípio da função social relaciona-se à socialidade, o princípio da boa-fé objetiva, ao invés, guarda pertinência com a eticidade. Não obstante a acentuada generalidade e abstração dos institutos, cabe à doutrina delimitar o campo de atuação de cada um, a fim de se evitar que ambos se confundam na análise do caso concreto, o que não implica dizer, entretanto, que os dois princípios não possam ser ofendidos concomitantemente em um mesmo contrato.

No que concerne à função social do contrato, a doutrina discute, ainda, a sua aplicação no tempo, bem como as respectivas implicações no campo da segurança jurídica. Nesse diapasão, merece destaque o preceito do art. 2.035 do Código Civil, que determina, em seu *caput*,

que a validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução. Já em seu parágrafo, o preceito estabelece que *nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.*

Pela análise do *caput* do art. 2.035, constata-se que o legislador adotou como regra de direito intertemporal o conceito de retroatividade mínima^[12], pois o ordenamento jurídico novo atingirá tão somente os efeitos futuros de atos anteriormente produzidos. Nesse contexto, para que o referido dispositivo não fira a proteção constitucionalmente dada ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da CF/88), bem como à segurança jurídica, deverá ser entendido de forma que o novo Código aplica-se aos efeitos dos contratos celebrados antes de sua vigência, mas que até então não tinham se manifestado, situação em que não há ato jurídico perfeito, já que nenhum efeito fora produzido até a entrada em vigor do ordenamento moderno^[13].

O parágrafo único do art. 2.035, por seu turno, vem, nas palavras de Mariana Ribeiro Santiago, “reconhecer o princípio da função social do contrato, assim como o princípio da função social da propriedade, como norma de ordem pública, inderrogável pela vontade das partes”^[14]. Assim, independentemente se os efeitos do contrato celebrado antes do Código Civil de 2002 começaram a se manifestar antes ou depois de sua vigência, o princípio da função social do contrato, enquanto norma de ordem pública integrante de um sistema contratual fundamentado na ética e no equilíbrio sociais, haverá sempre que ser observado.

Nesse sentido, Antônio Jeová Santos arremata a discussão, afirmando que “a razão de ser da aplicação da função social do contrato a contratos anteriores ao novo Código seria o fato de que o princípio da função social do contrato já existia e gozava de plena vigência antes da positivação empreendida pelo citado art. 421”^[15].

3. Conclusão.

Conclui-se que os princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva ostentam características próprias, não devendo ser confundidos. Por outro lado, surgem no Código Civil de 2002 como positivamente típicas de uma concepção nova dos acordos de vontade, fruto de diversas transformações sócio-econômicas ocorridas ao final do século XIX e início do século XX. Encontram-se pautados nos valores éticos e coletivos característicos do Estado Social, em movimento que já vinha se consumando no ordenamento jurídico brasileiro desde antes do Código de 2002.

Esses princípios modernos, apesar de não terem anulado a aplicação dos tradicionais, assumem importância primordial nas relações contratuais hodiernas, fato evidenciado pelo parágrafo único do art. 2.035 do Código Civil, que determina a observância da função social do contrato mesmo nos pactos celebrados antes da sua entrada em vigor, independentemente da convenção estabelecida pelas partes.

Bibliografia:

BARROSO, Luís Roberto. *Em algum lugar do passado – segurança jurídica, direito intertemporal e novo Código Civil*. In: Revista brasileira de Estudos Políticos nº 90. Editora Imprensa Universitária da UFMG. Julho-Dezembro de 2004.

BRITO, Rodrigo Toscano de. *Função social dos contratos como princípio orientador na interpretação das arras*. In: Novo Código Civil – Questões Controvertidas, volume 2, Editora Método, 2004, pp. 369 – 382.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Função Social do contrato*. Coleção Prof. Agostinho Alvim. Editora Saraiva, 2004.

GOMES, Rogério Zuel. *Teoria Contratual Contemporânea (função social do contrato e boa-fé)*. Editora Forense, 2004.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: dos contratos e das declarações unilaterais de vontade*. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v. III.

SANTIAGO, Mariana Ribeiro. *O Princípio da Função Social do Contrato*. Editora Juruá, 2005.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. Volume único. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O Contrato e sua Função Social*. Editora Forense, 2004.

VAINER, Bruno Zilberman. *Aspectos básicos da segurança jurídica*. In: Revista de Direito Constitucional e internacional 56, ano 14. Editora Revista dos Tribunais. Coordenação Maria Garcia. Julho-Setembro de 2006.

NOTAS:

[1] THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. Forense, 2004, p. 13.

[2] BRITO, Rodrigo Toscano de. *Função social dos contratos como princípio orientador na interpretação das arras*. In: Questões controvertidas no novo Código Civil. Método, 2004, v. II, p. 373.

[3] TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. Volume único. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016, p. 615 e 616.

[4] Antes da consolidação do Estado Social de Direito, que teve como marco as Constituições do México, de 1917, e de Weimar, de 1919, o direito à propriedade era tido como absoluto, exclusivo e perpétuo, pois o detentor, enquanto tal, dispunha de um direito *erga omnes*, sem a interferência de terceiros e só extinguindo pela sua própria vontade ou pela vontade da lei.

Com a ascensão dos ideais sociais, o uso da propriedade passa a subordinar-se ao interesse geral, não se admitindo mais o individualismo exacerbado antes reinante. No Brasil, o primeiro ordenamento jurídico a conceber a propriedade como um direito limitado ante o bem comum foi a Lei 4.504/64 (Estatuto da Terra). Em seguida a Constituição de 1988, em seus arts. 5º, XXIII, 182, § 2º e 186. Mais recentemente, o Código Civil de 2002 também deu previsão legal ao instituto, em seu art. 1.228, § 1º.

[5] SANTIAGO, Mariana Ribeiro. *O Princípio da Função Social do Contrato*. Editora Juruá, 2005.

[6] GOMES, Rogério Zuel. *Teoria Contratual Contemporânea (função social do contrato e boa-fé)*. Editora Forense, 2004.

[7] Alguns autores, porém, não concebem a diferenciação dos institutos. Jaime Santos Briz, por exemplo, parece não vislumbrar a diferenciação ao defender que a função social do contrato tem como objetivo fundamental proteger o contratante mais vulnerável, limitando-se, pois, à seara da relação contratual. Já Cláudio Luiz Bueno de Godoy defende a existência de dois conteúdos para a função social do contrato: um *inter partes*, pelo qual o referido princípio rege a relação entre os contratantes, de forma a impedir o desequilíbrio contratual entre eles, e outro *ultra partes*, que vincula o contrato a sua eficácia social, extrapolando o âmbito da relação contratante-contratado e atingindo também a esfera de terceiros. Por fim, Silvio Rodrigues também não aponta no sentido de diferenciar precisamente os dois princípios, ao lecionar, em seu conhecido *Direito Civil* (São Paulo: Saraiva, 2004, v.3, p.61), que a função social do contrato “revelar-se-ia na idéia de relativo equilíbrio das prestações devidas por cada um dos contratantes”.

[8] SANTIAGO, Mariana Ribeiro. *O princípio da função social do contrato*. Juruá: 2005, p. 62.

[9] THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. Forense, 2004, p. 17 e 18.

[10] THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. Forense, 2004, p. 29.

[11] THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. Forense, 2004, p. 49.

[12] Consoante célebre lição do Min. Moreira Alves, em voto proferido no julgamento da ADI 493/DF, a retroatividade pode ser, também, máxima, quando a lei nova ataca a coisa julgada e os fatos consumados, e média, quando a lei nova atinge os efeitos pendentes de atos jurídicos verificados antes dela.

[13] Por outro lado, há autores que sustentam a inconstitucionalidade do dispositivo. Para Luís Roberto Barroso, por exemplo, não apenas as condições de validade, mas também os efeitos dos contratos encontram-se protegidos da incidência de lei posterior, da mesma forma que as normas de ordem pública trazidas pelo Código de 2002 (como a função social do contrato) devem, como as demais normas, obedecer ao art. 5º, XXXVI, da CF/88, não podendo ser aplicadas aos atos pretéritos. Bruno Zilberman Vainer, na esteira de Luiz Roberto Barroso, também defende a inconstitucionalidade do artigo, na medida em que nenhuma norma infraconstitucional, ainda que de ordem pública, poderia modificar os

efeitos dos negócios jurídicos anteriores, o que representaria ameaça à segurança jurídica e ao ato jurídico perfeito.

[14] SANTIAGO, Marina Ribeiro. *O Princípio da função social do contrato*. Juruá, 2005, p. 129.

[15] SANTOS, Antônio Jeová *apud* SANTIAGO, Mariana Ribeiro. Juruá, 2005, p. 131.

MEDIDAS PROVISÓRIAS NO BRASIL

BARBARA MOTA PESTANA: Graduada em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (2014). Pós-graduada em Direito Constitucional pelo Instituto Elpídio Donizetti (2017)

Resumo: O presente trabalho objetiva analisar a medida provisória, que por suas características peculiares, configura um instrumento à disposição do Presidente da República, a fim de que este possa realizar as atividades necessárias para melhor gerir o Estado de maneira mais célere. Entretanto, pode haver excessos na utilização do instituto; de modo que, tal instrumento deve sempre ser compatível com os valores democráticos, visando evitar abusos na sua utilização. Como a medida provisória dá ao Presidente um privilégio considerável, conferindo-lhe capacidade de criar novas leis com efeitos imediatos, o STF deve se manter vigilante, buscando evitar o desrespeito a Constituição e a utilização abusiva das medidas provisórias.

Palavras-Chave: Medida Provisória. Decreto-legge. Urgência e Relevância. Pressupostos de Admissibilidade.

Introdução

A medida provisória é instrumento com força de lei, podendo ser utilizada pelo Presidente da República em casos de relevância e urgência. Os efeitos produzidos por tais medidas serão imediatos e para que elas sejam convertidas em lei, faz-se necessária sua aprovação do Congresso Nacional. O prazo de vigência de uma medida provisória é de sessenta dias, prorrogáveis uma vez por igual período.

O instituto da medida provisória constitui inovação no Direito Constitucional brasileiro, sua inclusão ocorreu no texto da Constituição Federal de 1988. Pode-se dizer que a medida provisória é a sucessora de um outro tipo especial de norma, qual seja o decreto-lei. Tal tipo de decreto foi muito utilizado durante os períodos do Estado Novo (1937-1945) e do regime militar (1964-1985).

Origem da Medida Provisória

Para o constitucionalismo brasileiro, a medida provisória teve sua origem histórica no decreto-legge italiano. Assim, o decreto-legge foi importado do ordenamento italiano para o brasileiro, fato que exige cuidado e diligência na aplicação de tal instituto. Segundo, Amaral Júnior, é preciso cautela no estudo de institutos importados do direito estrangeiro, uma vez que, tais institutos experimentam desenvolvimento bem distinto daquele que conhecerão em sua origem.^[1] Deve-se observar, que muitas instituições estrangeiras quando transportadas para uma realidade social diferente, podem perder seu objetivo, produzindo, algumas vezes, efeitos não pretendidos.

Assim, faz-se importante estabelecer diferenças entre a medida provisória e o decreto-legge. Observa-se, que na Itália, tal decreto só é admitido em casos extraordinários de necessidade e urgência. No que se refere ao Brasil, a medida provisória só é admitida em casos de urgência e relevância.

Além disso, destaca-se, que no Brasil, o Congresso Nacional tem o dever de regular as relações jurídicas decorrentes de uma medida provisória que não foi convertida em lei. Com relação ao poder legislativo italiano, tal regulação é mera faculdade.

A grande diferença entre o modelo italiano e o brasileiro é que na Itália o sistema de governo é o parlamentar, dessa forma, a Constituição Italiana estabelece que o Gabinete através do Primeiro Ministro adotará o instrumento provisório com força de lei, responsabilizando-se; ou seja, a adoção será feita sob a sua responsabilidade política. Assim, na Itália existe um responsabilização do Poder Executivo diante da não aprovação da medida provisória pelo Parlamento.

Logo, é possível perceber que o instituto da medida provisória tem melhor adequação ao sistema parlamentar, pois a separação entre Executivo e Legislativo é bem mais suave, existindo influência direta do Legislativo no Executivo. As medidas provisórias são mais específicas no regime parlamentarista, em que o gabinete é uma dependência do corpo legislativo, podendo tal gabinete cair em face de desacordo com este.^[2] Assim, na Itália, o Poder Executivo responde diante da não aprovação da medida provisória.

Isso não ocorre no Brasil. Com relação a perspectiva brasileira, tem-se que o Presidente da República do Brasil pode editar medidas

provisórias livremente, não havendo risco de punições, tal como a perda de cargo. Assim, muitas vezes, o Presidente pode se utilizar do instituto de maneira deliberada.

Como no sistema brasileiro não está prevista a responsabilidade política do Presidente da República para os casos em que suas medidas provisórias são rejeitadas pelo Congresso Nacional, o uso das medidas provisórias, no Brasil, tende a ser abusivo.

Nesse sentido, no ordenamento jurídico brasileiro, após a EC 32/01, há um elenco das matérias a serem tratadas por medida provisória, ou seja, existe uma certa restrição ao uso da medidas provisórias, restrição esta que não existe no sistema italiano. Além do mais, tem-se, que na Itália, sistema parlamentarista, a iniciativa de medida provisória cabe ao Governo. Com relação ao Brasil, sistema presidencialista, a iniciativa cabe somente ao Presidente da República.

Medida Provisória no Brasil

Sob uma dupla premissa: relevância e urgência, pode o presidente de acordo com o artigo 62 da Constituição brasileira de 1988 editar medida provisória. Com a promulgação da Constituição Cidadã em 1988, observou-se a saída do decreto-lei, surgindo, em seu lugar, a medida provisória. Essa medida não é lei, entretanto, tem força de lei.

Segundo o referido artigo 62, a medida provisória é apenas uma medida administrativa de natureza normativa, sendo provisória e precária. Já para Pontes de Miranda, a medida provisória é lei, ou seja, é uma espécie de lei sob condição resolutiva.^[3] Observa-se, dessa forma, que a natureza da medida provisória é um ponto controvertido doutrinariamente.

Parte da doutrina acredita que como a medida provisória encontra-se disposta no rol do art. 59 da Constituição Federal de 1988, rol este que traz as espécies normativas que passam pelo processo legislativo; assim, a medida provisória seria um ato legislativo. Entretanto, outra parte defende que o instituto seria uma norma jurídica com força de lei, e não uma lei de fato. Nesse sentido, segundo a própria Constituição, a medida provisória pode ser convertida em lei, assim, não haveria sentido em converter em lei algo que já fosse lei.

O que se deve observar, de fato, é que as medidas provisórias são instrumentos da atividade legislativa do Poder Executivo, sendo marcadas pela excepcionalidade, já que a atividade de legislar é tarefa do Poder

Legislativo. Assim, diante de matéria importante e relevante, em situação na qual haja impossibilidade de esperar a regular tramitação do projeto de lei no Congresso Nacional, adota-se a medida provisória.

Tal medida foi criada para possibilitar ao Presidente da República fazer uso de uma dinâmica político-administrativa característica dos Estados Democráticos de Direito. Não ocorre uma intromissão na atividade do Poder Legislativo, uma vez que, a adoção de medida provisória garante o desempenho da atividade estatal na busca da melhor forma de alcançar seus objetivos.

Nesse sentido, em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, tendo força de lei. Tais medidas devem ser submetidas, imediatamente, ao Congresso Nacional. Após editadas, entraram em vigor e permaneceram assim por 60 dias, sendo também submetida à apreciação do Poder Legislativo. Se no prazo supra exposto não for convertida em lei, a medida provisória perderá sua eficácia, cabendo ao Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes.

No Brasil, o número de medidas provisórias editadas e reeditadas supera o das leis promulgadas pelo Congresso Nacional. Tal fator evidência que o Poder Executivo faz uso abusivo do instituto, burlando o devido processo legislativo.

Controle dos pressupostos de edição

O abuso na edição e reedição de medidas provisórias desprovidas de urgência ou relevância ou de ambos, pelos sucessivos Presidentes da República ao longo dos anos, levaram o Poder Executivo no Brasil, muitas vezes, a cometer verdadeira usurpação da função legislativa.

Observa-se, assim, flagrante desrespeito ao princípio da separação de poderes, uma vez que, o Poder Executivo ultrapassa a esfera do legislativo agredindo sua autonomia, estando desprovido dos requisitos que validam a edição das medidas.

Os pressupostos para que uma medida provisória seja editada são a relevância e a urgência. Observa-se, porém, que tais conceitos jurídicos são indeterminados, com forte grau de subjetividade. Ainda que haja

esforço doutrinário em delimitá-los, existe grande brecha para ocorrência de excessos na interpretação.

A utilização das medidas provisórias, na atualidade, deixou de ser algo excepcional e passou a ser algo rotineiro. Assim, hoje, o normal é se governar fazendo uso das medidas provisórias, já que Presidente após Presidente as utilizaram de maneira deliberada. Observa-se, que se torna mais fácil e confortável para o Poder Executivo governar sustentado pela arbitrariedade da medida provisória.

A Emenda Constitucional nº 32/01, foi aprovada pelo Congresso Nacional, representando uma tentativa de conter o abuso na edição de medidas provisórias. Assim, aprovou-se também a proibição da sua reedição na mesma sessão legislativa (art. 62, § 10º da CF/88) e inseriu expressamente matérias que não podem ser regulamentadas por meio de medida provisória (art. 62, § 1º da CF/88).

Essa Emenda Constitucional representou uma limitação à ampla possibilidade do Presidente da República de legislar sobre qualquer matéria, ela ressaltou a importância de se respeitar os limites entre os poderes, não ultrapassando suas competências. Apenas em casos de relevância e urgência, poderá o chefe do Poder Executivo adotar medidas provisórias, as quais deverão ser submetidas, a posteriori, ao Congresso Nacional.

Outra maneira de se tentar conter o uso desenfreado de medidas provisórias encontra-se no controle dos pressupostos de admissibilidade. Observa-se, que no que se refere ao controle de constitucionalidade, o STF já decidiu que a medida provisória a ele está sujeita. Com relação aos pressupostos para a edição, estes também podem ser objeto do controle jurisdicional.

Tem-se que, a EC 32/01 e a própria Constituição Federal silenciaram no que diz respeito ao tema. Entretanto, a jurisprudência do STF é pacífica em relação a possibilidade de controle de tais pressupostos. Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello, afirma que existe possibilidade de se controlar jurisdicionalmente os pressupostos para edição de medida provisória, uma vez que a relevância e a urgência são requisitos de validade de determinado provimento normativo, cabendo ao Judiciário decidir se determinado comportamento fere ou não o Direito.^[4]

É preciso perceber, que ao utilizar o instituto de maneira abusiva, o Presidente da República fere a Constituição; assim, o STF, na função de guardião da Constituição (art. 102 da CF/88), deve garantir o respeito ao texto constitucional. É obrigação do Supremo Tribunal Federal zelar pela observância dos dispositivos constitucionais para admissibilidade da medida provisória.

O Poder Executivo não possui a faculdade de interpretar os pressupostos de admissibilidade (relevância e urgência) da maneira que lhe melhor lhe interessar, ainda que tais pressupostos sejam cláusulas abertas; uma vez que, tal interpretação poderia ser tendenciosa, visando legitimar atividades de abuso.

O STF, diante de cláusulas abertas, deve buscar equilibrar a normatividade constitucional e as necessidades sociais. Destaca-se, entretanto, que este controle é medida excepcional, pois a regra é que o Presidente enquadre os requisitos corretamente e se utilize das medidas provisórias de maneira sensata e diligente.

Referências

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello. **Medida Provisória e a sua Conversão em lei**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FERREIRA, Pinto, **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo, Editora Saraiva, 1999.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 18. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Controle Jurisdicional dos Pressupostos de Validade das Medidas Provisórias**. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT. a. 87. V. 758. dez, 1998.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967 com a emenda n. I, de 1969**. T. III. 2a ed. São Paulo: RT, 1979.

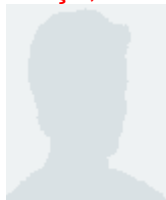
Notas:

- [1] AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello. Medida Provisória e a sua Conversão em lei. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 201
- [2] Ferreira, Pinto, Curso de Direito Constitucional. São Paulo, Editora Saraiva, 1999, p. 337
- [3] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários à Constituição de 1967 com a emenda n. I, de 1969. T. III. 2a ed. São Paulo: RT, 1979. P.141-142.
- [4] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Controle Jurisdicional dos Pressupostos de Validade das Medidas Provisórias. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT. a. 87. V. 758. dez, 1998, p.12.



Artigos

Terça, 13 de Março de 2018 04h45



VAGNER LUCIANO DE ANDRADE: Discente do Curso de Licenciatura em História pelo UNICESUMAR. Assistente Técnico da Educação Básica lotado na EE Diogo de Vasconcelos.

Ilegalidade da devastação ambiental associada à desumana escravidão no Brasil contemporâneo: breve discussão teórica a partir da Ecologia e do Direito Ambiental do Trabalho

A CRISE POLÍTICA E CONSTITUCIONAL NA VENEZUELA: OS (DES)CAMINHOS DO PODER

ITALO

ROBERTO

FUHRMANN: Advogado e Professor de
Direito Constitucional (ESA/OAB-RS)

A crise política, social e institucional que assola a Venezuela ultrapassa os limites de atuação dogmática do Direito constitucional. Nada obstante, o início de uma possível retomada da institucionalidade política, consentânea com um regime democrático, passa imprescindivelmente pela realocação do discurso constitucional no centro do debate político venezuelano. Neste alusivo, referimos a sempre atual assertiva de Konrad Hesse, segundo a qual para que a Constituição tenha pretensão de eficácia, faz-se necessário uma *vontade de constituição* de todos os atores e agentes políticos encarregados de cumpri-la.

A atual Constituição venezuelana foi promulgada, após um referendo popular, aos 15 de dezembro de 1999. Seu anteprojeto foi redigido pelo governo de Hugo Chávez, e se caracteriza por uma forte atuação estatal, especialmente no que se refere à justiça social, à formação de uma sociedade multiétnica, reconhecendo ademais os direitos fundamentais à população indígena, e à integração latino-americana. Alterou-se também o nome da República que se passou a chamar Bolivariana, em alusão ao líder libertador venezuelano Simón Bolívar. A Venezuela é um país que faz fronteira com o Brasil, tem trinta milhões de habitantes e uma área territorial de quase um milhão de quilômetros quadrados.

A Constituição da Venezuela pode ser compreendida como uma Constituição analítica, haja vista seus trezentos e cinquenta artigos, destinada a garantir uma democracia participativa, pluralista e integrativa, tendo por objetivo a efetividade progressiva dos direitos humanos (artículo 19). De forma inovadora, para além dos clássicos direitos individuais, civis, políticos e sociais, a Constituição bolivariana prevê como autênticos direitos fundamenatais os direitos da Nação, como a independência, liberdade, soberania, integridade territorial e autodeterminação nacional. Há, contudo, um extenso rol de direitos e garantias fundamentais

positivado no título terceiro, à semelhança do elenco constante em nosso artigo quinto.

Especialmente a partir de 2013, ano em que o ex-presidente Hugo Chávez faleceu, sucedendo no cargo o atual presidente Nicolás Maduro, houve uma crescente precarização das condições básicas de vida da população em geral. Aliada às incertezas no campo político, à insegurança jurídica e ao aumento da impopularidade governamental, está a redução dos preços do petróleo que atingiu em cheio a economia venezuelana, principalmente pelo fato de que tal *commoditi* representa mais de noventa por cento das exportações do país. De uma maneira geral, a economia venezuelana sofre sobremaneira com a altíssima taxa de inflação, com a escassez generalizada de bens de consumo de primeira necessidade e com o aumento vertiginoso do desemprego. Não é por acaso que nos últimos sete anos o número de emigrantes aumentou em mais de quinhentos por cento.

Dois episódios, no entanto, refletiram a crise estrutural por que passa a democracia constitucional da Venezuela. O primeiro foi o aviltamento da forma republicana de governo perpetrado pela emenda constitucional número um, fruto de referendo popular realizado em 15 de fevereiro de 2009, cuja aprovação foi ratificada por mais de cinquenta e quatro por cento da população. Sem embargo, tal alteração constitucional introduziu no ordenamento jurídico venezuelano a possibilidade de reeleições ilimitadas para todos os órgãos de eleição majoritária, e permitiu, de forma casuística, a terceira eleição consecutiva de Hugo Chávez, em 2012. É cediço no meio jurídico, inclusive dentre os autores mais conservadores, que o principal pressuposto de um regime republicano é a alteração periódica dos mandatários do poder político, garantindo-se a todas as agremiações políticas a possibilidade concreta de aceder ao poder pela via institucional e dentro do marcos legais do Estado de Direito.

Outro acontecimento de gravidade extrema ao regime democrático e ao postulado da separação dos poderes foi a intervenção inconstitucional do Tribunal Supremo de Justiça no Parlamento venezuelano, retirando deste suas competências funcionais estabelecidas na Constituição. Sob o

pretexto de insubordinação e desacato, a Assembleia Nacional da Venezuela foi profundamente coarctada em sua competência funcional e independência institucional por uma sentença da Corte Suprema de Justiça, cuja composição é majoritariamente alinhada aos interesses políticos do governo de Nicolás Maduro.

A Constituição da Venezuela é extremamente avançada em termos de técnica normativa de positivação dos direitos fundamentais, em especial na sua inter-relação com tratados e convenções internacionais de direitos humanos. Diferentemente do sistema constitucional brasileiro *rectius* da sistemática adotada pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento do RE 466.343 de 03.12.2008, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, ratificadas pelo Estado venezuelano, tem hierarquia constitucional (artículo 23), ou seja, integram o bloco normativo paradigma para o controle abstrato de constitucionalidade das leis aprovadas pelo parlamento venezuelano. Tal dispositivo constitucional revela a importância do direito internacional dos direitos humanos para o Estado da Venezuela, que o vincula estritamente, da mesma forma que os próprios preceitos constitucionais.

O texto constitucional da Venezuela, após uma análise estrutural dos seus dispositivos, é de ser caracterizado como extremamente avançado na tutela da democracia, dos direitos fundamentais e da participação política ativa, na esteira do que preconizava o jusfilósofo alemão Georg Jellinek através de seu prolapado *status activus civitates*. Nada obstante, a intenção governamental de se afastar dos compromissos constitucionais, a discricionariedade política radicada na manutenção a qualquer custo do poder político e a submissão servil dos órgão jurisdicionais ao executivo estão, pouco a pouco, destruindo a estatalidade venezuelana, abrindo caminho para uma ditadura despótica a transformar a Constituição em mero diploma simbólico (semântica, nas palavras de Karl Löwenstein), legitimador de um poder autocrático. Na asserção paradigmática de Martin Kriele, a independência do judiciário é, inclusive, mais importante que a própria declaração de direitos, uma vez que sem a necessária independência e separação dos poderes não há ambiente democrático para a consecução dos mesmos.

Defronte o caos institucional por qual passa a Venezuela, apenas uma concertação de caráter supranacional poderá dar início à retomada da democracia venezuelana, fundada no princípio da solidariedade internacional. Esta tarefa incumbe, sobremaneira, aos países latino-americanos, em especial às nações que compõem o Mercosul. Os órgãos e mecanismos internacionais de defesa da ordem jurídica, da democracia e dos direitos fundamentais, como o Parlamento do Mercosul (Parlasul), sediado no Uruguai, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA, bem como o próprio Tribunal Interamericano de Direito Humanos, com sede em São José da Costa Rica, são instrumentos de democracia supranacional indispensáveis para a retomada da institucionalidade venezuelana, e, conseqüentemente, para a volta do crescimento econômico abalado pela insegurança jurídica que assola o país.

ANÁLISE DA TRIBUTAÇÃO DOS BENS INTANGÍVEIS ADQUIRIDOS POR DOWNLOAD

ROMULLO VICTOR NASCIMENTO ARAÚJO:
Advogado. Bacharel em Direito pelo Centro
Universitário Estácio do Recife - FIR

Resumo: O presente artigo traz as principais discussões que permeiam o panorama atual da tributação sobre bens intangíveis adquiridos por download, tema que dá causa a muita divergência, principalmente por envolver espaços que não obedecem a um ordenamento uno ou específico. Para tanto, inicia com uma breve passagem histórica do processo de evolução da Internet e das mudanças nas relações econômicas e estruturais provocadas pelo advento do comércio eletrônico direto, sobretudo nos aspectos de soberania e territorialidade. Enfrentando o tema central, aborda as questões conceituais essenciais para verificação do imposto incidente nas operações com produtos digitais e os mais variados posicionamentos jurisprudenciais, técnicos e doutrinários, além das sugestões apresentadas para colaborar com a atividade fiscalizatória do Estado, sem deixar de contemplar os direitos constitucionais individuais e os princípios da legalidade e da segurança jurídica. Por fim, a título de comparação, aponta as experiências e medidas adotadas nos Estados Unidos da América e na Europa em termos de tributação sobre bens intangíveis adquiridos por *download*.

Palavras-Chave: Tributação; *Download*; Comércio Eletrônico;

Sumário: Introdução. 1. Breves comentários sobre a origem do comércio eletrônico e sua influência nas relações comerciais. 1.1. A origem e os efeitos da Internet na sociedade contemporânea. 1.2. Conceitos, modalidades e perspectivas do Comércio Eletrônico. 2. Aspectos da soberania e territorialidade na tributação do comércio eletrônico direto. 3. Tributação dos bens digitais adquiridos via *download*. 3.1 ICMS: princípios e conceitos que viabilizam (ou não) a tributação. 3.2. ISS x ICMS: conflito de competência. 3.3 Impostos Federais e os bens digitais. 4. A experiência internacional na tributação de bens intangíveis adquiridos por *download*. Considerações finais.

INTRODUÇÃO

Com o advento das inovações tecnológicas e da popularização do acesso à Internet, o Brasil se depara com situações até então não previstas no ordenamento jurídico, vivenciando a modificação das formas e a estrutura das relações sociais, econômicas e culturais.

O espaço que até então dedicado apenas para fins militares e, posteriormente, acadêmicos, passa a fazer parte do cotidiano das pessoas em geral a partir da mudança de hábitos e da comodidade proporcionada pelo surgimento de ferramentas de comunicação e interação.

A partir de então, abre-se a oportunidade para que as empresas explorem a Internet como forma de expandir o fluxo de capitais e negócios, dando margem ao fortalecimento da globalização. Um dos resultados desse processo é o surgimento e o conseqüente crescimento do comércio eletrônico.

O modelo de comércio que privilegia o contato direto com o produto antes da tomada de decisões, com a necessidade de deslocamento físico para venda ou aquisição, cede espaço para novas formas de negócio, como o comércio eletrônico, modificando a compreensão dos conceitos adotados e exigindo do profissional do Direito uma leitura atualizada e dinâmica dos fatos sociais.

É evidente que essas mudanças trazem novos desafios aos Estados que, deparando-se com a migração das atividades comerciais tradicionais para o campo virtual, têm visto o aspecto da territorialidade e da soberania enfraquecidos pela fragilização das fronteiras físicas existentes pelo caráter global da Internet.

Esses desafios se multiplicam quando tratamos dos mais recentes formatos de negócios na Internet envolvendo a negociação de bens intangíveis no comércio eletrônico, o que tem trazido vários questionamentos na atividade tributária do Estado devido ao fato de que os conceitos e práticas, até então vigentes no ordenamento jurídico, têm sido confrontados por uma nova realidade, que traz a possibilidade de negociar

produtos digitais integralmente no campo virtual com a entrega via *download*.

A venda/serviço envolvendo bens digitais via *download* ainda não segue uma regulamentação específica e tem sido incluída com dificuldade no campo de incidência de impostos como o ICMS e o ISS, o que também tem gerado grande discussão sobre os recorrentes conflitos de competência e o ajuizamento de ações constitucionais com o questionamento judicial da exigência tributária, principalmente no âmbito conceitual.

Ainda que as tentativas de tributação no comércio eletrônico envolvendo os bens digitais sejam recentes, é necessário ampliar as discussões e despertar a atenção de contribuintes e até mesmo da administração tributária para as perspectivas de crescimento dessas operações na Internet.

Neste cenário, o presente artigo se apresenta com o objetivo central de trazer as principais discussões conceituais, doutrinárias e jurisprudenciais que permeiam o panorama atual da tributação sobre bens intangíveis adquiridos por *download*.

Para tanto, busca analisar os desafios da administração tributária frente aos avanços do comércio eletrônico direto e as repercussões nos aspectos de soberania e territorialidade, discutir as hipóteses de incidência de impostos nessas operações eletrônicas, apresentar os posicionamentos dos órgãos administrativos fiscais e do judiciário sobre a matéria, bem como as experiências internacionais de fiscalização e tributação sobre as operações com bens intangíveis via *download*.

Com isso, o presente trabalho se ocupa em apresentar breves considerações sobre o surgimento do comércio eletrônico a partir da evolução da Internet, além dos conceitos e projeções para o futuro do *e-commerce* envolvendo bens intangíveis.

Em seguida, passa a abordar os efeitos do avanço do chamado comércio eletrônico direto nos aspectos de soberania e territorialidade, dado o movimento global da Internet, o que tem preocupado os governos em geral.

Em outro momento, ingressa numa análise acerca da tributação das operações com bens digitais adquiridos por *download*, discutindo os conceitos que permitem a verificação das hipóteses de incidência dos impostos e os conflitos de competência vivenciados nos últimos tempos.

No quarto e último capítulo, destaca a experiência internacional na tributação de bens adquiridos via download, apresentando as soluções discutidas nos Estados Unidos da América e na Europa. Por fim, traz as principais conclusões extraídas do tema estudado.

1. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A ORIGEM DO COMÉRCIO ELETRÔNICO E SUA INFLUÊNCIA NAS RELAÇÕES COMERCIAIS

1.1 A origem e os efeitos da Internet na sociedade contemporânea

Antes de tecer qualquer comentário ou consideração acerca do comércio eletrônico, é necessário conhecer, de modo geral, os principais acontecimentos que resultaram no surgimento da internet e as consequências para a sociedade nos dias atuais.

A Internet, como conhecemos hoje, originou-se das várias transformações nas estruturas de comunicação para os mais variados fins. Inicialmente, no período de constante tensão da Guerra Fria, o interesse no avanço tecnológico passava pela necessidade de estabelecer formas de contato mais eficientes entre as bases militares norte-americanas, dando causa à criação da ARPANET, em meados de 1969.

Com o arrefecimento da Guerra Fria, o acesso à ARPANET foi facilitado aos cientistas, dando margem ao uso acadêmico da tecnologia de comunicação e compartilhamento de informação, sucessivamente, entre as universidades de outros países e pesquisadores domésticos. [1]

A partir de pesquisas posteriores, o acesso à rede foi ampliado com a adoção de novos sistemas de identificação de tráfego de dados, abrindo espaço para a utilização da ferramenta por diversas empresas, fazendo surgir grandes corporações do ramo, como a Amazon, por exemplo.

Tal abertura propiciou a discussão sobre a complexidade e a vulnerabilidade das informações trocadas. Como solução para o problema, foram criados protocolos de segurança que permitiram maior confiabilidade das operações realizadas em rede, facilitando a adesão dos internautas e interessados aos primeiros passos do que mais tarde viria a ser conhecido como “Cyberespaço”.

Trata-se de uma transição de costumes. É nesse contexto dinâmico que Gensollen conceitua a Internet como algo além de uma tecnologia que oferece acesso aos sites ou a comunicação por e-mails, mas também um fenômeno socioeconômico.^[2] Isso porque, como se percebe, a sociedade passou por significativas transformações nas relações sociais, políticas e econômicas pelos avanços viabilizados pela internet, modificando as formas convencionais, principalmente na estrutura do comércio.

Até então, a sociedade estava acostumada ao modelo de comércio que privilegiava o contato direto com o produto antes da tomada de decisões, com a necessidade de deslocamento físico para venda ou aquisição, além da forma de pagamento restrita. Todavia, com a expansão das possibilidades de aproveitamento da Internet, novas formas de negócio surgiram, modificando a compreensão dos conceitos adotados e exigindo do profissional do Direito uma leitura atualizada e dinâmica dos fatos sociais.

Os novos negócios, oriundos dos avanços trazidos pela Internet, atingem grandes proporções em valor de mercado devido a capacidade de criação e o poder de expansão, em detrimento da fragilização das fronteiras físicas existentes, evidenciando as diversas transformações nas relações sociais a partir do desenvolvimento de uma sociedade digital.

Esta sociedade digital possui três estágios (ondas) já estabelecidos no desenvolvimento eletrônico e digital, além de um último em formação, conforme leciona Daniel Freire e Almeida em sua obra.^[3]

Para o autor, a primeira onda é conhecida como Sociedade da Informação, estágio no qual se manter informado é primordial para o usuário da Internet, com a troca de contatos por e-mail, utilização de redes

de relacionamento, leitura de notícias em portais virtuais, além da busca por informação para fins profissionais ou sociais.

Já a segunda onda é a chamada Sociedade do Conhecimento. Nesse estágio, os usuários de Internet passam a colaborar com as informações trocadas na rede, trabalhando-as criticamente e gerando o conhecimento a partir da disseminação dos elementos da educação, ciência e cultura de modo geral.

A terceira onda sugerida pelo autor se dá quando os agentes passam a agregar informações e o conhecimento disponíveis na rede para fins de mercado, trazendo para o espaço virtual as relações comerciais até então praticadas no modo *off-line*. É justamente a prática do Comércio Eletrônico (*e-commerce*) que, ao adotar tal postura, faz surgir uma nova discussão acerca do tratamento para essas atividades, que dispensam barreiras geográficas devido a sua atuação de modo global.

Diante desse desafio, que envolve as questões de soberania e territorialidade, o autor entende que a quarta onda da sociedade digital está em formação, compreendendo a chamada governança na Internet. O referido estágio expõe a necessidade de um tratamento de âmbito global para as situações relacionadas ao comércio eletrônico, com a discussão de políticas públicas e regras para a internet e o e-commerce, sobretudo no aspecto que envolve a tributação.

Posto isto, verifica-se a intensa transformação social e econômica provocada pelos avanços da Internet, principalmente com o advento do *e-commerce*, área que enfrenta um grande desafio no que concerne ao poder de tributação do estado, assunto que será desenvolvido adiante de modo mais detalhado.

1.2 Conceitos, modalidades e perspectivas do Comércio Eletrônico

É certo que a evolução da Internet foi essencial para efetivar as mudanças nas relações comerciais convencionais, revelando uma nova agenda ainda mais intensa, capaz de também modificar a forma como o Estado regula a sociedade.

Tais mudanças acarretaram na migração do comércio tradicional para o mercado virtual, considerando a possibilidade de interação direta entre vendedores e consumidores em qualquer lugar, independente de fronteiras, e do comércio eletrônico ter custos reduzidos para sua manutenção e a entrega de produtos.

Percebe-se ainda, com isso, uma convergência de interesses entre vendedores e consumidores em relação ao mercado. Conforme Flávia de Vasconcellos Lanari, o primeiro grupo tem dado preferência aos negócios online em virtude da possibilidade de escolher o local que melhor atenda seus interesses fiscais como sede de seu estabelecimento. Já o segundo grupo tem observado, entre tantas vantagens, a comodidade em realizar compras através de um computador ou dispositivo móvel, a possibilidade de verificar os preços praticados e compará-los no menor tempo possível.^[4]

Esse cenário tem evidenciado que o comércio eletrônico surge como uma resposta vinda dos agentes econômicos para as facilidades oriundas das inovações tecnológicas das últimas décadas, sendo uma tendência natural que o e-commerce passe a ganhar maior notoriedade e preferência dos consumidores com o passar dos anos.

Com isso, vê-se a preocupação do Estado com o difícil futuro de sua atividade tributária frente ao acelerado desenvolvimento de novas formas de negócio na Internet. Segundo Tanzi^[5], citado por Inezil Penna Marinho, o aumento do comércio eletrônico, com a consequente dificuldade de tributação, pode ser considerado como um dos “cupins tributários”, denominação utilizada para alcançar situações que estariam, sutilmente, agindo de forma a conduzir os sistemas tributários ao colapso.

A problemática sobre a dificuldade de tributação no comércio eletrônico pode ser discutida a partir da compreensão de suas modalidades e características. Todavia, antes de entrar em análise acerca do tema, convém abordar os conceitos adotados pela doutrina e pelas organizações de comércio.

De forma abrangente, incluindo os mais diversos cenários possíveis, Fábio Ulhoa Coelho define o comércio eletrônico da seguinte maneira:

“[...] é a venda de produtos (virtuais ou físicos) ou a prestação de serviços realizados em estabelecimentos virtuais. A oferta e o contrato são feitos por transmissão e recepção eletrônica de dados. O comércio eletrônico pode realizar-se através da rede mundial de computadores (comércio ‘internetenático’) ou fora dela”.[\[6\]](#)

Por outro lado, há quem traga conceito mais restrito às situações que envolvem apenas os equipamentos e programas de informática, como Tarcísio Teixeira:

“O comércio eletrônico é uma extensão do comércio convencional, pois se trata de um ambiente digital em que as operações de troca, compra e venda e prestação de serviço ocorrem com suporte de equipamentos e programas de informática, por meio dos quais se possibilita realizar a negociação, a conclusão e até a execução do contrato, quando for o caso de bens intangíveis”.[\[7\]](#)

Segundo a Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico – OCDE, comércio eletrônico são os negócios que ocorrem sobre redes de computadores, utilizando protocolos livres, que se estabelecem na Internet.[\[8\]](#)

Posto isto, vê-se que há conceitos que restringem o comércio eletrônico às operações realizadas exclusivamente via rede de computadores, enquanto outros admitem a possibilidade de considerar as relações comerciais fora da Internet, como por contato telefônico, por exemplo.

Essa percepção colabora com a compreensão das modalidades do *e-commerce*, divididas em comércio eletrônico indireto e comércio eletrônico direto. No primeiro formato, a compra é realizada via Internet e a entrega do produto é feita fora do meio eletrônico, a partir de mecanismos logísticos tradicionais, haja vista a natureza dos produtos comercializados, essencialmente corpóreos, tangíveis.

Nesse caso não há maiores dificuldades para a atividade tributária, mesmo que o formato da compra tenha se dado no ambiente virtual, a circulação da mercadoria ocorre normalmente pelos meios tradicionais, utilizando dos critérios logísticos e materiais que importam na já conhecida forma de tributação.

No segundo caso, não há qualquer contato ou utilização de meios físicos na relação comercial. A compra e o pagamento ocorrem via Internet, assim como a entrega é feita por *download* ou transferência eletrônica de produtos como softwares, revistas, livros, músicas em formato MP3, entre outros.

Essa modalidade apresenta uma ruptura das formas tradicionais de comércio ao colocar o bem em disponibilidade do consumidor instantaneamente, deixando de depender de todo aparato de logística utilizado pelas estruturas do comércio eletrônico indireto, haja vista que os intangíveis são transmitidos por simples *download*.

Aqui há um grande dilema para os governos e organizações frente a ausência de uma legislação que se amolde aos novos formatos de negócio.

2. OS ASPECTOS DA SOBERANIA E TERRITORIALIDADE NA TRIBUTAÇÃO DO COMÉRCIO ELETRÔNICO DIRETO

Com o avanço do comércio eletrônico, as relações comerciais ultrapassaram limites geográficos que antes tinham o poder de regular o comércio tradicional e atingiram potencial de alcance em escala global, ameaçando os conceitos de soberania e territorialidade a partir da difícil regulação dos espaços da Internet.

De forma clara, Gomes Canotilho explica que o território é um ponto de referência da ação do Estado, dotado de relevância política e jurídica, reconhecendo que as tecnologias modernas há muito tempo deixaram de ser limitadas pelos bloqueios dos territórios estatais.^[9]

Como bem ensina Luciano Amaro, “a lei tributária vigora no território do ente político que a edita; o território é o limite espacial da soberania, no caso do Estado nacional, e da autonomia, no caso dos Estados-membros, Distrito Federal e Municípios”.^[10]

Esse conceito demonstra claramente o motivo preocupação da autoridade tributária de cada ente da Federação ao mapear os efeitos da perda de montantes significativos, que poderiam ser arrecadados com o comércio eletrônico se não fosse a facilidade com que as empresas virtuais podem mudar seu local de estabelecimento (no caso, hospedagem), buscando regiões sem regulação sobre a matéria ou com política tributária maleável.

É nesse mesmo sentido que Daniel Freire e Almeida manifesta a característica marcante da Internet frente ao problema a respeito do exercício do poder de tributar do Estado, na medida em que as relações pessoais não dependem de localização geográfica, atravessando a integridade física de territórios soberanos.^[11]

Vê-se que a única saída para amenizar os efeitos desse rompimento é buscar ampliar o poder de controle e influência da legislação. Conforme explica Sabbag, o Código Tributário Nacional admite a extraterritorialidade da norma tributária, de modo excepcional, desde que seja por convênio entre as pessoas jurídicas de Direito Público interno interessadas, ou desde que existam tratados ou convenções firmados pela União.^[12] Confira-se o que dispõe o artigo 102 do Código Tributário Nacional:

Art. 102. A legislação tributária dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios vigora, no País, fora dos respectivos territórios, nos limites em que lhe reconheçam extraterritorialidade os convênios de que

participem, ou do que disponham esta ou outras leis de normas gerais expedidas pela União.[\[13\]](#)

Com isso, entende-se como certo que os países mantenham a soberania sobre áreas específicas da Internet, especialmente do comércio eletrônico, no entanto precisam reconhecer a necessidade de cooperação e compartilhamento de poder com outras nações, conforme explica Rundle.[\[14\]](#)

Importa frisar que há quem interprete a escolha pela cooperação e compartilhamento de poder como uma forma de renúncia parcial a um poder soberano para alcançar o controle das atividades comerciais virtuais. É o que defende Marco Aurélio Greco.[\[15\]](#)

Por outro lado, organizações voltadas ao comércio e ao mercado internacional alertam para a necessidade maior cautela do Estado em sua busca pela efetivação da soberania quando o assunto é a tributação no comércio eletrônico, sobretudo quando realizado integralmente via transferência eletrônica de dados.

Para equilibrar a tarefa de regulamentação e controle, o projeto GIIC (*Global Information Infrastructure Commission*), elaborado pelo CSIS (*Center For Strategic & International Studies*), importante instituição pública dos Estados Unidos da América dedicada ao trabalho de análise do impacto gerado pela tecnologia nas atividades do Estado e na sociedade, elencou alguns princípios a seguir explorados.

Entre as diretrizes está a recomendação de que: a) não deve haver a criação de novos impostos ou taxas exclusivamente para o comércio eletrônico e de que a tributação na Internet não deve basear-se em parâmetros de utilização da rede ou em número de *bits* descarregados (*downloaded*); b) deve ser evitada a bi-tributação; c) devem ser evitadas ações prematuras perante o comércio eletrônico, sem criar impostos específicos para o comércio realizado na Internet; d) o princípio da territorialidade deve ser adotado, de modo cauteloso, por ser seguro e eficaz; e) o comércio de bens intangíveis, como *software*, livros, música ou imagem deve ser tratado como entrega de serviços e não como

fornecimento de produtos ou bens corpóreos, conforme menciona a Professora Maria de Fátima Ribeiro.[\[16\]](#)

Posto isto, percebe-se que os princípios indicados buscam direcionar a atuação do Estado frente aos desafios da tributação das atividades do comércio eletrônico, principalmente no que concerne à aplicação do princípio da territorialidade e ao tratamento tributário que deve ser dispensado aos bens intangíveis comercializados.

É certo que os governos devem buscar a efetivação de sua soberania através da aplicação do princípio geral da territorialidade, até mesmo para impedir a imensa perda de recursos que podem ser provenientes do *e-commerce*, podendo garantir a manutenção e o financiamento do serviço público através da tributação. No entanto, antes disso é necessário vencer o desafio do imbróglio instaurado pela natureza dos bens intangíveis e do comércio eletrônico direto.

3. TRIBUTAÇÃO DOS BENS ADQUIRIDOS VIA *DOWNLOAD*

Conforme exposto, o avanço do comércio eletrônico direto trouxe novos desafios ao poder de tributar do Estado, uma vez que passou a dar causa a situações até então não previstas de modo específico na legislação tributária e em seus conceitos clássicos, como hipótese de incidência, fato gerador, estabelecimento comercial, entre outros.

As dúvidas em relação aos referidos conceitos trouxeram o impasse sobre qual o imposto deveria incidir em cada situação envolvendo a aquisição de bens por *download* ou transferência eletrônica de dados.

Para dirimir o imbróglio apresentado, é necessário analisar os possíveis tributos incidentes em cada caso, observando o posicionamento da doutrina e da jurisprudência, em especial.

3.1 ICMS: princípios e conceitos que viabilizam (ou não) a tributação

O ICMS, Imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestação de serviços de transporte interestadual e

intermunicipal e de comunicação, está previsto no art. 155, inciso II, da Constituição Federal de 1988[17], com a seguinte redação:

“Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (...)

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior”.

Na Lei Complementar 87/1996, no art. 2º, está prevista os casos de incidência do imposto, a saber:

“Art. 2º O imposto incide sobre:

I - Operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive o fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares;

II - prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, por qualquer via, de pessoas, bens, mercadorias ou valores;

III - prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza;

IV - fornecimento de mercadorias com prestação de serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios;

V - fornecimento de mercadorias com prestação de serviços sujeitos ao imposto sobre serviços, de competência dos Municípios, quando a lei complementar aplicável expressamente o sujeitar à incidência do imposto estadual.

§ 1º O imposto incide também:

I – sobre a entrada de mercadoria ou bem importados do exterior, por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade;

II - sobre o serviço prestado no exterior ou cuja prestação se tenha iniciado no exterior;

III - sobre a entrada, no território do Estado destinatário, de petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e de energia elétrica, quando não destinados à comercialização ou à industrialização, decorrentes de operações interestaduais, cabendo o imposto ao Estado onde estiver localizado o adquirente”.

Posto isto, vê-se a necessidade de trazer breves comentários acerca de conceitos como “mercadorias” e “circulação”, importantes para análise da incidência (ou não) do ICMS nas situações que envolvem a aquisição de bens intangíveis por *download* ou transferência eletrônica de dados.

Pergunta-se: Ao realizar a compra de um determinado bem (essencialmente intangível) e recebê-lo por *download*, há circulação? Os bens digitais negociados no comércio eletrônico direto podem ser considerados ‘mercadoria’ para fins de incidência do ICMS?

No que concerne ao conceito de circulação, importa citar o posicionamento adotado por Eduardo Sabbag ao dispor:[\[18\]](#)

“[...] é a mudança de titularidade jurídica do bem (não é mera movimentação “física”, mas circulação jurídica do bem). O bem sai da titularidade de um sujeito e passa à titularidade definitiva de outro”.

Na mesma linha de entendimento, no que concerne à titularidade do bem, Hugo de Brito Machado traz a definição de que circulação:[\[19\]](#)

“Operações relativas à circulação de mercadorias são quaisquer atos ou negócios, independentemente da natureza jurídica de cada um deles, que implicam

a circulação de mercadorias, vale dizer, que implicam mudança da propriedade das mercadorias, dentro da circulação econômica que as leva da fonte até o consumidor”.

Fica evidente que os conceitos aqui expostos afastam a necessidade de natureza física de um bem para configurar a circulação, sendo a mudança de titularidade jurídica essencial para entender o conceito.

Por outro lado, Maurício Barros, ao tratar do tema, primeiro buscou conceituar *download* como a transferência ou cópia de dados de um computador remoto para um computador local, a partir da transformação dos bits em imagens e sons produzidos em massa e adquiridos em massa.^[20]

A partir do referido conceito, o jurista argumenta que não há como considerar que no *download* há operação de circulação de um bem por dois motivos. Primeiro porque o bem intangível adquirido não seria útil se não fosse a existência de uma máquina capaz de decifrar e reproduzir a linguagem transferida. Em segundo lugar, porque o que é transmitido não corresponde exatamente ao que está presente no computador de origem, mas sim a uma cópia obtida pelo usuário no destino.

Tais aspectos trazem a ideia de que na aquisição de intangíveis (ou bem digital) por *download* não há uma efetiva transferência de titularidade, haja vista a ausência de identidade entre o bem na origem e no destino.

A ideia ainda é reforçada em artigo publicado por Gustavo Brigagão^[21], no qual utiliza a negociação de softwares como exemplo:

“De fato, quando determinado consumidor faz o *download* de um bem digital (um filme, uma música, um jogo etc.), ele não passa a ser detentor daquele direito autoral. Há apenas um licenciamento ou cessão do direito de uso daquele programa. Nada mais. Só haveria que se falar na venda de um *software* se todos os direitos inerentes àquele

bem (de uso, gozo e fruição) fossem transferidos ao comprador”.

O consultor avança na análise conceitual, propondo que se a negociação de produtos digitais na internet se trata de cessão de um direito de uso, o objeto dessa operação é um bem intangível, afastando-se, portanto, o conceito de mercadoria.

A conclusão é extraída Recurso Extraordinário 176.626-SP^[22], da relatoria do ministro Sepúlveda Pertence. O referido julgado analisou a possibilidade (ou não) da incidência do ICMS sobre as operações envolvendo o *software* de prateleira, que é tributável por ser produzido em série para posterior comercialização no varejo. Confira-se:

“Recurso extraordinário: prequestionamento mediante embargos de declaração (Súm. 356). A teor da Súmula 356, o que se reputa não prequestionado é o ponto indevidamente omitido pelo acórdão primitivo sobre o qual "não foram opostos embargos declaratórios". Mas se, opostos, o Tribunal a quo se recuse a suprir a omissão, por entendê-la inexistente, nada mais se pode exigir da parte (RE 210.638, Pertence, DJ 19.6.98). II. RE: questão constitucional: âmbito de incidência possível dos impostos previstos na Constituição: ICMS e mercadoria. Sendo a mercadoria o objeto material da norma de competência dos Estados para tributar-lhe a circulação, a controvérsia sobre se determinado bem constitui mercadoria é questão constitucional em que se pode fundar o recurso extraordinário. III. Programa de computador ("software"): tratamento tributário: distinção necessária. **Não tendo por objeto uma mercadoria, mas um bem incorpóreo, sobre as operações de "licenciamento ou cessão do direito de uso de programas de computador" "matéria exclusiva da lide", efetivamente não podem os Estados instituir ICMS: dessa impossibilidade,**

entretanto, não resulta que, de logo, se esteja também a subtrair do campo constitucional de incidência do ICMS a circulação de cópias ou exemplares dos programas de computador produzidos em série e comercializados no varejo - como a do chamado "software de prateleira" (off the shelf) - os quais, materializando o corpus mechanicum da criação intelectual do programa, constituem mercadorias postas no comércio."

Destarte, o jurista pontua que o entendimento empregado no caso supra é de que a incidência do ICMS no *software* de prateleira resulta da utilização do suporte físico para circulação do conteúdo digital (intangível), o que inexistente nos casos de aquisição do *software* por *download*, nos quais estaria afastada a possibilidade de tributação pelo referido imposto.

A ideia sustentada no julgado ainda guarda certa relação com o conceito básico de mercadoria descrito no revogado Código Comercial de 1850, conforme leciona José Eduardo Soares de Melo^[23]:

“As mercadorias representam basicamente bens corpóreos da atividade mercantil do produtor, industrial ou comerciante, tendo por objeto a distribuição para consumo, compreendendo-se no estoque da empresa, distinguindo-se das coisas que tenham qualificação diversa, segundo a ciência contábil. O conceito básico de mercadoria – para fins tributários – é captado no Código Comercial (art. 191), por força dos arts. 109 e 110 do CTN, tendo sofrido exclusiva modificação constitucional ao enquadrar a energia elétrica em seu âmbito (art. 155, § 3º) embora se trate de coisa incorpórea”.

Fica evidente que este direcionamento da discussão acerca do conceito de mercadoria, no âmbito do comércio eletrônico, se restringe à característica de tangibilidade do objeto de negociação exposta no artigo 191 do Código Comercial:^[24]

“Art. 191 - O contrato de compra e venda mercantil é perfeito e acabado logo que o comprador e o vendedor se acordam na coisa, no preço e nas condições; e desde esse momento nenhuma das partes pode arrepender-se sem consentimento da outra, ainda que a coisa se não ache entregue nem o preço pago. Fica entendido que nas vendas condicionais não se reputa o contrato perfeito senão depois de verificada a condição (artigo nº. 127).

É unicamente considerada mercantil a compra e venda de efeitos móveis ou semoventes, para os revender por grosso ou a retalho, na mesma espécie ou manufaturados, ou para alugar o seu uso; compreendendo-se na classe dos primeiros a moeda metálica e o papel moeda, títulos de fundos públicos, ações de companhias e papéis de crédito comerciais, contanto que nas referidas transações o comprador ou vendedor seja comerciante”.

Tal posicionamento foi contrariado pelo Plenário do STF, ao analisar a medida cautelar na ADIn 1.945/2010^[25], proposta pelo PMDB – Partido do Movimento Democrático Brasileiro. No julgamento, o Plenário do STF entendeu como irrelevante o argumento da inexistência de bem corpóreo ou mercadoria em sentido estrito para afastar a incidência do ICMS e pontuou a necessidade de adequar os conceitos e diretrizes jurídicas aos novos tempos:

“Ação Direta de Inconstitucionalidade. Direito Tributário. ICMS. 2. Lei Estadual 7.098, de 30 de dezembro de 1998, do Estado de Mato Grosso. Inconstitucionalidade formal. Matéria reservada à disciplina de lei complementar. Inexistência. Lei complementar federal (não estadual) é a exigida pela Constituição (arts. 146, III, e 155, § 2º, XII) como elo indispensável entre os princípios nela contidos e as normas de direito local. 3. Competência do Supremo

Tribunal para realizar controle abstrato de constitucionalidade. Lei que dá efetividade a comando da Constituição Federal pela disciplina de normas específicas para o Estado-membro. [...] 7. Previsão de incidência de ICMS sobre serviço de comunicação “iniciado fora do território mato-grossense” (arts. 16, § 2º, e 2º, § 3º, da Lei impugnada). Inexistência, em juízo preliminar, de interpretação extensiva a violar o regime constitucional de competências. **8. ICMS. Incidência sobre softwares adquiridos por meio de transferência eletrônica de dados (art. 2º, § 1º, item 6, e art. 6º, § 6º, ambos da Lei impugnada). Possibilidade. Inexistência de bem corpóreo ou mercadoria em sentido estrito. Irrelevância. O Tribunal não pode se furtar a abarcar situações novas, consequências concretas do mundo real, com base em premissas jurídicas que não são mais totalmente corretas. O apego a tais diretrizes jurídicas acaba por enfraquecer o texto constitucional, pois não permite que a abertura dos dispositivos da Constituição possa se adaptar aos novos tempos, antes imprevisíveis.** 9. Medida liminar parcialmente deferida, para suspender a expressão “observados os demais critérios determinados pelo regulamento”, presente no parágrafo 4º do art. 13, assim como o inteiro teor do parágrafo único do art. 22, ambos da Lei 7.098/98, do Estado de Mato Grosso”.

A referida Ação Direta de Inconstitucionalidade ataca, entre outros, os art. 2º, § 1º, item 6, e art. 6º, § 6º, ambos da Lei 7.098/98 do Estado do Mato Grosso^[26], que dispõe sobre a possibilidade de incidência do ICMS sobre a aquisição de *software* através da transferência eletrônica de dados, e ainda aguarda posicionamento definitivo do Tribunal.

A ideia pautada na interpretação do revogado art. 191 do Código Comercial de 1850, que defende a necessidade de existência de um bem

corpóreo para caracterização como mercadoria e a consequente incidência do ICMS, também foi contestada por Marco Aurélio Greco^[27], ao dispor que:

“O exame do art. 191 do Código Comercial mostra que o legislador pretendeu abranger a totalidade do universo, tal como delineado a partir da divisão formulada por Gaio; ou seja, contemplou as *res corporales* (coisas móveis, portanto, tangíveis) e também as *res incorporales* assim entendidas aquelas que são criação do ordenamento jurídico (títulos, ações de companhia, etc.)”.

Este entendimento, por sua vez, é criticado por parte da doutrina, como Hugo de Brito Machado, que acredita que a tese ilustrada por Marco Aurélio Greco induz a incidência do tributo onde quer que haja capacidade econômica, não podendo ser aceita por privilegiar o princípio da capacidade contributiva em detrimento da segurança jurídica e de outros princípios essenciais, como o da legalidade tributária.^[28]

Vê-se que a referida tese pretende, portanto, a ampliação da abrangência do conceito de mercadoria previsto no revogado artigo supracitado, aliando-se à aparente lição alternativa do próprio Greco sobre a necessidade de atualização dos conceitos constitucionais:

“De fato, para quem adotar uma visão clássica de Estado de Direito, não há dúvida que o *software* não é mercadoria, pois o ordenamento positivo não conteria regras que o previssem claramente. Por outro lado, para quem adotar uma visão de Estado Democrático de Direito o *software* pode vir a ser considerado uma mercadoria pois, desde que não ultrapasse o sentido inequívoco dos termos e a garantia da legalidade, o significado das normas existentes deve ser buscado no plano substancial do preceito e do objeto regulado, e não da forma literal adotada”.^[29]

Essa busca pela atualização dos conceitos jurídicos é contestada por Antônio Carlos Rodrigues e Sérgio Kawasaki. Para eles, o caso em questão não requer uma mera adequação das normas a uma nova realidade, mas sim a observância da exigência constitucional de que os elementos essenciais do tributo sejam determinados por lei, ideia que acaba por afastar a possibilidade de incidência do ICMS sobre as operações com bens digitais adquiridos por download.^[30]

Este posicionamento parece oportuno por privilegiar, como dito, os princípios da legalidade estrita e da segurança jurídica, argumentos utilizados pelos que criticam, por exemplo, o controverso Convênio ICMS n. 181/2015^[31], instituído pelo Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ, pactuado entre os Estados de Acre, Alagoas, Amapá, Amazonas, Bahia, Ceará, Goiás, Maranhão, Mato Grosso do Sul, Paraná, Paraíba, Pernambuco, Piauí, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, , Santa Catarina, São Paulo, Tocantins.

A instituição do referido convênio concedeu aos Estados a possibilidade de cobrança do ICMS incidente sobre a totalidade do valor das operações com softwares, arquivos eletrônicos e congêneres, adotando posição divergente da prática anterior, que trazia a incidência do imposto apenas sobre o valor das mídias físicas que guardam os bens digitais, conforme o entendimento trazido no já citado RE 176.626/SP.

Devido à controversa medida adotada pelo CONFAZ, há quem aponte a inconstitucionalidade do Convênio ICMS n. 181/2015 nesta questão, uma vez que seria necessária a edição de Lei Complementar para solucionar as discussões acerca dos elementos essenciais, como base de cálculo, fato gerador, além da análise detalhada da hipótese de incidência do tributo a partir dos conceitos de circulação e mercadoria.

Vê-se que a tese pela necessidade de edição de lei específica parece cautelosa, uma vez que, caso contrário, se abriria espaço para maior insegurança jurídica, favorecendo o surgimento de novos conflitos e demandas.

Nesse cenário, o governo do Estado de São Paulo editou o Decreto 61.791/2016 suspendendo temporariamente a cobrança do ICMS sobre as

operações com *software* adquiridos via download, arquivos eletrônicos e congêneres disponibilizados por transferência eletrônica de dados (download ou streaming), enquanto não haja definição sobre o local de ocorrência do fato gerador e o estabelecimento responsável pelo pagamento da exação tributária.[\[32\]](#)

Na mesma linha, o fisco do Rio Grande do Sul editou o Decreto 53.200/2016, evidenciando a insegurança jurídica provocada pela instituição do Convênio ICMS 181/2015, colocado em prática, até então, pelo referido Estado, juntamente com São Paulo.[\[33\]](#)

Percebe-se, com isso, toda a cautela dos fiscos estaduais em conduzir a possível tributação nas operações com os referidos bens digitais.

No grupo dos que defendem a tributação dos negócios de comércio eletrônico direto, Luiz Edmundo Celso Borba[\[34\]](#) sugere que o melhor meio de definir o fato gerador dessas obrigações seria estipular o local de saída da mercadoria como ponto crucial para definição do sujeito ativo da obrigação tributária, o que acabaria por eliminar maiores imbróglis e incertezas jurídicas.

Mesmo com uma sinalização da insegurança jurídica de tributar as operações sem que se defina em lei a ocorrência do fato gerador, em outubro de 2017 foi publicado o Convênio Confaz 106/17. O referido ato trouxe a possibilidade da cobrança do ICMS incidente em operações com bens digitais adquiridos por *download* (transferência eletrônica de dados), sendo devido o imposto apenas nas operações que se destinam ao consumidor final.

Para direcionar a cobrança, o convênio 106/17 determina que o ICMS será devido pela empresa de e-commerce ao estado onde estiver localizado o adquirente do bem intangível/digital e prevê, inclusive, a possibilidade de atribuir a responsabilidade de recolhimento do imposto ao intermediador financeiro, no caso a administradora de cartão de crédito. Confira-se o teor da cláusula quinta:

“Cláusula quinta Nas operações de que trata este convênio, as unidades federadas poderão atribuir a responsabilidade pelo recolhimento do imposto:

I - àquele que realizar a oferta, venda ou entrega do bem ou mercadoria digital ao consumidor, por meio de transferência eletrônica de dados, em razão de contrato firmado com o comercializador;

II - ao intermediador financeiro, inclusive a administradora de cartão de crédito ou de outro meio de pagamento;

III - ao adquirente do bem ou mercadoria digital, na hipótese de o contribuinte ou os responsáveis descritos nos incisos anteriores não serem inscritos na unidade federada de que trata a cláusula quarta;

IV - à administradora de cartão de crédito ou débito ou à intermediadora financeira responsável pelo câmbio, nas operações de importação”.[\[35\]](#)

É certo afirmar que o Convênio 106/2017 não resolve a antiga controvérsia doutrinária e jurisprudencial. Pelo contrário, pode acirrar a guerra fiscal entre os estados e fomentar uma insegurança jurídica decorrente de imbrólios meramente conceituais que atingem determinados bens digitais, como o software, por exemplo.

Ademais, embora o convênio tenha autorizado os Estados a legislarem sobre a incidência do ICMS nas operações envolvendo os bens digitais, ele padece de flagrante inconstitucionalidade, uma vez que somente lei complementar pode solucionar eventual conflito de competência entre Estados e Municípios e definir a ocorrência de fato gerador, base de cálculo e os responsáveis pelo recolhimento de impostos.

3.2 ISS x ICMS: o conflito de competência

A discussão envolvendo os bens digitais, especialmente os *softwares*, tem ido além das questões conceituais, passando a trazer indagações acerca de um suposto conflito de competência no momento de

determinar o imposto incidente nas operações com transferência eletrônica de dados.

Como exemplo, merece destaque a recente ADI 5576 – SP, impetrada pela Confederação Nacional de Serviços, que aponta a inconstitucionalidade dos Decretos Estaduais nos 61.522/15 e 61.791/16 e da incidência do ICMS nas operações envolvendo *softwares* em suporte físico ou mesmo por transferência eletrônica de dados, haja vista que tais operações já estão arroladas no âmbito de incidência do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS, conforme definido pela Lei Complementar nº 116/03.

Para corroborar o argumento, a Confederação Nacional de Serviços aponta o já citado posicionamento do então Ministro do Supremo Tribunal Federal, Sepúlveda Pertence, por ocasião do julgamento do 176.626/SP, que reconheceu que o licenciamento ou a cessão de direito de uso de *softwares* se trata de operação que tem por objeto um direito de uso, bem incorpóreo, não podendo ser incluído no conceito de mercadoria e sofrer a incidência do ICMS.

3.3 Impostos Federais e os bens digitais

Conforme visto, a incidência de tributos sobre as operações envolvendo bens digitais dependem, em maioria, da observância do regime jurídico adotado e das inovações legislativas trazidas para abarcar situações específicas.

Agora, analisando as diversas manifestações da Receita Federal do Brasil – RFB e da doutrina, importa também tratar da possibilidade (ou não) de incidência dos impostos federais nas operações com softwares, músicas, vídeos, livros e outros bens digitais.

Nesse aspecto, a administração tributária federal expediu diversas manifestações sobre o tema, tendo, inclusive, se posicionado de modo controverso em determinados casos, conforme será visto.

A Solução de Consulta nº 421 de 30 de novembro de 2010 da Superintendência da Receita Federal da 8ª Região Fiscal traz, ao mesmo tempo, posicionamento distinto para situações logicamente semelhantes. [36]

Em suma, define que não há incidência do Imposto de Importação na aquisição de software transferido do exterior ao adquirente nacional por meio eletrônico (*download*) e que há incidência do mesmo tributo na aquisição de filmes digitais transferidos do exterior ao nacional por *download*.

O argumento para inclusão dos filmes digitais no âmbito de incidência do Imposto de Importação utiliza como base a redação do § 3º do art. 81 do Decreto Nº 6.759/2009, que regulamenta a administração das atividades aduaneiras, a fiscalização, o controle e a tributação das operações de comércio exterior:

“Art. 81. O valor aduaneiro de suporte físico que contenha dados ou instruções para equipamento de processamento de dados será determinado considerando unicamente o custo ou valor do suporte propriamente dito.

[...]

§ 3º Os dados ou instruções referidos no caput não compreendem as gravações de som, de cinema ou de vídeo”. [37]

Percebe-se que a tese adotada pelo fisco para defender a incidência do imposto trilha o caminho da exceção, tratando de forma distinta situações bastante semelhantes, principalmente se considerado o fato de que tanto no *download* de *software* como no de filmes digitais não há o elemento essencial para ocorrência do fato gerador do Imposto de Importação, qual seja, o desembaraço aduaneiro.

Há, no caso em comento, a mesma problemática apresentada no estudo do ICMS em relação ao conceito de mercadoria. Do mesmo modo, com o *download* não há suporte físico que justifique a entrada de bem

corpóreo no território nacional e, conseqüentemente, dê margem à cobrança do Imposto de Importação.

Corroborando a inexistência de bem corpóreo ultrapassando barreira física, Hugo de Brito Machado explica:

“Realmente, o conceito de importação, repita-se, pressupõe a existência de fronteiras físicas entre os vários países, e isso não existe no mundo virtual. Os endereços eletrônicos, que nos permitem ter acesso aos fornecedores de *software*, prescindem da indicação do local físico em que eventualmente estejam situados. Esse local físico é inteiramente irrelevante. Tanto para a localização do *site* como para que o *software* chegue ao nosso computador”.[\[38\]](#)

Cabe frisar que mesmo sendo realizada a cobrança do referido imposto, não há garantia de sucesso na arrecadação. É que a maioria das operações de aquisição desses bens digitais é realizada por pessoas físicas, o que torna difícil a atividade de fiscalização da administração tributária.

A Solução de Consulta Nº 77 e 78 de 16 de maio de 2013, da Superintendência da Receita Federal da 9ª Região Fiscal, afasta a possibilidade de incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI nas operações envolvendo a aquisição de *softwares* por transferência eletrônica de dados, devido a inexistência de suporte físico que configure o fato gerador.

Pela nota expedida há a interpretação de que no caso do *software* transferido por meio eletrônico, sem a utilização de suporte físico, inexistente um bem material entendido como mercadoria. Não estando, assim, o *software* passível de classificação na Tabela de Incidência do IPI - Tipi.

A partir do referido entendimento, também se compreende que a gravação de *software* e outros bens digitais como jogos, filmes e aplicativos em mídia (corpo físico) é operação de industrialização,

excetuando aqueles que se submetem a imunidades e definições específicas.

4. A EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL NA TRIBUTAÇÃO DE BENS INTANGÍVEIS ADQUIRIDOS POR DOWNLOAD

Esclarecidos os pontos principais sobre o tema no âmbito nacional, convém trazer alguns posicionamentos e experiências internacionais no tocante à tributação de bens digitais adquiridos por *download*.

Como visto, as transações realizadas pela internet têm superado as estruturas tradicionais de comércio até então vigente, criando novos desafios aos Estados, que buscam um exercício normativo justo para evitar a perda de arrecadação com a migração das relações de negócio para um espaço sem limites ou fronteiras impostas pelo poder estatal, o “Cyberespaço”.

Ainda assim, a tarefa tem sido demasiadamente difícil, devido as características dos negócios realizados pela Internet e as barreiras técnicas existentes, como a impossibilidade de fiscalização de arrecadação do tributo por um simples consumidor.

Nos Estados Unidos, desde 1998, o Congresso editou o *Internet Tax Freedom Act* – ITFA, que disciplina a atividade tributária na Internet de três formas: vedando a imposição de novos tributos para acesso à Internet; impedindo a instituição de tributos discriminatórios e a tributação múltipla da Internet.^[39]

Diante dos constantes desafios e estudos realizados por comissões especializadas, além da inexistência de compatibilidade do sistema tributário com o caráter universal do comércio eletrônico, o Congresso dos Estados Unidos da América renovou por várias vezes o ITFA, com prorrogações contínuas de uma moratória que durou até meados de 2014, sem que houvesse a cobrança de tributos sobre as operações com produtos digitais até então.

Nesse contexto, ainda houve a aprovação de um projeto de lei (15.07.2014) pelo Congresso, tornando o IFTA permanente, evidenciando

que esta moratória funciona como uma *vacatio*, que abre espaço para o aprofundamento das discussões técnicas sobre o tema, podendo servir de referência, conforme explica Daniel Freire e Almeida.[\[40\]](#)

A “moratória” concedida traz o entendimento de que, no presente momento, a realização de qualquer ato de tributação no contexto de complexidade tecnológica, envolvendo a transferência eletrônica de dados, pode limitar a tendência de desenvolvimento do *e-commerce*.

Sabendo-se que há uma grande tendência de crescimento de negócios com a venda de produtos digitais, as autoridades calculam as perdas arrecadatórias em montantes que podem comprometer a garantia de prestação de serviços públicos no futuro.

Mesmo com toda busca e pesquisa sobre as possibilidades de tributação, o imbróglio está relacionado à natureza de intangibilidade dos produtos digitais frente ao modelo tributário americano para o comércio, que tem como base o *state sales and use tax* – imposto de vendas e imposto de usos.

No contexto de aplicação dos referidos impostos há grande dificuldade de aplicação de regras específicas ao comércio eletrônico direto, haja vista que a intensa discussão sobre o tema ainda não trouxe medidas efetivas para alcançar o mercado de produtos digitais.

Cite-se, por exemplo, o impasse para determinação da residência do vendedor e do comprador, bem como a natureza dos rendimentos resultantes de vendas de produtos e serviços digitais.[\[41\]](#)

De igual modo, há também a recomendação da *Global Information Infrastructure Commission* – GIIC, dos Estados Unidos da América, de que o comércio de bens intangíveis, como *software*, livros, música ou imagem deve ser tratado como entrega de serviços e não como fornecimento de produtos ou bens corpóreos.[\[42\]](#)

Por tais questões, justifica-se a política permanente adotada pelo *Internet Tax Freedom Act*, até que sejam definidos de forma segura os

parâmetros legais e estruturais para uma possível tributação das operações envolvendo bens intangíveis adquiridos por download.

A União Europeia, por outro lado, tem arriscado em realizar a tributação destas operações, representando uma posição contrária ao paradigma norte-americano de não tributação, se utilizando do IVA (Imposto sobre o Valor Acrescentado).

A partir de tal posicionamento, o sistema europeu considera os bens intangíveis (digitais) transferidos por transmissão eletrônica de dados (*download*) como serviços, para efeitos de tributação.^[43]

A especificação se encontra no Anexo II da Diretiva 2006/112/CE do Conselho da União Europeia^[44], a saber:

“LISTA INDICATIVA DOS SERVIÇOS PRESTADOS POR VIA ELECTRÓNICA A QUE SE REFERE A ALÍNEA K) DO N.º 1 DO ARTIGO 56. 1) Fornecimento de sítios informáticos, domiciliação de páginas Web, manutenção à distância de programas e equipamentos; 2) Fornecimento de programas informáticos e respectiva actualização; 3) Fornecimento de imagens, textos e informações, e disponibilização de bases de dados; 4) Fornecimento de música, filmes e jogos, incluindo jogos de azar e a dinheiro, e de emissões ou manifestações políticas, culturais, artísticas, desportivas, científicas ou de lazer; 5) Prestação de serviços de ensino à distância”.

De modo detalhado, Daniel Freire e Almeida explica que o Conselho da União Europeia tem realizado estudos e apresentado sugestões para a efetiva tributação das operações no âmbito virtual. Tudo em decorrência da permanente preocupação com as barreiras existentes e a dificuldade de verificar a localização de quem vende ou compra os produtos.

Entre as sugestões apresentadas, o órgão consultivo aponta para a possibilidade de cobrança da obrigação tributária ao vendedor. Entretanto,

a proposta se mostra ineficaz em termos práticos, já que surge o impasse em relação às importações provenientes de outros países.

Em outra proposta, o Conselho apresenta possível solução para as atividades de cobrança a partir da atuação conjunta com bancos e financeiras de cartões de crédito e débito, o que também demandaria uma intensa discussão acerca da importância do sigilo de dados bancários.

Por fim, o órgão aponta que, por outro lado, a cobrança poderia ser realizada a partir de um órgão comunitário e internacional de atuação independente, que recolheria os valores de tributo para repassar, posteriormente, aos países de residência dos consumidores. A referida proposta é a aceita por Daniel Freire e Almeida, que defende a necessidade de adoção de medidas que ultrapassem as questões territoriais para alcançar a tributação num espaço tão universal como a *Internet*.

Pelo cenário exposto, fica evidente que os desafios acerca da tributação de produtos digitais não se encerram em território brasileiro, sendo latente a necessidade de melhor regulamentação tributária do comércio eletrônico nos maiores mercados do mundo, como os Estados Unidos da América, que ainda se submetem a uma “moratória permanente” enquanto se busca melhores definições para a atividade fiscal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vê-se que o comércio eletrônico de bens intangíveis tem crescido de modo acelerado, fazendo parte do cotidiano das pessoas e provocando mudanças substanciais na sociedade e na economia. Ainda assim, falta uma regulamentação específica que determine as hipóteses de incidência de impostos nessa modalidade e coloque fim nos conflitos de competência que inflamam as discussões.

O debate inicial sobre o tema repousa na análise da intangibilidade dos bens digitais e os conceitos de circulação e mercadoria, tão importantes para análise da incidência (ou não) do ICMS. Há grande divergência acerca da questão, havendo quem considere que o conceito

de mercadoria deve considerar, por exemplo, a previsão estabelecida no artigo 191 do revogado Código Comercial de 1850 e o entendimento trazido no RE 176.626, que pontuou a necessidade de um corpo físico do objeto para inclusão no conceito analisado.

Em outro campo, há quem defenda que o referido conceito deve abarcar situações novas, como os bens intangíveis, não devendo se restringir aos bens materiais físicos destinados ao comércio.

Ocorre que, conforme visto no artigo, a simples atualização dos conceitos jurídicos e a adequação de normas não são suficientes para garantir a segurança jurídica e o respeito ao princípio da legalidade tributária, haja vista que os elementos essenciais do tributo devem ser determinados por lei, o que não ocorre nos recentes casos de cobrança de tributos sobre essas operações com bens digitais adquiridos por download, sobretudo com o ICMS.

Isso se reflete bem na até então frustrada tentativa do Convênio ICMS 181/2015 de cobrar o referido imposto sobre a totalidade do valor das operações com softwares, arquivos eletrônicos e congêneres disponibilizados por transferência eletrônica de dados (download ou streaming).

Diz-se frustrada pelo fato de que a exação tributária conduzida neste sentido pelos Estados de São Paulo e Rio Grande do Sul está suspensa temporariamente pelos decretos 61.791/2016 (SP) e 53.200/2016 (RS) enquanto não haja definição sobre o local de ocorrência do fato gerador e o estabelecimento responsável pelo pagamento do tributo.

Percebe-se também a fragilidade da tentativa de alcançar tais operações nos argumentos que apontam a ocorrência da bitributação, a partir do conflito de competência entre o ICMS e o ISS, que por sua vez também enfrenta resistência, ainda que menor, quando se discute a incidência tributária sobre o licenciamento e cessões de direito e de uso (regime que alcança determinados bens digitais).

De todo modo, diante das incertezas percebidas no tema, é essencial que seja realizada uma ponderação da capacidade de

fiscalização do Estado frente às inovações em debate, levando em conta as diversas recomendações de organizações internacionais de comércio, respeitando os princípios do comércio eletrônico, como o da neutralidade, que busca afastar a possibilidade de tributação diferenciada do *e-commerce* que utilize como base a quantidade de *bits* transmitidos na rede.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Daniel Freire e. **A Tributação do Comércio Eletrônico nos Estados Unidos da América e na União Europeia**. São Paulo: Almedina, 2015.

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARROS, Maurício. **Breves reflexões sobre o ICMS no comércio eletrônico**. Cadernos de Direito Empresarial n. 9, São Paulo, 2013.

BORBA, Luiz Edmundo Celso. **Como se viabilizar a adequada tributação do comércio eletrônico? A análise do pragmatismo social como importante ferramenta**. Revista *Duc In Altum*. Caderno de Direito, volume 5, n. 7, jan-jun, 2013. Disponível em: Acesso em: 22 out. 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: Acesso em: 19 out. 2016.

_____. Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966. **Código Tributário Nacional**. Brasília, 1966. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm> Acesso em: 19 out. 2016.

_____. Lei 556, de 25 de junho de 1850. **Código Comercial**. Rio de Janeiro, 1850. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L0556-1850.htm > Acesso em: 22 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE 176.626**, rel Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, j. 10.11.1998. Disponível em: <

<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/740089/recurso-extraordinario-re-176626-sp>>. Acesso em: 21 out. 2016

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 1945**, Relator (Acórdão): Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, Data de Julgamento em: 26.05.2010. Disponível em: . Acesso em: 21 out. 2016

BRIGAGÃO, Gustavo. **ICMS não incide sobre o download de softwares**. Consultor Jurídico, 24 fev.2016. Disponível em: Acesso em 19 out. 2016.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva. 2006.

ESTADO DE SÃO PAULO. **Decreto N. 61.791, de 11 de janeiro de 2016**. São Paulo, 2016. Disponível em: Acesso em: 22 out. 2016

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **Decreto N. 53.200, de 19 de setembro de 2016**. Rio Grande do Sul, 2016. Disponível em: < <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=328869> > Acesso em: 22 out. 2016

GENSOLLEN, Michel. **The Internet: A New Information Economy? Communications & Strategies**, nº 32, 4. Quarter, 1998.

GOMES CANOTILHO, J.J. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 7 ed. 2009.

GRECO, Marco Aurélio. **Transações eletrônicas: Aspectos Jurídicos**. *In* Internet e Direito. 2 ed. São Paulo: Dialética, 2000.

LANARI, Flávia de Vasconcellos. **Os Impostos sobre Consumo e Serviços e o Comércio de Produtos Digitais**, 2010. Disponível em: . Acesso em: 10 out. 2016.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Tributação na Internet**. MARTINS, Ives Gandra da Silva (org.). Tributação na Internet. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MARTINS, Ives Gandra da Silva (org.). **Tributação na Internet**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MELO, José Eduardo Soares de. **Tributação na Internet**. MARTINS, Ives Gandra da Silva (org.). Tributação na Internet. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MORAIS, Carlos Tadeu Queiroz de. **Conceitos sobre Internet e Web**. Porto Alegre: UFRGS, 2012.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **The Economic and Social Impact of Eletronic Commerce: Preliminary Findings and Research Agenda**, 1999.

RIBEIRO, Maria de Fátima. **Cibertributos: aspectos tributários internacionais das atividades no âmbito da internet e suas repercussões no Brasil**. Marília: Argumentum (UNIMAR), v. 2, 2002.

RODRIGUES, Antônio Carlos; KAWASAKI, Sérgio. **Tributação na Internet**. MARTINS, Ives Gandra da Silva (org.). Tributação na Internet. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

RUNDLE, Mary. **Beyond Internet Governance: The Emerging International Framework for Governing the Networked World**, 2005. p. 01. In: ALMEIDA, Daniel Freire e. **A Tributação do Comércio Eletrônico nos Estados Unidos da América e na União Europeia**. São Paulo: Almedina, 2015.

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TANZI, Vito. **Globalization and the work of fiscal termites**, 2000. In: MARINHO JUNIOR, I.P. **Desafios da Tributação na Sociedade Complexa**. Revista de Doutrina 4. Região, v. 66, p. online, 2015.

TEIXEIRA, Tarcísio. **Marco Civil da Internet e regulamentação do comércio eletrônico**. Migalhas, 17 nov. 2014. Disponível em: Acesso em 19 out. 2016.

Notas:

[1] MORAIS, Carlos Tadeu Queiroz de. **Conceitos sobre Internet e Web**. Porto Alegre: UFRGS, 2012. p. 41.

[2] GENSOLLEN, Michel. **The Internet: A New Information Economy?** Communications & Strategies, nº 32, 4. Quarter, 1998. p.207.

[3] ALMEIDA, Daniel Freire e. **A Tributação do Comércio Eletrônico nos Estados Unidos da América e na União Europeia**. São Paulo: Almedina, 2015. p. 33.

[4] LANARI, Flávia de Vasconcellos. **Os Impostos sobre Consumo e Serviços e o Comércio de Produtos Digitais**, 2010. Disponível em: . Acesso em: 10 out 2016.

[5] TANZI, Vito. **Globalization and the work of fiscal termites**, 2000. In: MARINHO JUNIOR, I.P. **Desafios da Tributação na Sociedade Complexa**. Revista de Doutrina 4. Região, v. 66, p. online, 2015.

[6] COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva. 2006.

[7] TEIXEIRA, Tarcísio. **Marco Civil da Internet e regulamentação do comércio eletrônico**. Migalhas, 17 nov.

2014. Disponível em: Acesso em 19/10/2016.

[8] ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **The Economic and Social Impact of Eletronic Commerce**: Preliminary Findings and Research Agenda, 1999.

[9] GOMES CANOTILHO, J.J. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 7 ed. 2009. p.1350.

[10] AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2014. p.211.

[11] ALMEIDA, Daniel Freire e. **A Tributação do Comércio Eletrônico nos Estados Unidos da América e na União Europeia**. São Paulo: Almedina, 2015. p. 111.

[12] SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 666.

[13] BRASIL. Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966. **Código Tributário Nacional**. Brasília, 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm> Acesso em: 19 de out. 2016.

[14] RUNDLE, Mary. **Beyond Internet Governance: The Emerging International Framework for Governing the Networked World**, 2005. p. 01. In: ALMEIDA, Daniel Freire e. **A Tributação do Comércio Eletrônico nos Estados Unidos da América e na União Europeia**. São Paulo: Almedina, 2015. p. 120.

[15] GRECO, Marco Aurélio. **Transações eletrônicas: Aspectos Jurídicos**. *In* Internet e Direito. 2 ed. São Paulo: Dialética, 2000. p. 15.

[16] RIBEIRO, Maria de Fátima. **Cibertributos: aspectos tributários internacionais das atividades no âmbito da internet e suas repercussões no Brasil**. Marília: Argumentum (UNIMAR), v. 2, 2002. p. 73.

[17] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: Acesso em: 19 de out. 2016.

[18] SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 1096.

[19] MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 259.

[20] BARROS, Maurício. **Breves reflexões sobre o ICMS no comércio eletrônico**. GAIA, Fernando Antonio Cavanha; ANDRADE, José Maria Arruda (coord.). *Cadernos de Direito Empresarial* n. 9, São Paulo, 2013. p. 9.

[21] BRIGAGÃO, Gustavo. **ICMS não incide sobre o download de softwares**. *Consultor Jurídico*, 24 fev.2016. Disponível em: Acesso em 19 de out.2016.

[22] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 176.626**, rel Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, j. 10.11.1998. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/740089/recurso-extraordinario-re-176626-sp>>. Acesso em: 21 de out.2016

[23] MELO, José Eduardo Soares de. **Tributação na Internet**. MARTINS, Ives Gandra da Silva (org.). *Tributação na Internet*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. pp. 243.

[24] BRASIL. Lei 556, de 25 de junho de 1850. **Código Comercial**. Rio de Janeiro, 1850. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L0556-1850.htm > Acesso em: 22 de out. 2016

[25] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 1945**, Relator (Acórdão): Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 26.05.2010. Disponível em: . Acesso em: 21 de out.2016

[26] ESTADO DO MATO GROSSO. **Lei 7.098, de 30 de dezembro de 1998**. Mato Grosso, 1998. Disponível em: Acesso em: 22 de out. 2016

[27] GRECO, Marco Aurélio. **Internet e Direito**. 2 ed. São Paulo: Dialética, 2000. p. 86-87

[28] MACHADO, Hugo de Brito. **Tributação na Internet**. MARTINS, Ives Gandra da Silva (org.). Tributação na Internet. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 94.

[29] GRECO, Marco Aurélio. **Internet e Direito**. 2 ed. São Paulo: Dialética, 2000. p. 93-94.

[30] RODRIGUES, Antônio Carlos; KAWASAKI, Sérgio. **Tributação na Internet**. MARTINS, Ives Gandra da Silva (org.). Tributação na Internet. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 308.

[31] BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA FAZENDÁRIA. **Convênio ICMS 18, de 28 de dezembro de 2015**. Disponível em: Acesso em: 30 out. 2016.

[32] ESTADO DE SÃO PAULO. **Decreto N. 61.791, de 11 de janeiro de 2016**. São Paulo, 2016. Disponível em: Acesso em: 22 de out. 2016

[33] ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **Decreto N. 53.200, de 19 de setembro de 2016**. Rio Grande do Sul, 2016. Disponível em: < <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=328869> > Acesso em: 22 de out. 2016

[34] BORBA, Luiz Edmundo Celso. **Como se viabilizar a adequada tributação do comércio eletrônico? A análise do pragmatismo social como importante ferramenta**. Revista Duc In Altum. Caderno de Direito, v. 5, n. 7, 2013. Disponível em: < <http://www.faculdedamas.edu.br/revistas/index.php/cihjur/article/view/271/275> > Acesso em: 22 de out. 2016.

[35] BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA FAZENDÁRIA. **Convênio ICMS 106, de 29 de setembro de 2017**. Disponível em:

<https://www.confaz.fazenda.gov.br/legislacao/convenios/2017/CV106_17>
Acesso em: 01 de fev. 2018.

[36] BRASIL. Superintendência Regional da Receita Federal do Brasil da 8ª Região Fiscal. Solução de Consulta nº 421, de 30 de novembro de 2010. Estado de São Paulo, 2010. Disponível em: Acesso em: 30 de out. 2016.

[37] BRASIL. Decreto Nº 6.759, de 05 de fevereiro de 2009. Brasília, 2009. Disponível em: Acesso em: 30 de out. 2016

[38] MACHADO, Hugo de Brito. **Tributação na Internet**. MARTINS, Ives Gandra da Silva (org.). Tributação na Internet. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 95-96.

[39] ALMEIDA, Daniel Freire e. **A Tributação do Comércio Eletrônico nos Estados Unidos da América e na União Europeia**. São Paulo: Almedina, 2015. p. 153-154

[40] Ibidem, p. 167.

[41] ALMEIDA, Daniel Freire e. **A Tributação do Comércio Eletrônico nos Estados Unidos da América e na União Europeia**. São Paulo: Almedina, 2015. p. 169.

[42] RIBEIRO, Maria de Fátima. **Cibertributos: aspectos tributários internacionais das atividades no âmbito da internet e suas repercussões no Brasil**. Marília: Argumentum (UNIMAR), v. 2, 2002. p. 73.

[43] ANDRADE, M. I. de T. **Reforma Tributária: Como Tributar o Comércio Eletrônico? A (pouca) experiência internacional**. Revista Informe-se / Secretaria para Assuntos Fiscais – BNDES- n. 0 14 – maio 2000.

[44] CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. **DIRECTIVA 2006/112/CE DO CONSELHO**. Jornal Oficial da União Europeia. 2006. p. 68.

REITERAÇÃO DELITIVA E PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO CRIME DE DESCAMINHO: O CONFLITUOSO PANORAMA DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL

JOSEPH BRUNO DOS SANTOS SILVA:

Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, especialista em Direito Constitucional, atualmente Analista do Ministério Público da União.

RESUMO: O presente trabalho aborda o panorama doutrinário e jurisprudencial que cerca a aplicação do princípio da insignificância ao crime de descaminho, especificamente nos casos em que há a chamada “reiteração delitiva”, conceito aberto, multicitado na jurisprudência, que nem sempre se confunde com a reincidência ou com a existência de maus antecedentes do infrator. Nesse contexto, desenvolvendo-se os conceitos de insignificância e reiteração delitiva em relação ao crime de descaminho, aponta-se para a abertura semântica dessa reiteração - com claro risco à legalidade penal - indicando-se ainda a dificuldade científica de se vedar a aplicação de uma excludente da tipicidade penal (princípio da insignificância) em razão de circunstâncias de ordem exclusivamente pessoal (periculosidade do agente).

Palavras-chave: Princípio da insignificância – Reiteração delitiva – Política criminal - Princípio da legalidade penal - Crime de bagatela - Delito liliputiano - Caso Fermín Ramires vs Guatemala.

INTRODUÇÃO

Nas Subseções da Justiça Federal situadas na fronteira seca entre o Brasil e demais países sul-americanos, bem como naquelas onde se localizam aeroportos internacionais, são costumeiras as ações penais derivadas da importação de mercadorias com ilusão do pagamento dos impostos devidos, prática que caracteriza, em tese, o crime de descaminho, tipificado no artigo 334 do Código Penal Brasileiro (com alteração promovida pela Lei nº 13.008/2014)^[1], *in verbis*:

Art. 334. Iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

§ 1o Incorre na mesma pena quem:

I - pratica navegação de cabotagem, fora dos casos permitidos em lei;

II - pratica fato assimilado, em lei especial, a descaminho;

III - vende, expõe à venda, mantém em depósito ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira que introduziu clandestinamente no País ou importou fraudulentamente ou que sabe ser produto de introdução clandestina no território nacional ou de importação fraudulenta por parte de outrem;

IV - adquire, recebe ou oculta, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira, desacompanhada de documentação legal ou acompanhada de documentos que sabe serem falsos.

§ 2o Equipara-se às atividades comerciais, para os efeitos deste artigo, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino de mercadorias estrangeiras, inclusive o exercido em residências.

§ 3o A pena aplica-se em dobro se o crime de descaminho é praticado em transporte aéreo, marítimo ou fluvial.”

Nesse contexto, segundo dados do Balanço Aduaneiro Anual de 2015 da Receita Federal do Brasil^[2], no ano de 2015 (último com balanço registrado), foram realizadas apreensões de mercadorias provenientes do exterior no montante de R\$1,89 bilhão, apreendendo-se ainda cerca de 4.511 veículos nas ações fiscalizatórias promovidas exclusivamente no âmbito da Receita Federal do Brasil, não

computando-se nesse montante apreensões realizadas à partir da ação das Polícias Federal e Rodoviária Federal.

Assim, a dimensão da questão faz com que as decisões de nossos tribunais superiores acerca das condicionantes para tipicidade material dessa conduta reflitam de modo prático na realidade dos potenciais infratores, do Poder Judiciário, do Ministério Público, da indústria e comércio, bem como do erário. A quantidade de apreensões realizadas denota a necessidade de delimitação do tipo penal para que não sejam alcançadas condutas ínfimas, conforme apontam Eugênio Pacelli e André Callegaria (2017, p. 94):

A expressão *insignificância*, ou crimes de bagatela, posta aqui como princípio geral da parte especial, pretende cumprir exatamente essa função redutora do excesso penal (...)

(...) Há coisas de valor considerável e há coisas de menor valor, segundo o Código Penal. Se as coisas podem e devem ser valoradas há que se convir que algumas delas (coisas) não possuem valor algum, ou quase nenhum, do ponto de vista econômico, patrimonial, se consideradas isoladamente. Articula-se, no particular, a aplicação do postulado da intervenção mínima do Direito Penal, a partir da exigência de uma efetiva lanosidade da ação.

Assim, elementos de política criminal e da ciência penal interpenetram-se para busca da melhor solução. Com efeito, a desmedida aplicação do princípio da insignificância - ainda que as condutas sejam também penalizadas na seara administrativa - pode gerar desequilíbrio comercial e orçamentário para o Estado. Já a tipificação excessiva pode aumentar ainda mais a morosidade do Poder Judiciário, com a multiplicação de ações penais derivadas de ínfimas apreensões, ampliando demasiadamente o poder punitivo do Estado.

É nesse contexto de busca de equilíbrio que surge a questão da “reiteração delitiva” como elemento que obsta o reconhecimento da insignificância, diferenciando infratores *habituais* daqueles *não habituais*. Inclusive, a 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal fez essa ponderação em enunciado^[3], nos termos seguintes:

Enunciado nº 49: Admite-se o valor fixado no art. 20, “caput”, da Lei nº 10.522/2002 (R\$ 10.000,00) como parâmetro para a

aplicação do princípio da insignificância ao crime de descaminho, **desde que ausente reiteração da conduta.** (Grifou-se. Aprovado na 61ª Sessão de Coordenação, de 04/03/2013)

Todavia, as bases para conceituação da reiteração delitiva - não traçadas legalmente - mostram-se bastante diversificadas e equívocas nas decisões emanadas das diversas instâncias do Poder Judiciário, como adiante se demonstrará. Mais do que isso, no crime de descaminho, essa reiteração, que pode se embasar inclusive em procedimentos administrativos fiscais (conforme pacificada jurisprudência), liga-se essencialmente à ideia de periculosidade do agente, já que pode obstar a insignificância mesmo quando as diversas ações somadas não atinjam o patamar mínimo utilizado para delimitar a tipicidade material da conduta (atualmente R\$ 20.000, como será adiante apontado).

Assim, expostas mencionadas premissas, o objetivo do presente trabalho é abordar o panorama doutrinário e jurisprudencial que cerca a aplicação do princípio da insignificância ao crime de descaminho, especificamente nos casos em que há a chamada “reiteração delitiva”, indicando-se a dificuldade científica de se vedar a aplicação de uma excludente da tipicidade penal (princípio da insignificância) em razão de circunstâncias de ordem exclusivamente pessoal (periculosidade do agente).

A metodologia utilizada no presente estudo se pauta na coleta e análise de informações doutrinárias, de autores com posições diversas acerca do tema, bem como pela análise jurisprudencial pertinente.

DESENVOLVIMENTO

O princípio da insignificância, orientando a aplicação do Direito Penal no caso concreto, funciona como elemento delimitador do tipo penal, retirando de sua abrangência as condutas incapazes de afetar efetivamente o bem jurídico protegido pela norma penal. Segundo Renato Brasileiro de Lima (2017, p. 51):

Em seu processo de formulação teórica, o princípio da insignificância apoiou-se no reconhecimento de que o caráter

subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público (*de minimis, non curta praetor*). O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhe sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvaler - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social.

Nesse contexto, é clássica a lição de ZAFFARONI quanto à necessidade de se ampliar a análise do tipo para além da adequação formal entre o fato e a norma, naquilo que denominou *tipicidade conglobante*, na qual se situa também a potencial lesividade da conduta. Nesse sentido (Zaffaroni et al, 2010, pp. 212-213):

A tipicidade conglobante cumpre sua função redutora constatando a existência de um conflito (conflitivadede), o que implica uma lesividade objetivamente imputável a um agente (dominabilidade). Através da função conglobante do tipo objetivo se estabelece a própria existência do conflito, o que pressupõe comprovar tanto sua lesividade quanto seu pertencimento a um sujeito. É inconcebível a criminalização de um pragma que não implique qualquer ofensa a outrem (representado no bem jurídico). Não existe conflitivade quando a ação não ofende ninguém, nem tampouco quando, mesmo existindo uma ofensa, não pode ela ser filiada ao sujeito como obra sua. (...) Para haver conflitivade, é preciso que haja ofensa e sujeito imputado. Na falta de qualquer um desses dois elementos não há conflito. Uma ação e um resultado não lesivo só constituirão um pragma juridicamente indiferente; uma ação e um resultado lesivo porém não imputável objetivamente a alguém só constituirão um

acidente. Para cumprir sua tarefa, a tipicidade conglobante deve constatar tanto a lesividade do pragma quanto seu pertencimento a um agente: sem a primeira não há conflito porque não há interação jurídico-penal (sinalizada pela ofensa ao bem jurídico); sem o segundo também não há conflito porque, embora presente a ofensa (por lesão ou por perigo) ao bem jurídico, não decorreu ela de conduta humana. Constata-se a lesividade verificando-se: a) desde logo, se o pragma afetou verdadeiramente um bem jurídico (constitucionalmente legitimado e cuja ofensa é proibida por norma); b) se tal afetação (por lesão ou por perigo) foi substancial, significativa; c) se não incidem outras normas que, recortando e limitando o alcance proibitivo da norma deduzida do sentido semântico do tipo isolado, o invalidem, descaracterizando assim a afetação do bem jurídico (...).

Mais do que mera decorrência da subsidiariedade e da intervenção mínima que pautam a atuação do Direito Penal, o princípio da insignificância mostra-se como verdadeiro corolário do princípio republicano, a demandar uma ação proporcional, equilibrada, por parte do Poder Público (Zaffaroni et al, 2010, pp. 229-230):

A consideração conglobante das normas dedutíveis dos tipos legais revela sua tendência de proibir condutas que provoquem conflitos de certa gravidade. Não se trata apenas de manifestação do princípio da ultima ratio, mas também do próprio princípio republicano, do qual dimana o princípio da proporcionalidade, como requisito de correspondência racional entre a lesão ao bem jurídico e a pena: não faz sentido considerar lesão corporal (art. 129 CP) a perfuração nas orelhas da criança para uso de brincos, entrever furto (art. 155 CP) na subtração de uma caixa de fósforos para acender cigarros, ou sequestro (art. 148 CP) no motorista rabugento que só freia o ônibus e abre a porta no ponto subsequente, a duzentos metros do solicitado, lobrigar corrupção (art. 333 CP) no livro com que o advogado presenteia o juiz etc. Em todos os tipos nos quais seja admissível gradualizar a lesão ao bem jurídico é possível conceber ofensas

insignificantes; com maiores razões em todos os crimes de perigo, já que o conceito de perigo é essencialmente graduável.

Assim, observada a ínfima lesividade da conduta em relação ao bem jurídico, conforme majoritária doutrina, há de se reconhecer sua *atipicidade*, considerando que, em verdade, a ausência de lesão significativa ao bem jurídico impede a própria caracterização do fato como criminoso. Nesta senda, LUIZ REGIS PRADO aponta que (PRADO, 2015, pp. 127-128):

De acordo com o princípio da insignificância, formulado por Claus Roxin e relacionado com o axioma *minima in curat praeter*, enquanto manifestação contrária ao uso excessivo da sanção criminal, devem ter tida como atípicas as ações ou omissões que afetem ínfimamente a um bem jurídico-penal. A irrelevante lesão do bem jurídico protegido não justifica a imposição de uma pena, devendo excluir-se a tipicidade da conduta em caso de danos de pouca importância ou quando afete ínfimamente a um bem jurídico-penal.

Vale dizer: a irrelevante lesão do bem jurídico protegido não justifica a imposição de uma pena, devendo excluir-se a tipicidade da conduta em casos de lesões de pouca gravidade ou quando “no caso concreto seu grau de injusto seja mínimo”.

Estabelecidas, portanto, as bases teóricas do princípio da insignificância, enquanto delimitador do tipo penal, há de se perguntar em seguida: o que é, de fato, uma conduta (ou lesão) insignificante? Quais os critérios a serem utilizados para reconhecer um fato como insignificante?

Mencionadas dúvidas surgem diante da falta de unicidade das decisões acerca dessa matéria, a evidenciar risco à segurança jurídica, como leciona LUIZ REGIS PRADO (2015, pp. 127-128):

A partir do princípio de insignificância como “máxima de interpretação típica”, defende-se um exame de cada caso concreto “mediante uma interpretação restritiva orientada ao bem jurídico protegido”, pois “só uma interpretação estritamente referida ao bem jurídico e que atenda ao respectivo tipo (espécie)

de injusto deixa claro por que uma parte das ações insignificantes são atípicas e frequentemente já estão excluídas pela própria dicção legal, mas por outro lado, como v.g. os furtos de bagatela, encaixam indubitavelmente no tipo: a propriedade e a posse também se veem vulneradas pelo furto de objetos insignificantes, enquanto em outros casos o bem jurídico só é menoscabado se ocorre certa intensidade da lesão.

Em realizada, a tão criticada imprecisão da adequação social não foi superada pelo critério da insignificância proposto para a solução de casos como o mencionado. O que é, afinal, insignificante? Trata-se de um conceito extremamente fluido de incontestável amplitude. Daí porque sua aplicação costuma vulnerar a segurança jurídica, peça angular do Estado de Direito. É ele, como bem se destaca, “incompatível com as exigências da segurança jurídica. A delimitação dos casos de bagatela ficaria confiada à doutrina e à jurisprudência, sendo limite sempre discutível”.

(...)

Sugere-se, na busca de uma resposta mais satisfatória, fazer constar, em certas hipóteses, na própria descrição do tipo legal do delito o limite mínimo para o seu perfazimento. A previsão de uma quantia em dinheiro no próprio tipo legal acarretaria automaticamente a atipicidade das condutas que não se ajustassem ao limite exigido. Assim, a questão não dependeria, nem oscilaria ao arbítrio do julgador, mas seria de aplicação obrigatória para todos que não atingissem o patamar exigido para a configuração do desvalor do resultado típico. Mas tal proposta pode apresentar-se como desvantajosa para o agente, em face do quantum fixado como mínimo e sua condição econômica, por exemplo.

De qualquer modo, a restrição típica decorrente da aplicação do princípio da insignificância não deve operar com total falta de critérios, ou derivar de interpretação meramente subjetiva do julgador, mas ao contrário há de ser resultado de uma análise

acurada do caso em exame, com o emprego de um ou mais vetores – v.g., mínima ofensividade da conduta, nenhuma periculosidade social da ação, reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica provocada, e, em determinados casos (furto/descaminho etc.), valoração socioeconômica média existente em certa sociedade, tidos como necessários à determinação do conteúdo da insignificância. Isso do modo mais coerente e equitativo possível, com o intuito de afastar eventual lesão ao princípio da segurança jurídica.

Para amenizar a equivocidade das decisões acerca da aplicação do princípio da insignificância, mas sem retirar do julgador do caso concreto a análise das circunstâncias, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu *vetores* para averiguação da atipicidade material da conduta, a saber:

Ementa: HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. CRIME DE DESCAMINHO. VALOR DO TRIBUTO INFERIOR A VINTE MIL REAIS. REITERAÇÃO DELITIVA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INCIDÊNCIA. REDUZIDO GRAU DE REPROVABILIDADE DA CONDUTA. ORDEM CONCEDIDA. 1. A aplicação do Princípio da Insignificância, na linha do que decidido por esta Corte, pressupõe ofensividade mínima da conduta do agente, reduzido grau de reprovabilidade, inexpressividade da lesão jurídica causada e ausência de periculosidade social. (...) (HC 130453, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 08/08/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-186, publicação em 23-08-2017, grifo nosso)

Esses vetores, estabelecidos em cláusulas abertas e muito próximas em sua acepção, referem-se a princípio ao *fato* apurado e não ao infrator, indicando que uma conduta que não lesa o bem jurídico protegido não deve ser materialmente típica.

Especificamente quanto ao crime de descaminho, tipificado no artigo 334 do Código Penal Brasileiro (com alteração promovida pela Lei nº 13.008/2014), a jurisprudência dos nossos tribunais superiores -

prestigiando os princípios da subsidiariedade e intervenção mínima - estabeleceu como patamar para aferição da lesividade da conduta aquele estabelecido no artigo 20 da Lei nº 10.522/02^[4], com a redação dada pela Portaria MF nº 75/2012^[5], qual seja, R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), *in verbis*:

Art. 20. Serão arquivados, sem baixa na distribuição, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, os autos das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou por ela cobrados, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Art. 2º O Procurador da Fazenda Nacional requererá o arquivamento, sem baixa na distribuição, das execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional, cujo valor consolidado seja igual ou inferior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), desde que não ocorrida a citação pessoal do executado ou não conste dos autos garantia útil à satisfação do crédito.

A razão da adoção desse valor vincula-se claramente à noção de subsidiariedade, considerando que esse patamar é utilizado pela Fazenda Pública Federal para arquivar, sem baixa na distribuição (ou seja, processos já ajuizados e frustrados quanto ao adimplemento), execuções fiscais de débitos que podem se originar, inclusive, da ilusão do pagamento de tributos.

Isso porque, no crime de descaminho, em que pese o prestígio da Administração Pública estar também resguardado pela norma penal, o foco primeiro do legislador foi, claramente, a proteção dos interesses econômicos do Estado, quer no recolhimento de tributos, quer na proteção da indústria e comércio nacionais. Assim (PRADO, 2015, p. 1417):

No que tange ao delito de descaminho, o bem jurídico tutelado, além do prestígio da Administração Pública, é o interesse econômico-estatal. Busca-se proteger o produto nacional (agropecuário, manufaturado ou industrial) e a economia do país, que na elevação do imposto de exportação, para

fomentar o abastecimento interno, que na sua sensível diminuição ou isenção, para estimular o ingresso de divisa estrangeira no país. O mesmo ocorre no tocante ao imposto de importação, cuja elevação ou isenção têm por escopo ora proteger o produtor nacional, ora proteger a própria nação da especulação por este engendrada e, ainda, suprir necessidades vitais do Estado.

Ora, diante do evidente cunho econômico do bem jurídico tutelado pela norma penal, haveria insustentável incongruência entre a renúncia administrativa do Estado ao crédito financeiro e, ao mesmo tempo, a propositura de ação penal em razão do não recolhimento desse valores aos cofres públicos. Como apontado por Renato Brasileiro de Lima (2017, p. 52):

(...) Os Tribunais passaram a entender que não seria possível que uma conduta administrativamente irrelevante tivesse relevância criminal, sob pena de violação aos princípios da subsidiariedade, da fragmentariedade, da necessidade e da intervenção mínima que regem o Direito Penal. Daí porque referido montante passou a ser utilizado pelos Tribunais Superiores, não apenas em relação aos crimes contra a ordem tributária propriamente ditos, mas também em relação ao delito de descaminho, também conhecido como contrabando impróprio (CP, art. 334, caput, com redação determinada pela Lei nº 13.008/14), haja vista sua natureza eminentemente tributária, hipótese em que a lesividade da conduta deve ser aferida de acordo com o valor o tributo incidente sobre as mercadorias apreendidas (...)

Calha apontar que, após longa divergência quanto ao patamar a ser aplicado para a insignificância, decorrente da polêmica alteração da Lei nº 10.522/02 por portaria do Ministério da Fazenda, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça alinharam-se pela aplicabilidade do valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) como limite mínimo para constatação da lesividade da conduta. Nesse sentido a recente decisão da 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, conforme notícia veiculada no sítio do próprio Tribunal^[6]:

Por maioria de votos, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu revisar o [Tema 157](#) dos recursos repetitivos e fixou em R\$ 20 mil o valor máximo para incidência do princípio da insignificância no caso de crimes tributários federais e de descaminho.

A revisão foi necessária, entre outras razões, em virtude de recentes decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre o tema e do parâmetro fixado pelas Portarias [75](#) e [130](#) do Ministério da Fazenda.

A proposta de revisão de tese foi a [primeira](#) a utilizar o novo sistema de afetação eletrônica de recursos repetitivos, que foi definitivamente implantado pelo STJ em novembro de 2017.

(...)

O relator dos recursos especiais submetidos à proposta de revisão, ministro Sebastião Reis Júnior, explicou que, em 2009, a Terceira Seção firmou o entendimento de que incidiria a insignificância aos crimes contra a ordem tributária e de descaminho quando o débito tributário não ultrapassasse R\$ 10 mil, conforme prevê o artigo 20 da Lei 10.522/02.

À época, lembrou o relator, o julgamento representou um alinhamento da jurisprudência do STJ ao entendimento fixado pelo STF. Todavia, em 2012, o Ministério da Fazenda editou as Portarias 75 e 130, que passaram a prever, entre outros pontos, o não ajuizamento de execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional nos casos de valores iguais ou inferiores a R\$ 20 mil.

“Com o advento das Portarias 75 e 130/MF, ocorreu um novo distanciamento entre a jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, pois, enquanto o Pretório Excelso aderiu ao novo parâmetro fixado por ato normativo infralegal, esta Corte não o fez”, apontou o ministro ao lembrar que a mudança de orientação do STF ocorreu há mais de três anos.

Dessa forma, a Terceira Seção decidiu revisar o Tema 157, que passa a ter a seguinte redação: “Incide o princípio da

insignificância aos crimes tributários federais e de descaminho quando o débito tributário verificado não ultrapassar o limite de R\$ 20.000,00, a teor do disposto no artigo 20 da Lei 10.522/2002, com as atualizações efetivadas pelas Portarias 75 e 130, ambas do Ministério da Fazenda.”

Assim - chegando ao foco central do presente trabalho - temos que o princípio da insignificância é uma **excludente da ilicitude** e que a ilusão de impostos em patamar acima de **R\$ 20.000,00 (vinte mil reais)** demonstra, segundo a jurisprudência dos nossos Tribunais Superiores, que a conduta possui **lesividade** suficiente para qualificar-se como crime.

Diante desse quadro, é possível afirmar que a “reiteração delitiva” (por vezes citada como habitualidade delitiva) é capaz de impedir a aplicação do princípio da insignificância?

Para nossos Tribunais Superiores, a resposta é afirmativa, como se pode constatar na ementa a seguir exposta, que traduz a posição dominante tanto no Supremo Tribunal Federal quanto no Superior Tribunal de Justiça:

Ementa: Penal. Agravo Regimental em Habeas Corpus. Falta de impugnação específica dos fundamentos. Descaminho. Princípio da insignificância. reiteração delitiva. Recurso não conhecido. 1. A parte recorrente não impugnou, especificamente, todos os fundamentos da decisão agravada, o que impossibilita o conhecimento do recurso, na linha da pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 2. A notícia de que a paciente responde a outros procedimentos administrativos fiscais inviabiliza, neste habeas corpus, o pronto reconhecimento da atipicidade penal da conduta. **A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou orientação no sentido de que a reiteração delitiva impede a adoção do princípio da insignificância penal, em matéria de crime de descaminho.** Precedentes. 3. Agravo regimental não conhecido. (HC-AgR 137749, ROBERTO BARROSO, STF, grifo nosso)

Mas o que de fato pode se entender como **reiteração delitiva** no crime de descaminho? Trata-se, aparentemente, de conceito a ser aferido no caso concreto segundo uma noção de *periculosidade do agente*. A segunda turma do Supremo Tribunal Federal já decidiu, inclusive, que a prática de três condutas tipificadas formalmente como descaminho não necessariamente induz a ideia de reiteração:

Ementa: HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. CRIME DE DESCAMINHO. VALOR DO TRIBUTO INFERIOR A VINTE MIL REAIS. REITERAÇÃO DELITIVA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INCIDÊNCIA. REDUZIDO GRAU DE REPROVABILIDADE DA CONDUTA. ORDEM CONCEDIDA. 1. A aplicação do Princípio da Insignificância, na linha do que decidido por esta Corte, pressupõe ofensividade mínima da conduta do agente, reduzido grau de reprovabilidade, inexpressividade da lesão jurídica causada e ausência de periculosidade social. 2. Nos delitos de descaminho, a reiteração da conduta delitiva, por si só, não impede que o juiz da causa reconheça a atipia material, à luz do princípio da insignificância. 3. **O paciente foi denunciado pela suposta prática, em três dias distintos, do delito de descaminho, cujas mercadorias apreendidas e perdidas em favor da Fazenda Pública foram avaliadas em R\$ 253,31; R\$ 174,90 e R\$ 96,83. O valor dos tributos elididos totalizou R\$ 262,53.** 4. Embora as três condutas tenham sido praticadas em curto lapso temporal, **inexistem informações de eventual existência de outros procedimentos administrativos fiscais ou processos criminais em face do paciente; não se revela, portanto, criminoso habitual.** 5. Ordem concedida para restabelecer a sentença de primeiro grau, que rejeitou a denúncia por falta de justa causa, ante a aplicação do princípio da insignificância. (HC 130453, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 08/08/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-186, publicado em 23-08-2017, grifo nosso)

Diante desse quadro é que ponderamos acerca da vedação da aplicação do princípio da insignificância ao crime de descaminho. Se a

norma penal elegeu bem jurídico de caráter evidentemente econômico, como afirmar que é lesiva a reiteração delitiva que não alcance, ao menos, o patamar de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) estabelecido no artigo 20 da Lei nº 10.522/02^[7], com a redação dada pela Portaria MF nº 75/2012^[8]?

Mais do que isso, como utilizar elementos objetivos para aferir critério que foi objetivamente estabelecido?

É evidente que nessa situação a vedação ampara-se em nítido direito penal do autor, buscando aferir casuisticamente - inclusive considerando procedimentos administrativos fiscais, inquéritos policiais e ações judiciais ainda em curso - o grau de risco que o infrator oferece ao bem jurídico, e não apenas avaliando a sua conduta.

Aplicável, nesse quadro, a mesma crítica feita incisivamente por JUAREZ CIRINO DOS SANTOS à reincidência ficta, baseada exclusivamente na ideia de periculosidade do agente, desapegada dos fatos (CIRINO DOS SANTOS, 2017, pp. 535-537):

(...) A definição legal de reincidência descreve hipótese formal irrelevante e escamoteia situação real relevante: a) descreve a hipótese formal irrelevante da reincidência ficta, porque o trânsito em julgado de condenação anterior indicaria presunção de periculosidade, um conceito carente de conteúdo científico; b) escamoteia a experiência concreta relevante da reincidência real, porque o novo crime é produto da ação deformadora da prisão sobre o condenado, através da execução da pena do crime anterior.

(...) O reconhecimento oficial da “ação criminógena” do cárcere (EM, n. 26), demonstrada pela pesquisa criminológica universal, exige redefinição do conceito de reincidência criminal, excluindo a hipótese formal irrelevante da reincidência ficta, incapaz de indicar a indefinível presunção de periculosidade, e definindo a situação concreta relevante da reincidência real como produto da ação criminógena da execução da pena (e do processo de criminalização) sobre o condenado, por falha do projeto técnico-corretivo da prisão. A questão é simples: se a

prevenção especial positiva de correção do condenado é ineficaz, e se a prevenção especial negativa de neutralização do condenado funciona, realmente, como prisionalização deformadora da personalidade do condenado, então a reincidência real não pode constituir circunstância agravante.

(...)

Além disso, a reincidência (ficta ou real) significa dupla punição do crime anterior: a primeira punição é a pena aplicada ao crime anterior; a segunda punição é o quantum de acréscimo obrigatório da pena do crime posterior, por força da reincidência.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso *Fermín Ramirez vs Guatemala*, já afirmou inclusive a **inconvencionalidade** de normas que se baseiam exclusivamente na periculosidade do agente para aplicação do Direito Penal, tratando-se de vedado *direito penal do autor*. Como Apontam CAIO PAIVA e THIMOTIE ARAGON HEEMANN (2017, pp. 249-251)

A Corte IDH enfrentou um tema muito poleico no julgamento do *Caso Fermín Ramirez*, que diz respeito ao “juízo de periculosidade” na legislação penal da Guatemala, mediante o qual se permitia ao juiz decidir pela aplicação ou não da pena de morte. Para a Corte Interamericana, a invocação da periculosidade constitui claramente “(...) *uma expressão do exercício ius puniendi estatal sobre a base das características pessoais do agente e não do fato cometido, isto é, substitui o Direito Penal do ato ou do Fato, próprio do sistema penal de uma sociedade democrática, pelo Direito Penal do autor, que abre a porta do autoritarismo precisamente numa matéria em que estão em jogo os bens jurídicos de maior hierarquia*” (Mérito, reparações e custas, § 94). Assim, concluiu a Corte que “(...) *a introdução no texto penal da periculosidade do agente como critério para a qualificação típica dos fatos para a aplicação de certas sanções é incompatível com o princípio da legalidade criminal e, por isso, contrário à Convenção*” (Mérito, reparações e custas, § 96.) (...)

É nesse aspecto que se propõe, em um primeiro momento, a desconsideração de elementos subjetivos na aplicação do princípio da insignificância ao crime de descaminho, substituindo-se a ideia de periculosidade do agente pela exclusiva análise da lesividade da conduta em um aspecto objetivo.

Todavia, prevalecendo a pacífica jurisprudência de nossos Tribunais Superiores, cabe ao menos o estabelecimento da ideia de uma **reiteração objetivamente relevante** em relação ao crime de descaminho, ou seja, a sucessão de condutas analisadas, quando somadas, deve alcançar, ao menos, o patamar de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) estabelecido no artigo 20 da Lei nº 10.522/02[9], com a redação dada pela Portaria MF nº 75/2012.

Se a finalidade última do princípio da insignificância é retirar do alcance da norma penal condutas que não afetem suficientemente o *bem jurídico protegido*, a tentativa de análise da periculosidade do agente, estabelecida sem nenhuma oportunidade de defesa, mostra-se arbitrária. A análise deve ser, portanto, objetiva, desapegada de outros elementos exteriores à conduta e ao objeto jurídico tutelado, como aponta GRECO (2017, p. 113)

Além da necessidade de existir um modelo abstrato que preveja com perfeição a conduta praticada pelo agente, é preciso que, para que ocorra essa adequação, isto é, para que a conduta do agente se amolde com perfeição ao tipo penal, seja levada em consideração a relevância do bem que está sendo objeto de proteção. Quando o legislador penal chamou a si a responsabilidade de tutelar determinados bens – por exemplo, a integridade corporal e o patrimônio -, não quis abarcar toda e qualquer lesão corporal sofrida pela vítima ou mesmo todo e qualquer tipo de patrimônio, não importando o seu valor.

Ora, eleito bem jurídico de cunho essencialmente financeiro, é a análise da lesão financeira (ilusão de impostos) que deve pautar o reconhecimento da insignificância, de forma que, ainda que reiterada, a lesão mostra-se ainda insignificante enquanto não alcançado o patamar de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) estabelecido no artigo 20 da Lei nº 10.522/02[10], com a redação dada pela Portaria MF nº 75/2012.

Assim, em conclusão, deveria o Ministério Público Federal - enquanto titular da ação penal pública no caso do crime de descaminho -, antes de oferecer eventual denúncia, apurar se a mencionada *reiteração delitiva* é de fato relevante e lesiva ao bem jurídico tutelado, quadro esse a ser analisado objetivamente, apurando-se se o somatório dos impostos iludidos, independentemente da quantidade de vezes em que a conduta se desdobrou, alcança o patamar jurisprudencialmente estabelecido para aferição da insignificância.

CONCLUSÃO

A toda evidência, no crime de descaminho, o foco primeiro do legislador foia proteção dos interesses econômicos do Estado, quer no recolhimento de tributos, quer na proteção da indústria e comércio nacional.

Não à toa, a jurisprudência dos nossos tribunais superiores - prestigiando os princípios da subsidiariedade e intervenção mínima - estabeleceu um patamar objetivo para aferição da lesividade da conduta, a saber, aquele estabelecido no artigo 20 da Lei nº 10.522/02^[11], com a redação dada pela Portaria MF nº 75/2012^[12], atualmente estabelecido em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

Em que pesem esses dados, nossos Tribunais Superiores pacificaram a reiteração delitiva como elemento suficiente para obstar o reconhecimento da insignificância da conduta, amparando-se em nítido direito penal do autor para aferir o grau de risco que o infrator oferece ao bem jurídico, e não apenas avaliando a sua conduta, inserindo, implicitamente, o elemento *periculosidade do agente* na avaliação da lesividade da conduta.

Reforça-se que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso *Fermín Ramirez vs Guatemala*, já afirmou a **inconvencionalidade** de normas que se baseiam exclusivamente na periculosidade do agente para aplicação do Direito Penal, tratando-se de vedado *direito penal do autor*.

Nesse aspecto, o presente trabalho se propôs, a título de reflexão, em um primeiro momento, abordar a desconsideração de elementos subjetivos na aplicação do princípio da insignificância ao crime de descaminho, substituindo-se a ideia de periculosidade do agente pela exclusiva análise da lesividade da conduta em um aspecto objetivo.

Mais do que isso, e considerando a pacífica jurisprudência de nossos Tribunais Superiores, propôs minimamente a avaliação, pelo titular da ação penal, de uma **reiteração objetivamente relevante** em relação ao crime de descaminho, ou seja, a sucessão de condutas analisadas, em conjunto, deve alcançar, ao menos, o patamar de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) estabelecido no artigo 20 da Lei nº 10.522/02^[13], com a redação dada pela Portaria MF nº 75/2012.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

PACELLI, Eugênio. Manual de direito penal: parte geral / Eugênio Pacelli, André Callegari. - 3. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Atlas, 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação criminal especial comentada: volume único. - 5. ed. rev., atual. e ampl. - Salvador: JusPODIVM, 2017.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl et al. Direito penal brasileiro, segundo volume: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. Rio de Janeiro: Revan, 2010. 2ª edição, outubro de 2010, 1ª reimpressão, julho de 2013.

PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro. - 14. ed. rev. atual. ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: parte geral. - 7. ed. rev. atual. ampl. - Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2017.

PAIVA, CAIO CEZAR; HEEMAN, Thimotie Aragon. Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos. 2. ed. - Belo Horizonte: Editora CEI, 2017.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte geral, volume 1 - 19. ed. - Niterói, RJ: Impetus, 2017.

Notas:

^[1] (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2011-2014/2014/Lei/L13008.htm#art1. Acessado em 06/03/2018)

^[2] (Balanço Aduaneiro 2015. Disponível em: <http://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/resultados/aduana/arquivos-e-imagens/balanco-aduaneiro-2015-anual.pdf>. Acessado em 06/03/2018)

^[3] (Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/enunciados>. Acessado em 07/03/2018)

^[4] (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/2002/L10522.htm. Acessado em 07/03/2018)

^[5] (Disponível em: <http://fazenda.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/legislacao/portarias-ministerial/2012/portaria75>. Acessado em 07/03/2018)

^[6] (Disponível em: [http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunicação/noticias/Not%C3%ADcias/Terceira-Seção-fixa-em-R\\$-20-mil-valor-máximo-para-aplicação-de-insignificância-em-crime-de-descaminho](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunicação/noticias/Not%C3%ADcias/Terceira-Seção-fixa-em-R$-20-mil-valor-máximo-para-aplicação-de-insignificância-em-crime-de-descaminho). Acessado em 07/03/2018)

^[7] (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/2002/L10522.htm. Acessado em 07/03/2018)

^[8] (Disponível em: <http://fazenda.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/legislacao/portarias-ministerial/2012/portaria75>. Acessado em 07/03/2018)

^[11] (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/2002/L10522.htm. Acessado em 07/03/2018)

^[12] (Disponível em: <http://fazenda.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/legislacao/portarias-ministerial/2012/portaria75>. Acessado em 07/03/2018)

O Rio de fevereiro: Intervenção federal cheia de enganos mil.

SERGIO RICARDO DO AMARAL GURGEL:
Faculdade de Direito Cândido Mendes. Pós-graduado em Direito Penal e Direito Processual Penal.

Coautor: Henrique Nelson Calandra^[1]

Não há lugar do planeta tão reverenciado pela beleza quanto a cidade do Rio de Janeiro. O litoral contornado por morros como o Pão-de-Açúcar, que dão vista para o infinito do Atlântico, fazem do carioca um povo feliz por natureza. Entretanto, qualquer pessoa que resida ou venha visitar a região não tardará em perceber os inúmeros contrastes da terra de São Sebastião. As contradições, que começaram desde o período pré-colonial, agora saltam aos olhos do mundo com o decreto de intervenção federal.

Na primeira metade do século XVI, o desinteresse da Coroa Portuguesa por suas conquistas ultramarinas permitiu a formação da França Antártica, que acabou sendo desmantelada pelos legítimos possuidores, em virtude das constantes investidas militares conhecidas como Expedição Guarda-costas. O incidente bélico já era uma prévia do que iria ocorrer nos séculos posteriores, em que pessoas unidas pelos mesmos laços culturais passariam a se enfrentar em luta de morte, assim como fizeram as nações indígenas associadas ao homem branco europeu, em uma guerra com objetivos completamente estranhos aos seus interesses. Desde então, o espaço físico que hoje compreende o município Rio de Janeiro jamais perdeu a sua posição de destaque na historiografia nacional. Por suas praias vieram os jesuítas carregando a cruz do Redentor, que hoje assiste a tudo do alto do Corcovado; dos seus campos partiram os bandeirantes para envergar a linha de Tordesilhas; e em seu terreno tomado de pedras ergueram-se os prédios que abrigaram a Monarquia; o primeiro Banco do Brasil; a Biblioteca Nacional; o Teatro Municipal; o Forte de Copacabana; e o Palácio do Catete, onde as decisões governamentais eram proferidas em última instância para as demais unidades da federação.

Em razão de o grande capital ter ficado concentrado no Rio de Janeiro, inevitavelmente, todo o resto a ele agregado não poderia deixar de se ambientar ao redor, sem qualquer possibilidade de triagem quanto aos respectivos efeitos de cunho sociológico. Assim, em paralelo ao grandioso parque industrial, implantado sem a mínima infraestrutura no setor de habitação e transporte, foram germinando as favelas. Os anos foram passando, e o inchaço populacional, agravado pela intensa imigração de todas as regiões do país, transformou rios, praias e lagoas em verdadeiros esgotos a céu aberto; nas proximidades dos grandes hotéis, proliferou-se a prostituição; e em virtude da ausência de políticas públicas para proporcionar o mínimo de oportunidade para a maioria da população, veio, sorrateiramente, a violência.

A omissão dolosa dos governantes em todas as esferas do poder transferia para as polícias a responsabilidade de promover a segurança pública. Obviamente, o máximo que poderia ser realizado a base de ferro e fogo era a tarefa de colocar o pobre - sempre visto como bandido em potencial - em seu devido lugar, em nome de uma suposta paz social. Há de convir que, em uma cidade onde a maior favela do mundo fica ao lado de um clube de golfe, e apenas uma rodovia de mão dupla a separa dos luxuosos condomínios com vista para o mar (onde até governadores e presidentes da república já fixaram residência), o papel da polícia, indubitavelmente, por muito tempo, foi desempenhado com maestria.

Ocorre que, nos dias atuais, os antigos métodos não produzem mais os efeitos esperados. A crise econômica, somada ao saque das riquezas do povo fluminense orquestrado pelas organizações criminosas extraídas das urnas, antecipou o inevitável. O caos tomou conta das ruas, e não há mais lugar onde a integridade física do cidadão não fique sob dano iminente, independente da hora e do dia. Quem anda com a janela do carro aberta, por exemplo, ou atende ao comando do sinal vermelho, se revela como um ingênuo forasteiro que acaba de chegar à cidade para uma estreia inesquecível; e aquele que se atreve a utilizar o celular enquanto caminha pelas ruas, se não foi o próprio autor da subtração do aparelho, talvez padeça de alguma anomalia que mereça ser avaliada em minucioso exame clínico.

Foi nesse clima que o povo carioca passou a clamar por socorro, de preferência advinda das Forças Armadas. A população do Rio de Janeiro, assim como a do resto do país, não tinha a menor ideia de como tal providência poderia ser tomada de modo a envolver os militares em um projeto emergencial de segurança pública. Com o baixíssimo grau de instrução e escolaridade, obviamente não era de se esperar que a multidão tivesse ciência a respeito dos dispositivos constitucionais relativos a um problema jurídico e social de alta complexidade. Por esse motivo, até hoje há quem denomine de “intervenção militar” o conjunto de medidas em andamento.

O certo é que o Presidente Temer atendeu ao chamamento perante a cúpula do governo estadual que, diante das câmeras, e sem qualquer constrangimento, admite o colapso, embora se esquive do debate sobre as relações de causa e efeito. Depois de dois anos de assassinatos de policiais militares na proporção de um a cada dois dias, quem poderia esperar um carnaval de ordem e paz? Talvez apenas o prefeito do Rio de Janeiro, que estava na Suécia, em suposta missão cultural, no intuito de importar dos nórdicos a tecnologia para lidar com a miséria, entre outros problemas tipicamente europeus, como ausência de área disponível para a construção de camelódromos, desfiles de escola de samba, febre amarela, desabamento de ciclovias etc. Ironias à parte, de fato deveríamos ao menos ter aprendido com o Primeiro Mundo como planejar e executar medidas extremas de restauração da ordem pública com seriedade e competência.

Como o instituto da intervenção federal ainda não tinha sido aplicado sob a égide da atual Constituição da República, o procedimento adotado pelo governo para responder às gravíssimas questões de segurança vem causando perplexidade. O primeiro passo foi dado pelo Presidente ao anunciar em rede nacional o conteúdo do seu decreto. Neste aspecto, o Brasil inovou na arte da guerra, pois antes de invadir a área de conflito, pediu, gentilmente, para que o inimigo o esperasse, pois havia uma burocracia a cumprir, “coisa e tal” (só faltava distribuir senha para os bandidos e pedir para que retornassem em nova data, como de costume na administração pública). Em seguida, foi dado início ao processo legislativo que o crime organizado teve a oportunidade de acompanhar

pela televisão, com direito a um resumo exibido pelo Fantástico. Como se não bastasse, foi preciso enviar um relatório para o Tribunal de Contas da União, outro para a Advocacia-Geral da União, outro para o Ministério Público, e outro para o Ministério dos Direitos Humanos, até que as tropas, finalmente, fizessem a inserção nas áreas de risco. Porém, como os ajustes ainda não tinham sido concluídos, os combatentes, para não fugir ao estilo, passaram alguns dias elaborando relatórios sem nada poder fazer. Fazer o quê?

Pelas estradas que ligam o Rio de Janeiro aos estados vizinhos, é bem provável que os delinquentes tenham transitado tranquilamente. Em um país, onde diariamente passam toneladas de drogas e armas pelas rodovias estaduais e federais, não é de se espantar que também atravessem pessoas, até porque, até agora não se sabe exatamente quem estão procurando. Diziam que um dos marginais atende pelo apelido “cabelo duro”. Isso ajuda? Talvez um pouco, mas a imprensa informou que esse indivíduo integrava o PCC, facção criminosa que opera em São Paulo. Tudo é tão confuso que os soldados receberam a ordem para tirar fotos dos moradores exibindo a respectiva carteira de identidade, ou seja, uma “inovação” de improviso no tocante à legislação referente à identificação criminal. Depois de anos lutando para a regulamentação da matéria instituída pela Lei 12.037/2013, visando garantir que os métodos de identificação não fossem utilizados inutilmente, sem fundado receio, ou que servissem de cruel instrumento para humilhar o cidadão, voltamos à estaca zero. Porém, quem sabe um desses perigosos traficantes, andando com o um saco de pão francês na mão, e portando uma carteira de identidade autêntica, não tire uma *self* com um soldado?

Em meio ao esfacelamento do Direito Processual Penal, que começou a agonizar com a deflagração da Lava Jato, voltou-se a questionar sobre a possibilidade de se expedir mandado de busca domiciliar coletivo ou itinerante. Há anos o assunto vem sendo debatido pela doutrina e jurisprudência, e a conclusão sempre foi muito simples: não se encontra previsto em lei, e não poderia ser diferente. A casa é asilo inviolável, e as hipóteses excepcionais que autorizam à entrada a força estão elencadas na Lei Maior. Por sua vez, o Código de Processo Penal estabelece o procedimento para a consecução do ato, quando exercido

pelo agente público, exigindo, entre outras medidas, que seja indicada, “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; mencionar o motivo e os fins da diligência.” (art. 242, I, II, do CPP). Em que pese muitas casas serem de difícil acesso, ou por terem comunicação entre elas, ou pelos tradicionais “puxadinhos” que fazem com que se perca de vista o limite de uma e outra, devemos lembrar que tais construções foram edificadas sob aplausos do poder público, que nada fez para impedir as inúmeras irregularidades, e que colocam a comunidade em risco constante. Se na tomada do Complexo do Alemão pelos agentes de segurança, em conjunto com as Forças Armadas, a legislação pátria foi respeitada, por que não haveria de ser agora?

Claro que o tamanho da polêmica tinha de ser proporcional à magnitude da operação. Antes mesmo de ser iniciada, houve quem sustentasse a legalidade em atirar em qualquer um que estivesse ostentando um fuzil. Embora a proposta possa parecer razoável, principalmente para quem é obrigado a conviver com esta triste realidade, nenhuma adequação guarda com o ordenamento jurídico em vigor. Considerando que o Brasil não se encontra em estado de guerra declarada (ainda), os agentes públicos só podem atirar, inclusive para matar, na salvaguarda de direito próprio ou alheio, apenas nos casos de legítima defesa, conforme o disposto nos artigos 25 do Código Penal e 44 do Código Penal Militar. A conduta de portar arma de fogo de uso proibido está prevista no art. 16 da Lei 10.826/2013 (Estatuto do Desarmamento), cuja sanção, imposta por um magistrado, pode chegar a seis anos de reclusão, e jamais à pena capital, muito menos aplicada por um soldado ou policial. Deveria ser diferente? Muitos vão concordar. Então que seja convocada nova Assembleia Constituinte!

Claro que o Governo Federal não espera resolver o problema da violência no Rio de Janeiro por intermédio da força bruta. Nem mesmo o mais ignorante cidadão chegaria a crer no engodo da onipotência estatal, mesmo porque não precisa ser um gênio para entender que a selvageria brota na estufa da desordem e da miséria material e intelectual. A intervenção decretada em fevereiro apenas se mostrou necessária, não só pelos episódios de barbárie difundidas no mundo inteiro, como também

pelo fato de as próprias autoridades locais admitirem a incompetência para resolvê-los. Entretanto, diante dos métodos que estão sendo utilizados, o que se espera agora é que ao menos as Forças Armadas, que heroicamente conseguiram manter a imagem imaculada, gozando de grande prestígio perante a sociedade, não venham se contaminar com as mazelas políticas que nos levaram ao presente estado de degeneração total.

Nota:

FEDERALISMO BRASILEIRO

BARBARA MOTA PESTANA: Graduada em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (2014). Pós-graduada em Direito Constitucional pelo Instituto Elpídio Donizetti (2017)

Resumo: Este trabalho busca analisar o conceito de federalismo, bem como seu surgimento e desdobramentos. Atribui-se destaque ao federalismo brasileiro, desde o seu aparecimento na Constituição Federal de 1934 até os dias atuais, analisando sua relevância e influência na repartição de competência entre os entes federados.

Palavras-Chave: Federalismo. Federalismo Cooperativo. Constituição Federal de 1988. Estado Democrático. Competências Federativas

Introdução

O conceito de federalismo cooperativo, modelo que foi adotado pela Constituição brasileira, perdeu o seu encanto em vários outros países, uma vez que, existe uma tendência de se levar o entrelaçamento das políticas nos diversos entes governamentais a um patamar de exagero. Tal entrelaçamento é uma forte característica do federalismo de cooperação.

Entretanto, é preciso perceber que as experiências vivenciadas em outros países partiram de situações políticas, histórias e socioeconômicas diferentes da brasileira. Assim, isso desvincula, parcialmente, a aplicabilidade do federalismo cooperativo no Brasil dos demais países nos quais foi inserido, ainda que as preocupações referentes a esse tema sejam universais.

No Brasil, o federalismo é de fundamental importância para uma democracia que respeite as diversidades encontradas nas diferentes localidades do país; devendo as prestações estatais se adequarem às suas necessidades, a fim de garantir, de forma autônoma, a igualdade e a diversidade social. A cooperação entre os entes federados deve acontecer com a devida soberania da União e autonomia dos estados e municípios.

Federalismo

O Federalismo relaciona-se a união de vários Estados em um único, observa-se, que cada estado possui autonomia, entretanto, está submetido a uma Constituição, a qual estabelece as competências estaduais, como se observa no art. 25, parágrafo primeiro da CF/88.

O Estado Federal apresenta uma divisão espacial do Poder. Logo, dentro do mesmo território há mais de uma entidade governamental. Decorrendo, assim, a ideia de que a descentralização não é meramente administrativa, mas também política. Na Federação, descentraliza-se o exercício espacial do poder e os regionalismos se pacificam, na medida em que suas peculiaridades locais são preservadas pela repartição constitucional de competências^[1]

Assim, só o Estado Federal, órgão central que representa a União dos estados autônomos sob a égide da Constituição Federal, é soberano; possuindo poder de autodeterminação plena, não se submetendo a nenhum poder, seja ele interno ou externo.

Com relação aos entes federados, estes possuem autonomia político-administrativa. O Estado Federal propicia que eles tenham poderes para se autodeterminar dentro de suas esferas de competências, exercendo funções legislativas, executivas e judiciárias. Nesse sentido, destaca-se que, segundo afirma Montesquieu, o federalismo é uma sociedade das sociedades, pressupondo uma convenção por onde corpos políticos por vontades expressas consentem em se tornar cidadãos de um Estado Maior. ^[2]

Tal união origina um novo Estado e, assim, aqueles que ingressaram na federação perdem a condição de estados propriamente dito. O Estado Federal tem como base jurídica uma Constituição e não um tratado, ou seja, os tratados internacionais não possuem a força necessária para manter unida uma federação. Observa-se, que na federação não existe o de direito separação. Respalhando tal entendimento, a Constituição Federal de 1988 estabelece em seu art. 34, I que a tentativa de retirada de

estado da Federação poderá levar a decretação da intervenção federal no estado rebelante.

Ademais, a própria ideia de federação ocupa posição fundamental na construção do Estado brasileiro. Tanto é, que a Constituição Federal tratou como cláusula pétrea a forma federativa de estado, sendo o princípio federativo considerado princípio estruturante da ordem jurídico institucional do Estado Brasileiro, conforme se extrai do preâmbulo e do artigo 1º da CF/88.

No federalismo, existe uma distribuição do poder político. Apesar de só o Estado Federal ser soberano, seus membros possuem autonomia política administrativa, não havendo hierarquia entre o governo central e as unidades federativas regionais. Assim, todos estão submetidos à Constituição Federal, que indica quais atividades são da competência de cada um. Ressalta-se, que tais competências não podem ser abolidas ou alteradas de modo unilateral, seja pelo governo central ou pelos governos regionais.

Há uma independência financeira para que o ente possa exercer suas atividades de maneira livre e autônoma. O poder político é compartilhado pela União e pelas unidades federadas.

A Constituição garante os instrumentos específicos e necessários para possibilitar que os poderes regionais influenciem as decisões que afetam a Federação. Com exemplo disso, no Brasil, pode-se destacar a existência do Senado, que representa os estados. Assim, através de tal órgão, os estados conseguem participar das decisões relevantes para a Federação.

Origem do Federalismo

O federalismo teve origem na Revolução Americana. Assim, no século XVIII, com o pacto das treze colônias inglesas, que se declararam independentes em face da coroa britânica, ocorreu a constituição dos Estados Unidos da América.

Nesse sentido, em 1776, com a Declaração de Independência, as treze colônias se constituíram em Estados soberanos, que se uniram, inicialmente, em uma Confederação. Todavia, a forma confederativa não foi capaz de solucionar os problemas norte-americanos, tais como: as legislações conflitantes, o enfraquecimento do ideal nacionalista, bem como as rivalidades existentes no território. Assim, a fim de minimizar tal quadro de instabilidade, a Confederação foi substituída pela Federação. Observa-se, que com a Federação, os estados passaram a vincular-se de maneira mais estável e rígida, levando a manutenção da unidade, contendo, dessa forma, os movimentos que pretendiam a separação.

O federalismo, como forma de organização de Estado, apareceu, de fato, com a aprovação da primeira Constituição dos Estados Unidos da América em 1787. Pode-se perceber, que o federalismo norte-americano é fruto de um fenômeno de integração, no qual os Estados soberanos confederados desapareceram, dando lugar a entes políticos autônomos que, juntos, formaram o Estado Federal.

Segundo José Afonso da Silva, o grau de descentralização do poder é fixado na Constituição de cada Estado. O federalismo pode ser centrípeto, se a concepção constituinte levar ao fortalecimento do poder central; pode ser federalismo centrífugo, se a Constituição fixar-se na preservação do poder estadual e municipal; e pode federalismo de cooperação, se o constituinte optar pelo equilíbrio de forças entre o poder central e local.^[3]

Federalismo no Brasil

No Brasil, o processo de formação do sistema federalista se deu de maneira diferente do norte-americano. O sistema brasileiro foi uma resposta do Governo Central aos anseios das classes dominantes regionais brasileiras, que encontravam na centralização da monarquia um entrave ao desenvolvimento de suas atividades.

O federalismo brasileiro partiu de um Estado unitário com grande centralização para um modelo descentralizado de poder. No Brasil, ocorreu o repasse de enorme autonomia aos Estados-Membros, que passaram a

exercer autogoverno em detrimento da interdependência entre os mesmos. Assim, ocorreu forte assimetria entre os estados federados, existindo estados, como São Paulo, por exemplo, que possuía poderes e riquezas muito superior às demais unidades federativas. Nesse sentido, o nosso federalismo, em sua fase inicial, mostrou-se assimétrico, marcado por fartas diferenças hierárquicas entre os entes.

Para Afonso Arinos de Mello Franco, o centralismo era a principal característica de perfil estatal brasileiro.^[4] Uma vez que, o Brasil passou grande parte de sua história como estado unitário. O marco institucional do Federalismo se deu com a [Constituição Brasileira de 1891](#). Sendo, apenas da Constituição de 1934 que o federalismo cooperativo foi implementado.

Federalismo Cooperativo no Brasil

Com relação a repartição de competências ocorridas entre os entes federados, como instrumento para redução das assimetrias ocorridas em razão das distorções do federalismo assimétrico brasileiro, surge o federalismo cooperativo.

No federalismo cooperativo, as atribuições são exercidas de modo comum ou concorrente, estabelecendo-se uma verdadeira aproximação entre os entes federativos, que deverão atuar em conjunto. Assim, o modelo brasileiro pode ser classificado como federalismo cooperativo.

O federalismo cooperativo apareceu no Brasil na década de 30, sendo fruto de acordos intergovernamentais para aplicação de programas, financiamentos, auxílios conjuntos, visando a livre cooperação entre os entes da Federação.

Com a promulgação da Constituição de 1934, o federalismo cooperativo surgiu no Brasil, mantendo-se na vigência da [Constituição de 1946](#).

No regime militar, entretanto, com a outorga da [Constituição de 1967](#), ocorreu uma centralização do poder, o que suprimiu de forma definitiva a autodeterminação dos Estados Federados. Nesse contexto, ocorreu a substituição do federalismo cooperativo pelo federalismo nominal, no qual

a competência da União foi consideravelmente ampliada, de forma que pouco restou para os Estados federados.

Assim, a mais limitadora forma de federação ocorreu nos anos do regime militar, a União baseava-se em forma de controle excessivo, concedendo pouca autonomia aos entes federados. Formalmente, a Constituição previa a forma federativa com autonomia governamental, entretanto, o que realmente existia era uma centralização política, quase Estado Unitário Federal.

Com o fim da ditadura e os esforços para uma abertura política, surgiu a Constituição de 1988, constituição esta que trouxe um Estado Democrático, abolindo o centralismo exagerado que marcou o regime militar. Tal constituição visa reduzir as desigualdades regionais e a consolidar uma sociedade solidária, possibilitando maior competência legislativa e administrativa aos estados, ou seja, uma maior autonomia. Assim, o Brasil possui um modelo cooperativo, um modelo de cooperação solidária entre União, estados, DF e municípios, formando a República Federativa.

Com relação a repartição de competências entre os entes federados, tem-se que o modelo de repartição das competências legislativas em que parte da matéria é atribuída à União (emitir normas gerais), cabendo aos estados a sua suplementação foi um modelo criado pelo sistema constitucional alemão e adotado, com algumas adaptações, pela Constituição brasileira de 1988.

No Brasil, a competência geral para emitir normas gerais pode ter sua base tanto na competência concorrente quanto na privativa. Assim, à União cabe o direito de legislar sobre as normas gerais e aos Estados cabe a competência legislativa.

Porém, conforme exposto acima, existe uma tendência de o poder central usurpar a produção normativa de assuntos reservados ao Estado, fato este que foi percebido durante as experiências ditatoriais.

Apesar disso, atualmente, tem-se percebido que nos países que adotaram o federalismo, muitos assuntos que antes eram considerados locais ou regionais ganharam expressão nacional. Assim, a legislação federal deve ser materialmente mais densa, apesar da competência da União ficar restrita a editar normas gerais.

Observa-se, que a jurisprudência do STF, tem provocado a inibição dos Estados e Municípios para legislar, uma vez que, nas últimas décadas, o STF considerou muitos assuntos sensíveis aos interesses regionais e locais, como competência da União; retirando, assim, dos Estados e Municípios a autonomia.

No Brasil, a adoção do federalismo cooperativo em um Estado Social Intervencionista e voltado para a implantação de políticas públicas é válida, pois os assuntos ligados à atuação estatal serão tratados de maneira uniforme em nível nacional. A Carta de 1988 estabeleceu um compromisso de cooperação entre as esferas governamentais, baseado no princípio da lealdade federal.

Com relação ao federalismo de execução (modelo alemão), observa-se que a sua implantação no Brasil não traria prejuízos para as estruturas estatais, onde haveria uma maior focalização dos aspectos executivos do Poder Público o que traria até um grande desenvolvimento. O federalismo de execução é um fenômeno essencialmente germânico, no qual a grande maioria das leis federais é colocada nas mãos dos Estados. Porém, este sistema não se aplicaria a realidade brasileira, ainda que o Brasil deva focar-se em um federalismo mais ligado a execução das leis, sejam elas federais, estaduais ou municipais.

O que ocorre no Brasil é que os dispositivos legais não são corretamente aplicados, havendo uma falta de articulação dos governos e falta de planejamento em conjunto. Assim, o federalismo brasileiro não é totalmente pleno, uma vez que não desenvolveu uma verdadeira integração dos governos. Além disso, o sistema político-jurídico ainda não concretizou, de fato, a Constituição cooperativa. Dessa forma, o federalismo de competência concorrente ou cooperativo permite a comunicação entre os níveis federal e estadual, pois, no campo legislativo,

a União edita as normas gerais e os Estados as ambientam, em larga margem, às suas peculiaridades locais.

É importante perceber, que o verdadeiro problema do federalismo brasileiro não está na pouca nitidez dos limites das normas gerais promulgadas pela União, mas na falta de aplicação dos dispositivos legais de todas as esferas governamentais. O federalismo de execução para o Brasil não constitui uma ameaça e sim um fim a ser alcançado, onde haveria uma cooperação e colaboração administrativa entre União, Estados e Municípios, Porém, isso só será possível quando o Brasil passar a aplicar melhor os dispositivos governamentais existentes.

Referências

DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, Ed. Malheiros, São Paulo, 2006.

FRANCO, Afonso Arinos de Mello Franco, 1954 apud BARACHO. **Teoria Geral do Federalismo**, op. cit.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 18. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

MONTESQUIEU, Charles de Scontad. **O espírito das leis**. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Editora Martin Claret, 2010.

Notas:

[1] TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 3Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 61

[2] MONTESQUIEU, Charles de Scontad. **O espírito das leis. Tradução de Roberto Leal Ferreira**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2010. p.142

[3] **DA SILVA**, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, Ed. Malheiros, São Paulo, 2006, p. 99/102.

[4] FRANCO, Afonso Arinos de Mello Franco, 1954 apud BARACHO. **Teoria Geral do Federalismo**, op. cit., p. 187

O CRIME DE DESACATO E SUA INCONVENCIONALIDADE - BREVE ANÁLISE ACERCA DO ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOBRE O TEMA

DIEGO GUIMARÃES CAMARGO: Técnico-administrativo do Ministério Público do Estado da Bahia. Graduado pela Universidade Católica do Salvador - UCSal.

RESUMO: A Comissão Interamericana de Direitos Humanos – CIDH tem entendimento pacífico de que leis internas dos países signatários da Convenção Americana de Direitos Humanos que prevejam o delito de desacato, são invencionais. Não obstante, o Superior Tribunal de Justiça atualmente não adotada esse entendimento. O tema ainda será pacificado no âmbito do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF 496, proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil.

Palavras-Chave: Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH); Inconvencionalidade; desacato

SUMÁRIO: RESUMO; 01) INTRODUÇÃO; 02) DESENVOLVIMENTO; 2.1) O delito de desacato; 2.2) A inconvencionalidade do delito de desacato; 2.3) O posicionamento do Superior Tribunal de Justiça; 3) CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1) Introdução

Muito se discute, hodiernamente, acerca da convencionalidade, ou não, do delito de desacato. Nesse sentido, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos – CIDH, tem entendimento no sentido de que as leis que preveem crimes de desacato malferem a Convenção Americana de Direitos Humanos – CADH.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, tem se mostrado vacilante em relação ao tema.

Esse artigo irá analisar as diferentes orientações no âmbito do STJ, e a ADPF 496 ajuizada no Supremo Tribunal Federal – STF, acerca do mesmo tema..

2) Desenvolvimento

2.1) O delito de desacato

O Código Penal, no art. 331, prevê o seguinte:

Desacato

Art. 331 - Desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa.

A doutrina salienta que, além do funcionamento da Administração Pública, o bem jurídico tutelado pela norma é o prestígio da função desempenhada pelo agente.

No que se refere ao tipo objetivo (desacatar), este transparece a ideia de ofender, ultrajar, enfim, humilhar o funcionário público.

2.2) A inconveniência do delito de desacato

Conquanto ainda em vigor, fortes vozes na doutrina defendem que o delito em epígrafe é inconveniente, ou seja, contrário ao “quantum” preconizado na Convenção Americana de Direitos Humanos, isso porque ele violaria o direito à liberdade de expressão, gerando o chamado “chilling effect”, ou efeito inibidor, que é aquele que ocorre quando as pessoas se sentem inibidas de expor sua opinião acerca de determinado fato (é violado o direito de se expressar livremente, portanto, por medo de haver sanção legal pelo que é dito).

Acerca da proteção à liberdade de expressão, veja-se a disposição da Convenção Americana:

Artigo 13. Liberdade de pensamento e de expressão

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.

2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar:

a. o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou

b. a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões.

4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.

5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.

A Comissão Americana de Direitos Humanos (CIDH), desde 1995 é contrária à chamada criminalização do desacato (CIDH, Relatório sobre a compatibilidade entre as leis de desacato e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, OEA/Ser. L/V/II.88, doc. 9 rev., 17 de fevereiro de 1995, 197-212), justamente por entender que há ofensa direta ao supracitado artigo 13 da Convenção.

No ano de 2000 a CIDH aprovou uma declaração, de modo a explicitar ainda mais o seu entendimento contrário à existência do crime multicitado. Assim:

11. Os funcionários públicos estão sujeitos a um maior controle por parte da sociedade. As leis que punem a manifestação ofensiva dirigida a funcionários públicos, geralmente conhecidas como 'leis de desacato', atentam contra a liberdade de expressão e o direito à informação." (Declaração de Princípios sobre a Liberdade de Expressão da CIDH).

É importante salientar que a ausência do delito de desacato não significa a ausência de proteção à honra objetiva ou subjetiva do servidor público, caso ele seja ofendido, haja vista que existem os delitos de difamação e injúria (previstos nos art. 139 e 140 do Código Penal, respectivamente), crimes esses que protegem os servidores, sem que seja dado um tratamento especial a estes – que são cidadãos como outros quaisquer.

Portanto, sob o ponto de vista do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, o delito de desacato é inconveniente (contraria expressamente a Convenção Americana de Direitos Humanos).

2.2) O posicionamento do Superior Tribunal de Justiça

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), inicialmente, em 15/12/2016, através da sua quinta turma, entendeu o seguinte (reduzi a ementa, retirando informações que fogem ao propósito deste trabalho)^[1]:

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. ROUBO, DESACATO E RESISTÊNCIA. APELAÇÃO CRIMINAL. EFEITO DEVOLUTIVO AMPLO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. ROUBO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE ROUBO PARA O DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. TEMA NÃO PREQUESTIONADO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. DESACATO. INCOMPATIBILIDADE DO TIPO PENAL COM A CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. (...) 4. O art. 2º, c/c o art. 29, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) prevê a adoção, pelos Estados Partes, de "medidas legislativas ou de outra natureza" visando à solução de antinomias normativas que possam suprimir ou limitar o efetivo exercício de direitos e liberdades fundamentais. 5. Na sessão de 4/2/2009, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar, pelo rito do art. 543-C do CPC/1973, o Recurso Especial 914.253/SP, de relatoria do Ministro LUIZ FUX, adotou o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 466.343/SP, no sentido de que os tratados de direitos humanos, ratificados pelo país, têm força supralegal, "o que significa dizer que toda lei antagônica às normas emanadas de tratados internacionais sobre direitos humanos é destituída de validade." 6. Decidiu-se, no precedente repetitivo,

que, "no plano material, as regras provindas da Convenção Americana de Direitos Humanos, em relação às normas internas, são ampliativas do exercício do direito fundamental à liberdade, razão pela qual paralisam a eficácia normativa da regra interna em sentido contrário, haja vista que não se trata aqui de revogação, mas de invalidade." 7. A adequação das normas legais aos tratados e convenções internacionais adotados pelo Direito Pátrio configura controle de constitucionalidade, o qual, no caso concreto, por não se cuidar de convenção votada sob regime de emenda constitucional, não invade a seara do controle de constitucionalidade e pode ser feito de forma difusa, até mesmo em sede de recurso especial. 8. Nesse particular, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, quando do julgamento do caso *Almonacid Arellano y otros v. Chile*, passou a exigir que o Poder Judiciário de cada Estado Parte do Pacto de São José da Costa Rica exerça o controle de convencionalidade das normas jurídicas internas que aplica aos casos concretos. 9. Por conseguinte, a ausência de lei veiculadora de abolitio criminis não inibe a atuação do Poder Judiciário na verificação da inconformidade do art. 331 do Código Penal, que prevê a figura típica do desacato, com o art. 13 do Pacto de São José da Costa Rica, que estipula mecanismos de proteção à liberdade de pensamento e de expressão. 10. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos - CIDH já se manifestou no sentido de que as leis de desacato se prestam ao abuso, como meio para silenciar ideias e opiniões consideradas incômodas pelo establishment, bem assim proporcionam maior nível de proteção aos agentes do Estado do que aos particulares, em contravenção aos princípios democrático e igualitário.

11. A adesão ao Pacto de São José significa a transposição, para a ordem jurídica interna, de critérios recíprocos de interpretação, sob pena de negação da universalidade dos valores insertos nos direitos fundamentais internacionalmente reconhecidos. Assim, o método hermenêutico mais adequado à concretização da liberdade de expressão reside no postulado pro homine, composto de dois princípios de proteção de direitos: a dignidade da pessoa humana e a prevalência dos direitos humanos. 12. A criminalização do desacato está na contramão do humanismo, porque ressalta a preponderância do Estado - personificado em seus agentes - sobre o indivíduo. 13. **A existência de tal normativo em nosso ordenamento jurídico é anacrônica, pois traduz desigualdade entre funcionários e particulares, o que é inaceitável no Estado Democrático de Direito.** 14. **Punir o uso de linguagem e atitudes ofensivas contra agentes estatais é medida capaz de fazer com que as pessoas se abstenham de usufruir do direito à liberdade de expressão, por temor de sanções penais, sendo esta uma das razões pelas quais a CIDH estabeleceu a recomendação de que os países aderentes ao Pacto de São Paulo abolissem suas respectivas leis de desacato.** 15. **O afastamento da tipificação criminal do desacato não impede a responsabilidade ulterior, civil ou até mesmo de outra figura típica penal (calúnia, injúria, difamação etc.), pela ocorrência de abuso na expressão verbal ou gestual utilizada perante o funcionário público.** 16. Recurso especial conhecido em parte, e nessa extensão, parcialmente provido para afastar a condenação do recorrente pelo crime de desacato (art. 331 do CP). (grifos nossos)

Não obstante, algum tempo depois, o mesmo tribunal, desta vez através de sua terceira seção, decidiu o seguinte^[2]:

HABEAS CORPUS. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. VIOLAÇÃO DO ART. 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO E DOS ARTS. 330 E 331 DO CÓDIGO PENAL. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. MANUTENÇÃO DA TIPIFICAÇÃO DO CRIME DE DESACATO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. DIREITOS HUMANOS. PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA (PSJCR). DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO QUE NÃO SE REVELA ABSOLUTO. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. INEXISTÊNCIA DE DECISÃO PROFERIDA PELA CORTE (IDH). ATOS EXPEDIDOS PELA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). AUSÊNCIA DE FORÇA VINCULANTE. TESTE TRIPARTITE. VETORES DE HERMENÊUTICA DOS DIREITOS TUTELADOS NA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. POSSIBILIDADE DE RESTRIÇÃO. PREENCHIMENTO DAS CONDIÇÕES ANTEVISTAS NO ART. 13.2. DO PSJCR. SOBERANIA DO ESTADO. TEORIA DA MARGEM DE APRECIÇÃO NACIONAL (MARGIN OF APPRECIATION) . INCOLUMIDADE DO CRIME DE DESACATO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO, NOS TERMOS EM QUE ENTALHADO NO ART. 331 DO CÓDIGO PENAL. INAPLICABILIDADE, IN CASU, DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO TÃO LOGO QUANDO DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. WRIT NÃO CONHECIDO. 1. O Brasil é signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), denominada Pacto de São José da Costa Rica, sendo promulgada por intermédio do Decreto n. 678/1992, passando, desde então, a figurar com observância obrigatória e integral do

Estado. 2. Quanto à natureza jurídica das regras decorrentes de tratados de direitos humanos, firmou-se o entendimento de que, ao serem incorporadas antes da Emenda Constitucional n. 45/2004, portanto, sem a observância do rito estabelecido pelo art. 5º, § 3º, da CRFB, exprimem status de norma supralegal, o que, a rigor, produz efeito paralisante sobre as demais normas que compõem o ordenamento jurídico, à exceção da Magna Carta. Precedentes. 3. De acordo com o art. 41 do Pacto de São José da Costa Rica, as funções da Comissão Interamericana de Direitos Humanos não ostentam caráter decisório, mas tão somente instrutório ou cooperativo. Desta feita, depreende-se que a CIDH não possui função jurisdicional. 4. A Corte Internacional de Direitos Humanos (IDH), por sua vez, é uma instituição judiciária autônoma cujo objetivo é a aplicação e a interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, possuindo atribuição jurisdicional e consultiva, de acordo com o art. 2º do seu respectivo Estatuto. 5. As deliberações internacionais de direitos humanos decorrentes dos processos de responsabilidade internacional do Estado podem resultar em: recomendação; decisões quase judiciais e decisão judicial. A primeira revela-se ausente de qualquer caráter vinculante, ostentando mero caráter "moral", podendo resultar dos mais diversos órgãos internacionais. Os demais institutos, porém, situam-se no âmbito do controle, propriamente dito, da observância dos direitos humanos. 6. Com efeito, as recomendações expedidas pela CIDH não possuem força vinculante, mas tão somente "poder de embaraço" ou "mobilização da vergonha". 7. Embora a Comissão Interamericana de Direitos Humanos já tenha se pronunciado sobre o tema "leis de desacato", não há precedente da Corte relacionada ao crime de

desacato atrelado ao Brasil. 8. Ademais, a Corte Interamericana de Direitos Humanos se posicionou acerca da liberdade de expressão, rechaçando tratar-se de direito absoluto, como demonstrado no Marco Jurídico Interamericano sobre o Direito à Liberdade de Expressão. 9. Teste tripartite. Exige-se o preenchimento cumulativo de específicas condições emanadas do art. 13.2. da CADH, para que se admita eventual restrição do direito à liberdade de expressão. Em se tratando de limitação oriunda da norma penal, soma-se a este rol a estrita observância do princípio da legalidade. 10. Os vetores de hermenêutica dos Direitos tutelados na CADH encontram assento no art. 29 do Pacto de São José da Costa Rica, ao passo que o alcance das restrições se situa no dispositivo subsequente. Sob o prisma de ambos instrumentos de interpretação, não se vislumbra qualquer transgressão do Direito à Liberdade de Expressão pelo teor do art. 331 do Código Penal. 11. Norma que incorpora o preenchimento de todos os requisitos exigidos para que se admita a restrição ao direito de liberdade de expressão, tendo em vista que, além ser objeto de previsão legal com acepção precisa e clara, revela-se essencial, proporcional e idônea a resguardar a moral pública e, por conseguinte, a própria ordem pública. 12. A CIDH e a Corte Interamericana têm perfilhado o entendimento de que o exercício dos direitos humanos deve ser feito em respeito aos demais direitos, de modo que, no processo de harmonização, o Estado desempenha um papel crucial mediante o estabelecimento das responsabilidades ulteriores necessárias para alcançar tal equilíbrio exercendo o juízo de entre a liberdade de expressão manifestada e o direito eventualmente em conflito. 13. Controle de convencionalidade, que, na espécie, revela-se difuso,

tendo por finalidade, de acordo com a doutrina, "compatibilizar verticalmente as normas domésticas (as espécies de leis, lato sensu, vigentes no país) com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado e em vigor no território nacional." 14. Para que a produção normativa doméstica possa ter validade e, por conseguinte, eficácia, exige-se uma dupla compatibilidade vertical material. 15. Ainda que existisse decisão da Corte (IDH) sobre a preservação dos direitos humanos, essa circunstância, por si só, não seria suficiente a elidir a deliberação do Brasil acerca da aplicação de eventual julgado no seu âmbito doméstico, tudo isso por força da soberania que é inerente ao Estado. Aplicação da Teoria da Margem de Apreciação Nacional (margin of appreciation). 16. O desacato é especial forma de injúria, caracterizado como uma ofensa à honra e ao prestígio dos órgãos que integram a Administração Pública. Apontamentos da doutrina alienígena. 17. O processo de circunspeção evolutiva da norma penal teve por fim seu efetivo e concreto ajuste à proteção da condição de funcionário público e, por via reflexa, em seu maior espectro, a honra lato sensu da Administração Pública. 18. Preenchimento das condições antevistas no art. 13.2. do Pacto de São José da Costa Rica, de modo a acolher, de forma patente e em sua plenitude, a incolumidade do crime de desacato pelo ordenamento jurídico pátrio, nos termos em que entalhado no art. 331 do Código Penal. 19. Voltando-se às nuances que deram ensejo à impetração, deve ser mantido o acórdão vergastado em sua integralidade, visto que inaplicável o princípio da consunção tão logo quando do recebimento da denúncia, considerando que os delitos apontados foram, primo ictu oculi, violadores

de tipos penais distintos e originários de condutas autônomas. 20. Habeas Corpus não conhecido.

Como sói perceber, a decisão da terceira seção do STJ é diametralmente oposta àquela exarada pela 5ª turma. Portanto, ao menos até o presente momento, prevalece, no âmbito do STJ, que o delito de desacato continua a existir no ordenamento jurídico brasileiro

3) Conclusão

Conquanto o entendimento pacífico da CIDH seja no sentido da inconveniência do crime de desacato, o STJ, ao alegar, principalmente, a teoria da margem da apreciação nacional (como se pode extrair do último julgado citado) entende, até o presente momento, que o artigo 331 continua em vigor.

Importante salientar que o Supremo Tribunal Federal (STF) não se manifestou ainda sobre o tema, mas irá fazê-lo em breve. Nesse sentido, tramita, no âmbito do STF, ADPF 496, com o objetivo de extirpar do ordenamento jurídico brasileiro o delito de desacato. Por sinal, a Defensoria Pública da União irá ingressar, como “amicus curiae”, na ADPF 496, proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), no intuito de resolver a dissidência no âmbito dos tribunais, para que seja declarado inconveniente o delito em epígrafe.^[3]

Espera-se, assim, que o STF julgue procedente a ADPF 496, para que o delito de desacato deixe de existir em nosso ordenamento jurídico.

Referências bibliográficas

Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL Nº 1.640.084 - SP (2016/0032106-0). Relator: Ministro Ribeiro Dantas. JusBrasil, 2016. DJ: 01/02/2017 <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/424970279/recurso-especial-resp-1640084-sp-2016-0032106-0>> . Acesso em: 28 de fevereiro de 2018.

Superior Tribunal de Justiça. HABEAS CORPUS Nº 379.269 - MS (2016/0303542-3). Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. STJ,

2017. DJ: 30/06/2017.
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/componente=ATC&sequencial=73399234&num_registro=201603035423&data=20170630&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em 28 de fevereiro de 2018.

Defensoria Pública da União, 2018. <<http://www.dpu.def.br/noticias-defensoria-publica-da-uniao/233-slideshow/41377-dpu-apoia-acao-que-pede-o-fim-do-crime-de-desacato>> Acesso em: 28/02/2018.

Notas:

[1] Disponível em:
<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/424970279/recurso-especial-resp-1640084-sp-2016-0032106-0>. Acesso em 28/02/2018.

[2] Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=73399234&num_registro=201603035423&data=20170630&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 28/02/2018.

[3] <http://www.dpu.def.br/noticias-defensoria-publica-da-uniao/233-slideshow/41377-dpu-apoia-acao-que-pede-o-fim-do-crime-de-desacato>

CONDUÇÃO COERCITIVA

BENIGNO NÚÑEZ NOVO:
Advogado, doutor em direito internacional pela Universidad Autónoma de Asunción.

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo a discussão da condução coercitiva. A prévia notificação daquele que deva comparecer é requisito indispensável previsto pelo Código de Processo Penal em todos os dispositivos que regulam o instituto. Garante-se, assim, que a pessoa que deva cooperar com a elucidação dos fatos não será surpreendida, resguardando-a de ofensa à sua imagem ou exposição pública desnecessária. A condução coercitiva constitui medida constitucional e também legal cujo objetivo consiste a assegurar a eficácia do sistema probatório e de cautelares na persecução criminal, evitando uma restrição mais extrema no âmbito da esfera de liberdade do indivíduo, e mesmo ante a existência de posições favoráveis, e também desfavoráveis, à sua utilização na fase inquisitorial policial, é necessário uma sucinta análise do caso concreto, em plena obediência aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Palavras-chave: Condução coercitiva; prévia notificação; razoabilidade; proporcionalidade.

ABSTRACT: The present article aims at the discussion of coercive driving. The prior notification of the one who must attend is an indispensable requirement provided by the Code of Criminal Procedure in all the provisions that regulate the institute. It is thus guaranteed that the person who is to cooperate with the elucidation of the facts will not be surprised, guarding it from offense to its image or unnecessary public exposure. Coercive conduct is a constitutional and also a legal measure whose purpose is to ensure the effectiveness of the probative system and the precautionary system in criminal prosecution, avoiding a more extreme restriction within the sphere of freedom of the individual, and even in the presence of favorable positions, and also unfavorable to their use in the police inquisitorial phase, a brief analysis of the concrete case is required, in full compliance with the principles of reasonableness and proportionality.

Keywords: Coercive driving, prior notification, reasonableness, proportionality.

RESUMEN: El presente artículo tiene como objetivo la discusión de la conducción coercitiva. La previa notificación de aquél que deba comparecer es requisito indispensable previsto por el Código de Proceso Penal en todos los dispositivos que regulan el instituto. Se garantiza, así, que la persona que deba cooperar con la elucidación de los hechos no será sorprendida, resguardándola de ofensa a su imagen o exposición pública innecesaria. La conducción coercitiva constituye una medida constitucional y también legal cuyo objetivo consiste en asegurar la eficacia del sistema probatorio y de cautelares en la persecución criminal, evitando una restricción más extrema en el ámbito de la esfera de libertad del individuo, e incluso ante la existencia de posiciones favorables, y también desfavorables, a su utilización en la fase inquisitorial policial, es necesario un sucinta análisis del caso concreto, en plena obediencia a los principios de la razonabilidad y proporcionalidad.

Palabras clave: Conducción coercitiva, previa notificación, razonabilidad, proporcionalidad.

1 INTRODUÇÃO

Condução coercitiva é uma forma impositiva de levar sujeitos do processo, ofendidos, testemunhas, acusados ou peritos, independentemente de suas vontades, à presença de autoridades policiais ou judiciárias.

Prevista no Código de Processo Penal Brasileiro (CPP), a condução coercitiva é considerada, de acordo com alguns juristas, uma espécie de “prisão cautelar” de curta duração.

Tal expressão é utilizada pois o indivíduo sob condução coercitiva é obrigado a acompanhar os policiais ao departamento de polícia para

prestar esclarecimentos sobre determinado assunto, com o objetivo de produzir provas sobre a investigação.

Conforme prevê o artigo 218 do Código de Processo Penal Brasileiro, a condução coercitiva só é legítima quando é precedida de uma intimação prévia. Quando este método é aplicado sem a intimação, configura-se como uma violação do direito de liberdade da testemunha ou do indiciado.

Porém, caso o indivíduo receba a intimação, mas não compareça ou justifique a sua ausência, a condução coercitiva está livre para ser utilizada. As autoridades policiais podem algemar e conduzir o intimado em viatura policial a força, caso seja necessário.

Existe um grande debate sobre a validação da condução coercitiva. Segundo alguns juristas, este é considerado um método inconstitucional, pois discorda com a redação do artigo 5º, inciso LXI, da Constituição Federal de 1988.

“LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;”

No entanto, a condução coercitiva é tida como legal pelo ponto de vista de ser um mecanismo para a produção de evidências úteis no exercício de uma investigação criminal.

2 DESENVOLVIMENTO

Da inteligência do artigo 260 do CPP, se o acusado ou investigado "não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença".

Trata-se o presente instituto da possibilidade de o delegado de polícia ou juiz de direito, se fazer valer da força necessária e não abusiva para que o investigado seja conduzido a presença da autoridade, a fim de suprir

seu eventual descaso com o Estado na busca pela efetiva persecutio criminis, para realização de um ato relevante, seja durante as investigações em sede de inquérito policial, seja no decurso do processo penal.

Considerada por alguns autores como um tipo de prisão cautelar, a condução coercitiva viola o direito de liberdade de locomoção sendo um dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, além dos princípios como a presunção de inocência, igualdade processual, ampla defesa, verdade real, devido processo legal e a proporcionalidade.

Assim, busca-se demonstrar a impossibilidade da condução coercitiva do acusado ou investigado, bem como o não cabimento de qualquer das hipóteses de condução sem a notificação prévia. Para tanto, estudam-se os seus fundamentos, destacando a vedação à utilização do poder geral de cautela no processo penal.

O Código de Processo Penal foi promulgado no ano de 1941, período em que o país passava por um período ditatorial, possuindo caráter inquisitivo. Porém, logo após a promulgação da Constituição de 1988, que adotou o modelo acusatório e proclamou os direitos e garantias fundamentais do cidadão, houve a necessidade de se adequarem as suas normas às da Carta Magna.

Nenhuma lei pode atentar contra a Constituição Federal. Por essa razão, desde a promulgação da Carta Magna, o Processo Penal passou a seguir as suas mesmas linhas, sendo seus princípios pautados, em sua maioria, nos princípios constitucionais.

Há um cabedal normativo no CPP que autoriza a condução coercitiva nas fases investigatória e processual.

Para mencionar algumas disposições, há possibilidade de o ofendido ser conduzido perante a autoridade policial para prestar declarações:

“Art. 201. Sempre que possível, o ofendido será qualificado e perguntado sobre as circunstâncias da infração, quem seja ou presuma ser

o seu autor, as provas que possa indicar, tomando-se por termo as suas declarações. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 1º Se, intimado para esse fim, deixar de comparecer sem motivo justo, o ofendido poderá ser conduzido à presença da autoridade. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)”

Na fase judicial, também a testemunha pode ser conduzida com força policial:

“Art. 218. Se, regularmente intimada, a testemunha deixar de comparecer sem motivo justificado, o juiz poderá requisitar à autoridade policial a sua apresentação ou determinar seja conduzida por oficial de justiça, que poderá solicitar o auxílio da força pública.”

Do mesmo modo, o acusado pode ser conduzido à presença do seu próprio interrogatório judicial:

“Art. 260. Se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença.

Parágrafo único. O mandado conterà, além da ordem de condução, os requisitos mencionados no art. 352, no que lhe for aplicável.”

Até mesmo o perito pode ser chamado, sob vara, à presença do juízo:

“Art. 278. No caso de não-comparecimento do perito, sem justa causa, a autoridade poderá determinar a sua condução.”

Mesmo durante a fase preliminar de investigações, a Autoridade Policial pode, com esteio no art. 6º e incisos, do CPP, conduzir, sob força, um investigado para prestar esclarecimentos perante a polícia judiciária.

O requisito essencial para a expedição da condução coercitiva é o acusado ou a testemunha não atender à intimação, ou seja, pressupõe uma intimação, pois esse requisito assegura a todo o cidadão investigado

ou testemunha de ato ilícito o direito a intimidade, a presunção de inocência, a privacidade, a dignidade da pessoa humana, dentre outros.

Uma das discussões mais interessantes sobre o assunto surge em relação ao mandado de condução coercitiva do investigado e o direito de não produzir provas contra si mesmo, previsto constitucionalmente. Conforme visto, certo é que a legislação permite a condução coercitiva do investigado, contudo, não se pode perder de vista que a Constituição Federal assegura em seu artigo 5º, LXII, dentre outros, o direito ao silêncio. Aliás, a Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 8, 2, “g”) no mesmo sentido, dispõe que toda pessoa acusada de um delito tem o direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada. Deste modo, compreende-se que, inobstante a condução se mostre obrigatória, a prestação de esclarecimentos se faz facultativa, isto é, o sujeito não pode se furtar à obrigação de comparecer perante a autoridade, entretanto, lhe é constitucionalmente autorizado não responder as perguntas que lhe são direcionadas.

É imprescindível lembrar que o Estado Democrático de Direito pressupõe um sistema de garantias fundamentais de cunho processual com intuito de frear os excessos do Estado. Este papel contra majoritário é exercido pelo Poder Judiciário por meio da jurisdição constitucional. Não se admite, em pleno século XXI, o desrespeito a direitos fundamentais diante do incomensurável poder estatal. Aliás, o próprio Hobbes, no século XVIII, já afirmava a necessidade de garantias diante do poder do Leviatã.

Cumprе salientar que a prática da condução coercitiva viola garantias constitucionalmente conquistadas pelo cidadão, esta prática constitui verdadeira pressão psicológica com o objetivo de obter informações de maneira forçosa. Portanto, a condução coercitiva afronta violentamente os direitos e garantias do investigado e, por que não dizer, do processo penal democrático, indispensável para um Estado Democrático de Direito. Neste viés, a condução forçada mostra-se inconcebível, pois constitui verdadeiro instrumento de intimidação e arbitrariedade. Aliás, apesar de opiniões diversas, fica claro que a condução coercitiva se mostra um meio cerceador de liberdade, ainda que de caráter temporário.

O Processo Penal deve seguir as normas constitucionais de garantias e direitos fundamentais do cidadão. Considerada uma condição de direitos subjetivos para defesa do indivíduo, feita pelo Estado, a aplicação principiológica no Direto Processual Penal ocorre como forma de prevenir as agressões de seus cidadãos.

Princípio da Presunção de Inocência

O Princípio da Presunção de Inocência ou “Princípio da não-culpabilidade” traz a regra da liberdade. A autoria de uma infração penal será conhecida apenas com a sentença condenatória transitada em julgado. O encarceramento do acusado só ocorrerá em casos excepcionais. É o que dispõe o artigo 5º, inciso LVII da CRFB/88:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. (BRASIL, 1988)

Desse princípio derivam duas regras, a regra probatória e a regra de tratamento. A regra probatória, ou de juízo, dispõe que a parte acusadora possui o ônus de provar a culpabilidade do acusado, não sendo necessário que este prove a sua inocência.

Já a regra do tratamento vem dizer que ninguém será considerado culpado até a sentença com transito em julgado, impedindo a antecipação de condenação ou de culpabilidade.

Princípio da Igualdade Processual

O Princípio da Igualdade Processual ou “Princípio da Paridade de Armas” é aquele que dispõe sobre o tratamento isonômico entre as partes no decurso do processo. Decorre ele do artigo 5º, caput, da CRFB/88.

Apesar de sua regra tratar da igualdade entre as partes, deve haver uma preponderância com relação aos interesses do acusado.

O Princípio da Ampla Defesa vem disposto no artigo 5º, inciso LV da CRFB/88:

Princípio da Ampla Defesa

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; (BRASIL, 1988)

Por ele, assegura-se a possibilidade que a assistência jurídica deve ser prestada pelo Estado, de forma gratuita para as pessoas carentes.

A defesa pode ser subdividida em duas, a defesa técnica e a autodefesa. A defesa técnica é feita por um profissional habilitado, sendo obrigatória. A Súmula nº 523 do STF vem consagrá-la.

A autodefesa é feita pelo próprio acusado, tratando-se de uma forma de conveniência do réu, que poderá ficar inerte.

Princípio da Verdade Real

O Princípio da Verdade Real busca a exatidão, a conformidade com o real. O fato investigado deve corresponder a realidade. O Código de Processo Penal adota o termo verdade “substancial”, em seu artigo 566, in verbis: “Art. 566. Não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa.” (BRASIL, 1941).

Princípio do Devido Processo Legal

O Princípio do Devido Processo Legal encontra respaldo no artigo 5º, inciso LIV, da CRFB/88.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; (BRASIL, 1988)

Esse princípio traça todo o meio como deve agir o Processo Penal, assim como a atividade do legislador. Pode ser analisado sobre duas perspectivas. A primeira, de caráter processual, assegura a tutela dos bens jurídicos por meio do procedimento correto. A segunda, de caráter material, atua de forma substancial definindo a atuação adequada. O processo é o seu instrumento, garantindo a limitação da atividade estatal e tornando-se uma ferramenta de implantação da Constituição Federal.

Princípio da Proporcionalidade

O Princípio da Proporcionalidade é um importante instrumento de aplicação do Direito Processual Penal. A sua função é limitar o poder estatal, como forma de atender ao interesse público.

O Princípio da Proporcionalidade, ainda que possua grande importância no Processo Penal, encontra maior atuação na CRFB/88, mas de forma implícita, como explica Raimundo Amorim de Castro:

É bem verdade que o princípio da proporcionalidade ainda não é um cânone expresso no texto constitucional, mas está claramente implícito quando o legislador constituinte de 1988 adotou a cláusula do devido processo legal (art. 5º, inc. LIV); o sistema misto do controle jurisdicional da constitucionalidade (art. 102 e incs.); o sistema difuso em que a inconstitucionalidade de uma lei pode ser declarada por um juiz a quo, somente gerando efeitos entre as partes; e o sistema concentrado em que a inconstitucionalidade de uma lei é declarada por um Tribunal Superior, gerando efeitos vinculados erga omnes. (CASTRO, 2009, p. 109-110)

Partindo-se da compreensão do instituto da condução coercitiva, e da base do denominado “Poder Geral de Cautela” no processo civil, questiona-se: é possível a condução coercitiva do investigado ou acusado no processo criminal?

O Supremo Tribunal Federal entende que é possível a condução coercitiva do suspeito ou investigado, tendo assim decidido no HC 107644/SP, relatado pelo Min. Ricardo Lewandowski:

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. CONDUÇÃO DO INVESTIGADO À AUTORIDADE POLICIAL PARA ESCLARECIMENTOS. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 144, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DO ART. 6º DO CPP. DESNECESSIDADE DE MANDADO DE PRISÃO OU DE ESTADO DE FLAGRÂNCIA. DESNECESSIDADE DE INVOCAÇÃO DA TEORIA OU DOCTRINA DOS PODERES IMPLÍCITOS. PRISÃO CAUTELAR DECRETADA POR DECISÃO JUDICIAL, APÓS A CONFISSÃO INFORMAL E O INTERROGATÓRIO DO INDICIADO. LEGITIMIDADE. OBSERVÂNCIA DA CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DA RESERVA DE JURISDIÇÃO. USO DE ALGEMAS DEVIDAMENTE JUSTIFICADO. CONDENAÇÃO BASEADA EM PROVAS IDÔNEAS E SUFICIENTES. NULIDADE PROCESSUAIS NÃO VERIFICADAS. LEGITIMIDADE DOS FUNDAMENTOS DA PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. ORDEM DENEGADA. I – A própria Constituição Federal assegura, em seu art. 144, § 4º, às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais. II – O art. 6º do Código de Processo Penal, por sua vez, estabelece as providências que devem ser tomadas pela autoridade

policial quando tiver conhecimento da ocorrência de um delito, todas dispostas nos incisos II a VI. III – Legitimidade dos agentes policiais, sob o comando da autoridade policial competente (art. 4º do CPP), para tomar todas as providências necessárias à elucidação de um delito, incluindo-se aí a condução de pessoas para prestar esclarecimentos, resguardadas as garantias legais e constitucionais dos conduzidos. IV – Desnecessidade de invocação da chamada teoria ou doutrina dos poderes implícitos, construída pela Suprema Corte norte-americana e incorporada ao nosso ordenamento jurídico, uma vez que há previsão expressa, na Constituição e no Código de Processo Penal, que dá poderes à polícia civil para investigar a prática de eventuais infrações penais, bem como para exercer as funções de polícia judiciária. V – A custódia do paciente ocorreu por decisão judicial fundamentada, depois de ele confessar o crime e de ser interrogado pela autoridade policial, não havendo, assim, qualquer ofensa à cláusula constitucional da reserva de jurisdição que deve estar presente nas hipóteses dos incisos LXI e LXII do art. 5º da Constituição Federal. VI – O uso de algemas foi devidamente justificado pelas circunstâncias que envolveram o caso, diante da possibilidade de o paciente atentar contra a própria integridade física ou de terceiros. [...]. (STF, HC 107644/SP, relator min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 06/09/2011, publicado em 18-10-2011).

O poder de condução do investigado, que intimado, negou-se a comparecer espontaneamente, perante a autoridade policial, mesmo sem mandado judicial, consiste em faculdade inerente às atribuições conferidas àquela autoridade, mediante seus próprios poderes investigatórios.

Controvérsia relevante, diz respeito à discordância nos segmentos jurídicos desta atribuição, posto entendimento pelo qual a autoridade

policial não poderia expedir mandado de condução coercitiva, na modalidade de prisão mesmo cautelarmente, fundado na dicção do inciso XL, do artigo 5º da Constituição Federal, e que se torna inócua, em princípio, já que a condução coercitiva não consiste no aprisionamento do investigado, deixando sujeita à orfandade a consideração engendrada no âmbito da esfera constitucional.

A finalidade precípua da condução coercitiva é determinar que os a ela submetidos colaborem com a polícia judiciária, na condução das investigações, inclusive para que possa o próprio investigado produzir elementos que lhe retirem indícios de autoria e materialidade, podendo-se afirmar que, do ponto de vista defensivo, trata-se de uma quase defesa prévia, já que o investigado tem essa oportunidade, ainda que o suspeito valha-se de sua prerrogativa constitucional de manter-se em silêncio; frise-se ainda que sua excepcionalidade reveste-se de requisitos diferentes daqueles atribuídos à prisão preventiva ou cautelar.

O direito constitucional de não produzir prova contra si mesmo, não influi da condução coercitiva, devendo o suspeito alegá-lo na presença da autoridade coercitiva, após o atendimento da intimação policial, manifestando-se sobre sua prerrogativa constitucional.

A condução coercitiva somente pode servir aos seus propósitos, caso o suspeito/investigado recuse-se a comparecer perante a autoridade para a prestação de depoimento, após sua regular intimação para fazê-lo, não se podendo falar em condução coercitiva como ato imediato, eivando o instituto de nulidade, e, até mesmo, de abuso de autoridade. Assim, temos que são requisitos essenciais para a condução coercitiva: a) intimação/comunicação regular e válida para comparecimento ao ato; b) recusa injustificada de quem foi intimado e não compareceu ao ato.

Observe-se que, em uma investigação policial em curso, a condução coercitiva é uma medida vital não apenas para interrogatório do suspeito que, intimado, recusou-se a comparecer, mas ainda para suprir diligências contidas em uma operação policial externa, servindo ainda para evitar a ocultação e/ou destruição de provas materiais, durante busca e apreensão domiciliar, realização de interrogatórios simultâneos – mantendo-se

incólume o direito constitucional ao silêncio – e impedir que diferentes investigados possam combinar versões atenuantes; vale ainda e não menos, viabilizar prova de reconhecimento pessoal materializando a identificação criminal (Lei nº. 12.037/2009).

Pode-se afirmar também que decorre do poder geral de cautela do juiz – caso em que decorra de ordem judicial – conforme estabelecido pelo artigo 798 do Código de Processo civil, ou artigo 297 do Novo Código de Processo civil, consolidado pela jurisprudência das Cortes Superiores e ainda pela doutrina, meio substitutivo de menos gravosidade ante uma restrição de liberdade em menor grau. A admissão desse mecanismo, quando do advento da Lei nº. 11.719/2008, acrescentou o parágrafo único do artigo 387 do Código de Processo Penal, determinando que o Juiz decida fundamentadamente pela imposição de prisão preventiva ou outra medida cautelar.

No esteio desse raciocínio, comprova-se que a realização da condução coercitiva pelo delegado de polícia não se eiva de inconsistências, já que a própria Corte Suprema afirmou expressamente, que toda a restrição a direito fundamental depende de prévia autorização judicial, implicaria em uma verdadeira paralisação da atuação policial e administrativa, extraindo-lhe, de vez, seu poder de polícia do Estado (Medida Cautelar interposta em sede de Habeas Corpus nº. 124.332).

A condução coercitiva decretada a partir das hipóteses legais jamais poderá ser efetivada sem notificação prévia. Por lógico que, consoante já exposto, não é possível a condução coercitiva do acusado ou investigado, quanto mais sem ser previamente intimado. Refere-se, portanto, aos envolvidos no processo penal a quem a lei possibilita a adoção da medida: o perito, a testemunha, o ofendido, e quem, por qualquer motivo, deva ser fazer presente.

A Constituição da República Federativa do Brasil prevê, em seu artigo 5º, inciso LVII, que “ninguém será culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. (BRASIL, 1988). Trata-se do princípio da presunção de inocência, pelo qual o acusado de cometer determinada infração penal deve ser protegido contra qualquer antecipação da sanção

sem o devido processo legal e a ampla defesa. A inocência, nesse caso, é presumida, cabendo à acusação provar o contrário. O que não se pode conceber é a antecipação do juízo da culpa.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A condução coercitiva é medida prevista no Código de Processo Penal como forma de obrigar o ofendido, a testemunha, o perito, ou qualquer outra pessoa que deva comparecer ao ato para o qual foi intimada, e assim não o faz, injustificadamente.

A prévia notificação daquele que deva comparecer é requisito indispensável previsto pelo Código de Processo Penal em todos os dispositivos que regulam o instituto. Garante-se, assim, que a pessoa que deva cooperar com a elucidação dos fatos não será surpreendida, resguardando-a de ofensa à sua imagem ou exposição pública desnecessária.

A condução coercitiva constitui medida constitucional e também legal cujo objetivo consiste a assegurar a eficácia do sistema probatório e de cautelares na persecução criminal, evitando uma restrição mais extrema no âmbito da esfera de liberdade do indivíduo, e mesmo ante a existência de posições favoráveis, e também desfavoráveis, à sua utilização na fase inquisitorial policial, é necessário uma sucinta análise do caso concreto, em plena obediência aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

REFERÊNCIAS

ARAS, Vladimir. **Debaixo de vara**: a condução coercitiva como cautelar pessoal autônoma. Publicado em 16/07/2013. Disponível em: <https://blogdovladimir.wordpress.com/2013/07/16/a-conducao-coercitiva-como-cautelar-pessoal-autonoma/> (acesso em 02 de dezembro de 2017).

CASTRO, Raimundo Amorim de. **Provas ilícitas e o sigilo das comunicações telefônicas**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 109-110.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm (acesso em 02 de dezembro de 2017).

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MACHADO, Antonio Alberto. **Teoria geral do processo penal**. São Paulo: Atlas, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. RT. São Paulo. 2012. 11ª Ed.

**CENTRO UNIVERSITÁRIO PADRE ANCHIETA
BACHARELANDO EM DIREITO**

RESPONSABILIDADE PENAL EM
CRIMES PRATICADOS POR DOENTES MENTAIS

KIMBERLY DE MÉDICI VARANDA

RESPONSABILIDADE PENAL EM
CRIMES PRATICADOS POR DOENTES MENTAIS

Monografia de conclusão de curso apresentada ao Curso de Direito da Universidade Padre Anchieta de Jundiaí, como requisito parcial à conclusão do curso.

Prof.º Orientador: Me.Jefferson Torelli

JUNDIAÍ
2017

TERMO DE APROVAÇÃO

KIMBERLY DE MÉDICI VARANDA

RESPONSABILIDADE PENAL EM CRIMES PRATICADOS POR DOENTES MENTAIS

Monografia aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, na Universidade “Padre Anchieta” pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Profº. Me.Jefferson Torelli

Jundiaí, de de 2017.

Banca Examinadora

Prof^o. Jefferson Torelli

Jundiaí, de de 2017.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho aos meus pais Everaldo e Zuleika, que sem eles eu não teria realizado este sonho tão esperado por mim e pela minha família, nada seria na vida sem eles.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Deus. Aos meus pais que sempre me apoiaram, permaneceram ao meu lado e viram toda a dedicação dada por mim, noites em claro, preocupação e todo esforço despendido.

Agradeço aos professores que desempenharam com dedicação as aulas ministradas durante todos os semestres e sem suas aulas, sem dúvida, eu não teria conhecimento necessário, especialmente ao meu orientador Prof.^o Jefferson Torelli.

Por fim, agradeço aos meus amigos que tanto me apoiaram e tiveram toda a paciência e compreensão.

“A justiça não consiste em ser neutro entre o certo e o errado, mas em descobrir o certo e sustentá-lo, onde quer que ele se encontre, contra o errado.”

(THEODORE ROOSEVELT)

RESUMO

O intuito desta monografia será abordar quais os criminosos poderiam ser considerados perigosos, cruéis e como é possível puni-los sem que possam ser injustamente penalizados, ou seja, quais as razões para usar como punição ou não a pena de morte, a prisão perpétua, a ressocialização e demais punições. Em primeiro momento será conceituado cada perfil criminoso; suas características; diferenças e semelhanças; principais criminosos que tiveram destaque mundialmente; Criminosos como Ted Bundy, Ed Gein e outros assassinos em série serão abordados em anexo; Em segundo momento serão apresentados todos os assuntos relevantes para cada tema, mas de forma sucinta e objetiva descrevendo cada crime cruel que poderiam praticar; Por fim será apresentado possíveis soluções para cada perfil criminoso, colocando como exemplo punições em outros países, inclusive o que ocorreu com os criminosos que foram apresentados e com estas possíveis soluções, serão fundamentados na lei, em doutrinas, jurisprudências e artigos que possam dar ênfase na tese a ser defendida. A ressocialização, o tratamento, a medida de segurança, o retorno à sociedade cura ou a prisão, são punições plausíveis e podem curar um criminoso como os que serão abordados?

Palavras chaves: Doentes mentais. Punição. Ressocialização. Crimes cruéis. Solução.

LISTA DE SIGLAS

- APA – Associação Americana de Psiquiatria
- BEA – Behavioural Evidence Analysis
- CID-10 – Código Internacional de Doenças
- CPB – Código Penal Brasileiro
- CVV – Centro de Valorização da Vida
- DSM-IV – Manual Diagnóstico e Estatístico de Distúrbios Mentais
- EUA – Estados Unidos da América
- FBI – Federal Bureau of Investigation
- NCAVC – National Center for the Analysis of Violent Crime
- OMS – Organização Mundial da Saúde
- VICAP – Violent Criminal Apprehension Program

LISTA DE QUADROS E FOTOS

QUADROS

Quadro 1 – Transtorno de Personalidade DSM-I

Quadro 2 – Transtorno de Personalidade DSM-II

Quadro 3 – Pena de morte no mundo – Serial Killer: louco ou cruel

Quadro 4 – Pena de morte no mundo – Serial Killer: louco ou cruel

FOTOS

Foto 1 Livro Psicopatas no Poder de Andrew Lobaczewski

Foto 2 Livro Psicopatas no Poder de Andrew Lobaczewski

Foto 3 The Criminal Code Ed Gein

Foto 4 Newyorker Theodore Bundy

Foto 5 Criminal Minds Wiki Jeffrey Dahmer

Foto 6 Biography Edmund Kemper

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1. DOENTE MENTAL	16
2. SERIAIS KILLERS: ASSASSINOS EM SÉRIE	19
2.1 Surgimento de um assassino em série.....	21
2.2 Definição	22
2.3 Escolha da vítima	23
2.4 Características	24
2.5 Esclarecendo mitos e crenças.....	25
2.6 Perfil Criminal	28
3. PSICOPATAS	29
3.1 Conceito	29
3.2 Características	30
3.3 Psicopata X Psicótico.....	33
3.4 Ponerologia	34
4. SOCIOPATAS	36
4.1 Conceito	36
4.2 Características	37
5. ESQUIZOFRÊNIA (PSICÓTICA)	43
5.1 Conceito	43
5.2 Características	44
5.3 Estudos comprovam.....	45
6. PEDOFILIA	46
6.1 Conceito	46
6.2 Características	46
7. ESTUPRADORES	51
7.1 Conceito	51
7.2 Características	52
7.3 Pedófilos x Molestadores	56
8. A LEI BRASILEIRA: ENTEDIMENTOS E JULGAMENTOS	58
8.1 Assassinos em Série.....	59

8.2 Psicopatas e Sociopatas	60
8.3 Sociopatas.....	63
8.4 Esquizofrenia.....	64
8.5 Pedófilos.....	65
9. PROPOSTA E SOLUÇÃO	68
CONCLUSÃO	73
REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICAS	74
ANEXOS	76

INTRODUÇÃO

“A fantasia que acompanha e suscita a antecipação que precede o crime é sempre mais estimulante que a seqüela imediata do crime em si”
(Ted Bundy)

O intuito desta monografia será primeiramente apresentar a figura do doente mental, não abrangendo apenas aquelas pessoas com a mentalidade perversa ou com retardo mental, mas também, àquelas pessoas que apresentam um distúrbio mental devido a traumas e abusos na infância, e suas capacidades cruéis de matar, estuprar e torturar. Criminosos tais como pedófilos, assassinos em série, psicopatas, sociopatas, esquizofrênicos (nem todos são criminosos) e dentre outros. Em suma, serão apresentados os perfis de criminosos que podem ou não ser considerados doentes mentais, bem como, esclarecer a imputabilidade ou não de cada um, o que o Direito e Psicologia alegam e como devem ser punidos.

Há muito que ressaltar na monografia, inclusive, o fato de não haver punição severa ao psicopata, primeiramente em razão de serem considerados imputáveis; e segundo em razão de para eles a pena ser apenas um momento de neutralidade, que só impede-os de desenvolver as ações que gostariam, tendo a certeza de que assim que voltarem à liberdade voltariam a cometê-las novamente. Eis a grande incógnita: a doença mental deles há cura? Tendo em vista que, “*o comportamento não é facilmente modificado pelas experiências adversas, inclusive pelas punições*” (CID-10), então a prisão não é a melhor solução para eles? Haveria outros métodos mais eficazes?

Vale enfatizar, que a monografia em si, não almeja focar na área psicológica, nem na doença em si, e sim demonstrar que essas pessoas são doentes, e seus crimes que possuem grande repercussão no âmbito jurídico, poderiam ser punidos de forma mais eficaz, e não serem avaliados apenas como fruto de uma doença, como é vista pelos Tribunais, ou seja, um subterfúgio da pena restritiva de direitos¹ ou privativa de liberdade² ou demais penas. O fato é que muitos deles possuem

¹ Segundo o Código Penal Brasileiro as penas restritivas de direitos são: prestação pecuniária; perda de bens e valores; prestação de serviços à comunidade ou à entidades públicas; interdição temporária de direitos; limitação de fim de semana. (Incisos I, II, IV, V e VI do Art. 43 do CPB)

² Segundo o Código Penal Brasileiro a pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto, e considera-se regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média; regime semi-aberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;

quociente de inteligência (Q.I.) elevado demais para serem tratados apenas como doentes mentais. A monografia almeja também, não focar apenas em assassinos em série ou psicopatas, mas em outros transtornos de personalidade e que podem causar danos – irremediáveis – como os pedófilos, os esquizofrênicos, os maníacos ou os depressivos, e psicóticos, que por um resquício de insanidade poderiam levá-los ao cometimento de crimes.

A realidade é que as expressões *psicopata*, *assassinos em série*, *sociopata* ou *maníaco* são usadas com tanta casualidade que hoje perderam seus significados, não são dadas as importâncias necessárias na complexidade que elas trazem em si. Não se trata de uma pessoa “boa” ou “má”, mas sim de comportamentos sociais desta pessoa descrita, nem se trata das características pessoais e interpessoais dela, pois, quer apenas satisfazer seus desejos e fantasias. Trata-se de suas relações com o externo, com as pessoas ao seu redor, que estão passíveis de sofrerem algum mal. Na verdade é bem simples compreender o que eles são: pessoas com distúrbios psíquicos que transformam em pessoas com personalidades antissociais e que agravam seus relacionamentos.

Contudo, não basta conceituar e mostrar o que foi vivido por estes criminosos – os mais famosos – e suas vítimas, mas deixar claro que crimes são capazes de cometerem e quão comumente podem agir.

1. DOENTE MENTAL

Segundo o grande doutrinador Nelson Hungria (1953, p. 334), o conceito de doença mental não seria nada mais nada menos que:

[...] doença mental abrange as psicoses, que poderão ser constitutivas (esquizofrenia, psicose maníaco-depressiva, epilepsia genuína, paranoia, parafrenias e estados paranoicos) ou adquiridas (traumáticas, exóticas, endotóxicas, infecciosas e demências por senilidade, arteriosclerose, sífilis cerebral, paralisia geral, atrofia cerebral e alcoolismo). E o desenvolvimento mental retardado será encontrado nas várias formas de oligofrenia (idiota, imbecilidade, debilidade mental).

O DSM-II é um manual da área da saúde mental onde se classificam diferentes categorias de transtornos mentais e respectivos critérios para diagnosticá-los, sendo elaborado pela Associação Americana de Psiquiatria (American Psychiatric Association - APA). É usado mundialmente por profissionais da saúde, e pesquisadores, companhias de seguro e indústria farmacêutica.

A CID-10 é uma classificação internacional das doenças e problemas relacionados à saúde, é uma classificação utilizada tanto no âmbito médico quanto para fundamentação no âmbito jurídico, pois, neste último, principalmente da área penal é muito comum nos depararmos com criminosos que se aplicam às classificações. A OMS (Organização Mundial da Saúde) se posiciona oficialmente quanto a CID-10, como fundamento para seu objetivo e atuação:

Como a CID-10 é uma publicação oficial da OMS, os países membros devem adotá-la para finalidade de apresentações estatísticas das causas de morte (mortalidade) ou das doenças que levam a internações hospitalares ou atendimentos ambulatoriais (morbidade). Hoje é a classificação diagnóstica padrão internacional para propósitos epidemiológicos gerais e administrativos da saúde, incluindo análise de situação geral de saúde de grupos populacionais e o monitoramento da incidência e prevalência de doenças e outros problemas de saúde. Embora a CID seja adequada para estas aplicações, ela nem sempre permite a inclusão de detalhes suficientes para algumas especialidades, e às vezes pode ser necessária a informação acerca de diferentes atributos das afecções classificadas.³

Conforme o DSM-II e a CID-10, elenca-se abaixo as definições de doenças:

- **Personalidade Antissocial:**

³ Organização Mundial da Saúde. Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde: CID-10 Décima revisão. Trad. do Centro Colaborador da OMS para a Classificação de Doenças em Português. 3 ed. São Paulo: EDUSP; 1996. Revista Brasileira de Epidemiologia, v.11, n.2, p.324-335, 2008.

Quem assim se classifica costuma ser destrutivo e emocionalmente prejudicial, apresenta falta de ansiedade ou culpa. Seu transtorno é criado pela sua cultura social em que foi inserido desde pequeno, o seu convívio familiar e social. (CID.10 classificação F60./ DSM.IV 301.7)

- **Neuroses:**

Referem-se a distúrbios de aspectos da personalidade; por exemplo, permanece íntegra a capacidade de pensamento, de estabelecer relações afetivas, contudo, a relação com o mundo encontra-se alterada. Os sintomas neuróticos incluem ansiedade, angústia, fobias, apatia e ideias hipocondríacas. Na neurose, a pessoa reconhece que é doente e procura tratamento para melhorar. Aqui, é interessante aduzir que muitos psicopatas se passam por neuróticos em busca de uma pena mais branda. (CID-10 de F40 até F48)

- **Esquizofrenia:**

Condições graves que afetam profundamente o funcionamento mental do indivíduo. O esquizofrênico tem afastamento da realidade, entrando num processo de espelho em si mesmo, no seu mundo interior, ficando, progressivamente, entregue às próprias fantasias. A característica fundamental da esquizofrenia é ser um quadro progressivo, que leva a uma deterioração intelectual e afetiva. As pessoas não articulam com lógica um raciocínio sobre determinado assunto e utiliza frases desconexas com monólogos com seres imaginários. Muitos psicopatas são esquizofrênicos e ouvem vozes pedindo para matar. Seu tratamento é por meio de medicamentos que perduram por toda a vida. (CID-10, F20-F29)

Segundo a Associação Americana de Psiquiatria (APA) tem como definições diversas das doenças que aqui serão abordadas, conforme tabelas a seguir:

Tabela 1. Transtornos de personalidade do DSM-I

Distúrbios de personalidade	
Padrão de perturbação da personalidade	Personalidade inadequada Personalidade esquizoide Personalidade ciclotímica Personalidade paranoide
Perturbação dos traços de personalidade	Personalidade emocionalmente instável Personalidade passivo-agressiva Personalidade compulsiva
Perturbação sociopática da personalidade	Reação antissocial Reação dissocial Desvio sexual Vício Alcoolismo Drogadição
Sintomas de reação	Distúrbios de aprendizagem Distúrbios da fala Enurese Sonambulismo Outros sem especificação
Perturbações transitórias de personalidade	Reação agressiva de estresse Reação situacional adulta Reação de ajustamento do desenvolvimento inicial Reação de ajustamento na infância Perturbações do hábito Perturbações da conduta Traços neuróticos Reação de ajustamento na adolescência Reação de ajustamento na velhice

Fonte: Adaptado do Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (APA, 1952).

Quadro 1 – Transtorno de Personalidade DSM-I

Na tabela 1 acima com relação à monografia a *perturbação sociopática da personalidade* é o que mais será exemplificada.

Tabela 2. Transtornos de personalidade do DSM-II

Distúrbios de personalidade
301.0 Paranoide
301.1 Ciclotímica ou do humor
301.2 Esquizoide
301.3 Explosiva
301.4 Anancástica ou obsessivo-compulsiva
301.5 Histérica
301.6 Astênica
301.7 Antissocial
301.81 Passivo-agressiva
301.82 Inadequada
301.89 Outra desordem de personalidade específica
301.9 Outra desordem de personalidade não específica

Fonte: Adaptado do Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (APA, 1968).

Quadro 2 – Transtorno de Personalidade DSM-II

Já, porém, na tabela 2 tem diversos dos distúrbios que afetam as doenças a serem em breve tratadas, como no caso da esquizofrenia, psicopatia (personalidade antissocial) e sociopatia.

2. SERIAIS KILLERS: ASSASSINOS EM SÉRIE

“Depois que o medo e o terror do que eu fiz se foi, o que levou um mês ou dois, eu comecei mais uma vez. Eu sentia uma espécie de fome, eu não sei como descrevê-la, uma compulsão e eu apenas continuei fazendo, fazendo e fazendo novamente, sempre que a oportunidade aparecia.” (Jeffrey Dahmer)

Serial killer, segundo o Manual de Classificação de Crimes do FBI, conforme o livro *Serial Killers: Anatomia do Mal*, conceitua-se como “três ou mais eventos separados em três ou mais locais distintos com um período de ‘calmaria’ entre os homicídios”.⁴

“Não há definição na lei brasileira, apenas existe projeto de lei (PLS nº 140/2010) que considera-se assassino em série o agente que comete três homicídios dolosos, no mínimo, em determinado intervalo de tempo, sendo que a conduta social e a personalidade do agente, o perfil idêntico das vítimas e as circunstâncias dos homicídios indicam que o modo de operação do homicida implica em uma maneira de agir, operar ou executar os assassinatos sempre obedecendo a um padrão pré-estabelecido, a um procedimento criminoso idêntico”. (TUMA, 2010)⁵

*Serial Killer: louco ou cruel?*⁶ de Ilana Casoy⁷, uma escritora de renome e estudiosa no assunto, ela traz em quase 400 páginas informações precisas e bem

⁴ Definição de ‘serial killer’ do FBI é simplória, diz especialista. Livraria da Folha. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/livrariadafolha/2013/07/1318979-definicao-de-serial-killer-do-fbi-e-simploria-diz-especialista.shtml> Acesso em: 01 de maio de 2017.

⁵ Senador Romeu Tuma, que defende neste Argumento o fim do benefício da progressão da pena para autores de crimes hediondos. Disponível em: <https://www.senado.gov.br/noticias/TV/Video.asp?v=781>. Acesso em: 01 de maio de 2017.

⁶ Casoy, Ilana, *Serial killer: louco ou cruel?* 6.ed. São Paulo : Madras, 2004

⁷ Ilana Casoy (São Paulo, 19 de fevereiro de 1960) é uma criminóloga e escritora brasileira. É sobrinha do jornalista Boris Casoy e prima de Serginho Groisman. Formou-se em Administração na Fundação Getúlio Vargas. Dedicou-se a estudar perfis psicológicos de criminosos, especialmente de *serial killers*.

Ilana Casoy já publicou outros livros sobre crimes que ficaram famosos no Brasil, como “A Prova” é a “Testemunha”, relato inédito do Caso Nardoni, e O Quinto Mandamento – Caso de Polícia, sobre o assassinato do casal Richthofen. Colaborou com o site do canal Investigação Discovery entre 2012 e 2013. Atualmente, assina uma coluna na revista Brasileiros. A escritora dedica-se também a ficção. A especialista em crimes – que já fez um estágio na polícia científica, quando acompanhou a perícia de homicídios – participou, a convite da Fox Brasil, da criação de um perfil do psicopata Dexter Morgan, anti-herói e protagonista da série que leva o seu nome e que se tornou uma das mais cultuadas dos últimos anos. Ilana Casoy atua como colaboradora da nova série escrita por Gloria Perez e dirigida por Mauro Mendonça Filho, Dupla Identidade, com estreia prevista para setembro de 2014 na Rede Globo. Bruno Gagliasso interpreta um serial killer inspirado em Ted Bundy, cujo perfil é dissecado em *Serial Killers: Louco ou Cruel?* A série conta ainda com Luana Piovani no papel de uma policial e psicóloga forense, especialista em caçar serial killers.

detalhadas nesta categoria de doentes mentais. Seu depoimento traz confissões e relatos perturbadores de como foi realizado seu livro: mediante total clausura.

Ilana Casoy, em seu livro *Loucos ou cruéis* salienta nas primeiras páginas que: “*Nem sempre a loucura leva ao crime. Mas o crime pode levar à loucura*” (CASOY, 2004, p. 09)⁸. A interpretação de tal frase é bem simples, um pedófilo não é pedófilo se não houve alguma razão, seja um trauma. Não é uma ideia fixa, há exceções, mas é possível que a maioria dos pedófilos não tenham tido uma infância ou adolescência “feliz”.

A realidade de um assassino em série é bem clara: é ser “normal” aos olhos da sociedade e fantasiar o que seria “normal” para ele. Entretanto o normal para ele, talvez seja o que jamais seria normal à sociedade, exemplo, um *serial killer*⁹ que tinha corpos em sua geladeira como uma “vitrine” de alimentos. Quem pode saber se não vir com os próprios olhos? Eles são comuns afinal, fazem compras como nós, eles vão ao cinema, trabalham como nós, eles são universitários e/ou pais de família também. A esse propósito, faz-se mister trazer à colação o entendimento da eminente Casoy que assevera e tenta esclarecer em seus relatos sobre Jeffrey Dahmer:

Vendo Dahmer caminhar em direção ao seu quarto, Tracy lembrou-se que ali estaria a faca com a qual foi ameaçado, e avisou os policiais. Um deles resolveu ir ao encaço de Dahmer, para dar uma olhada... no caminho, fotografias espalhadas pelas paredes do corredor tiraram seu fôlego!

Continham corpos humanos esquartejados e crânios fotografados enquanto estavam dentro da geladeira (CASOY, 2004, p. 144).

Haverá quase sempre um *modus operandi*¹⁰, ou seja, um assassino em série na maioria das vezes terá uma mesma forma de matar. Alguns preferem envenenar suas vítimas, outros preferem esfaqueá-las, outras as estupram antes de mata-las. Haverá também uma espécie de assinatura pessoal, que pode ser simplesmente deixar os corpos em posições específicas em todos os crimes, deixa-

⁸ Disponível em: <<http://www.darksidebooks.com.br/arquivos-serial-killers-ilana-casoy-louco-ou-cruel/>> Acesso em: 25 de abril de 2017, 20:18.

⁹ Casoy, Ilana, *Serial killer: louco ou cruel?* 6.ed. São Paulo : Madras, 2004, p. 144.

¹⁰ *Modus operandi* significa o modo de agir e, no mundo jurídico, é a expressão utilizada para caracterizar a forma peculiar que um criminoso (ou vários) tem de agir. A polícia estuda o *modus operandi* para identificar elementos comuns a vários crimes aparentemente desconexos, e através desses elementos comuns deduzir que a mesma pessoa estava por trás das diversas ações criminosas. Em outras palavras, é um elemento que facilita a investigação. O *modus operandi* em si não serve como prova condenatória. Um criminoso pode simplesmente estar copiando o estilo de outro (essa prática é tão comum que ganhou uma expressão em inglês: *copycat*).

las nuas, seminuas ou em posições provocantes, ou arrancar-lhe algum órgão e deixa-lo em outro local (fora do corpo). Vai da criatividade e loucura do assassino. No mesmo assassino citado acima, Casoy afirma:

Aqui fica definido o *modus operandi* de Jeffrey Dahmer. Na maioria das vezes, encontraria e selecionaria suas vítimas em bares *gays* ou saunas. Atraía-as então para seu apartamento, oferecendo dinheiro para que posassem para fotos ou simplesmente convidando-as para tomar uma cerveja e assistir a um vídeo (CASOY, 2004, p.146-147)

Como exemplo de assinatura Casoy (2004, p. 61-62) cita “Um exemplo de ‘assinatura’ é um estuprador que abusa de linguagem vulgar, ou prepara um roteiro para a vítima repetir, ou canta certa canção” e prossegue:

Diferente do *M.O.*, a “assinatura” nunca muda, mas alguns aspectos dela podem se desenvolver, como *seriais killers* que mutilam suas vítimas *post mortem* cada vez mais. As “assinaturas” podem não aparecer em todas as cenas de crime do mesmo criminoso, por contingências especiais como interrupções ou reação inesperada da vítima. (CASOY, 2004, p. 62).

É fato que haverá um motivo para o crime, mas não é algo obrigatório, pois podem matar por simplesmente quererem matar, porém, em geral podem matar devido algum trauma sofrido, talvez o assassino prefira matar mulheres que pareçam com sua mãe, como o caso do assassino em série Edward Theodore Gein¹¹, que o maltratava muito, ou pode ser que prefira matar homens homossexuais por ter sido algum dia violentado sexualmente por um homem. Depende do que marcou em sua vida. Dificilmente encontrará assassinos em série que teve uma infância sadia, alegre, que teve uma família unida, irmãos unidos, um emprego exemplar ou que seja incrivelmente milionário.

2.1 Surgimento de um assassino em série

Como definir o surgimento de um assassino se não o conhece desde o início? Para solucionar tal incógnita vale ressaltar a existência de 03 correntes, segundo Casoy (2004, p. 13) que definem o surgimento de um assassino em série:

¹¹ Apesar de concluir que Mary Hogan havia sido baleada e levada dali, a polícia foi incapaz de encontrar qualquer pista sobre o desaparecimento da mulher. Ninguém percebeu que, fisicamente, Mary Hogan se parecia muito com Augusta Gein (mãe de Ed Gein).

- **Teoria Freudiana:** a agressão nasce dos conflitos internos dos indivíduos;
- **Teoria Classicista:** o livre-arbítrio é o que predomina, a recompensa é maior que o risco, por isso vale a pena corrê-lo (a mente do assassino assim entende);
- **Teoria Positivista:** indivíduos não tem controle sobre suas ações.

Cabe ressaltar a não existência de uma fórmula padrão e universal para se determinar se tal criminoso nasceu com aquele gene de assassino, ou se há possibilidade de identificar a existência quando bebê se será quando adulto um assassino cruel e brutal, mas os métodos de avaliações, exames, perfis existem para facilitar a identificação após o crime cometido ou poder evitar a existência de mais crimes semelhantes em determinada região.

2.2 Definição

O que define um assassino em série? O cometimento de 02 ou 04 assassinatos e não tem limite depois destes. Raramente eles conhecem suas vítimas, o assassino em série “esfria” entre um crime e outro, não conhece sua vítima¹², tem motivo psicológico para matar e necessidade de controle e dominação. Geralmente suas vítimas são vulneráveis, e o comportamento delas não influencia a ação do assassino. Muito comum as mulheres assassinas em série matar seus maridos para poderem herdar suas fortunas, é um dos pontos de suspeita inclusive em solução de crimes. Houve inclusive casos de uma mulher matar vários de seus maridos, bem como seus filhos, como de Gesche Gottfried “envenenadora em série” e Nancy Hazle “Assassina em série tamanho família”.

Nannie foi presa após matar outro marido, Samuel Doss, em Oklahoma. O histórico de internações de Samuel levou os médicos a pedir uma autópsia, que apontou intoxicação por arsênico. Nannie foi presa tentando coletar a grana do seguro, como fazia com os outros maridos mortos. (ABRIL, 2015, p. 66).

As assassinas em série que já existiram, foram denominadas segundo estudiosos como “viúvas negras” ou “anjos da morte”, ou seja, matam maridos, amantes, pessoas idosas ou doentes terminais os quais tem o dever de cuidado, e

¹² Serial killer em ação. Disponível em: <<http://serialkiller.com.br/?p=297>> Acesso em: 01 de maio de 2017.

estas vítimas acabam por serem mais vulneráveis, visto que são mais fáceis para dominação e assassinato:

Procurada pela Interpol, a advogada Heloísa Borba Gonçalves, a “Viúva Negra”, de 61 anos, é protagonista de uma intrincada trajetória onde há mortes, estelionatos, poligamia e dinheiro.

(...)

Com base na denúncia do MP, a “Viúva Negra” - apelido que recebeu dos investigadores em alusão a um tipo de aranha que mata o macho após a cópula - teria contratado uma terceira pessoa, ainda não identificada, para matar o marido¹³.

Em geral, um serial killer vê em sua vítima um objeto apenas para realização de sua fantasia, sua vazão de desejo e/ou vingança e/ou loucura, como Casoy expõe (2004, p. 16) “*com raras exceções, o serial killer vê suas vítimas como objetos*”.

2.3 Escolha da vítima

A vítima é escolhida ao acaso ou por algum estereótipo, tais como simplesmente pelo fato de serem mulheres, pessoas acima do peso, loiras, crianças, pessoas ricas, etc. Na realidade varia do gosto e do que manda na mente do criminoso. Independente das atitudes da vítima, nunca suas ações poderão interromper as ações do assassino. Ninguém está imune de um assassino em série que a solta ou que saiu no noticiário que matava apenas mulheres que eram prostitutas, o fato delas não serem estariam livres de serem próximas vítimas. Acontece que não existe somente aquele assassino em série especificadamente, mas há muitas pessoas com tais características vagando por nós ainda em oculto.

O que pode-se afirmar sem dúvida é que estes assassinos são perturbados, mas que possuem consciência suficiente para escolher suas vítimas como, por exemplo, certos assassinos optam escolher vítimas mais fracas fisicamente ou que não possuam vínculos com demais pessoas, familiares, como, prostitutas, mendigos, pessoas que haveria certa demora em constatar seu desaparecimento. Pode-se ver

¹³ Caso viúva negra: Heloísa Borba Gonçalves é acusada de falsidade ideológica, bigamia e assassinado. Disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/crimes/caso-viuv-negra/n1596995068483.html>> Acesso em: 01 de maio de 2017.

em uma reportagem da BBC¹⁴, que trata sobre a doutora em psicologia evolutiva Marissa Harrison, professora da Universidade Penn State Harrisburg, na Pensilvânia, o estudo analisa 64 assassinas em série que atuaram nos Estados Unidos entre 1821 e 2008:

Outra diferença é em relação às vítimas. Enquanto os serial killers do sexo masculino não conhecem suas vítimas na maior parte dos casos, as mulheres analisadas no estudo conheciam todas ou a maioria das vítimas, muitas delas membros da família, crianças, idosos ou doentes.

"As pessoas próximas das mulheres serial killers correm risco, especialmente aquelas que são mais vulneráveis", ressalta Harrison.

Os assassinos em série possuem aspectos de controle, onde almejam o ápice de suas fantasias por meio da tortura, estupro e cativo, ou até mesmo, *post mortem*¹⁵ (após a morte), quando após matar a vítima faz com seu corpo o que bem entende como meio de obtenção de controle.

2.4 Características

Há como característica também a dissociação, que é aparentemente transmitir uma imagem de "pai de família", homem/mulher casada (o), que tem filhos, religiosa (o), trabalhador (a) e aos olhos da sociedade uma pessoa de bem, longe e acima de qualquer suspeita. Como uma espécie de "amnésia temporária" ou segunda personalidade, capaz de disfarçar qualquer suspeita, persuadir amigos, conhecidos e até mesmo vizinhos de sua personalidade comportada, com temperamento calmo e bem educados.

Em geral possuem empatia como consequência de seus traumas, provocações sofridas por adultos ou na infância por crianças mais velhas ou de mesma idade, ou então por alguma humilhação que tenha marcado suas vidas. Costumam ser antissociais na maior parte do tempo ou fingem ser sociáveis quando

¹⁴ BBC Brasil 2017. **Estudo nos EUA revela perfil surpreendente de mulheres serial killers.** De Winston-Salem (EUA) para a BBC Brasil. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/05/150512_estudo_mulheres_serailkillers_pai> Acesso em: 02 de maio de 2017.

¹⁵ *post mortem* in Dicionário infopédia da Língua Portuguesa com Acordo Ortográfico [em linha]. Porto: Porto Editora, 2003-2017. [consult. 2017-05-03 23:49:17]. Disponível na Internet: <https://www.infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa/post-mortem>

pretendem alcançar algum objetivo, vendo sempre suas vítimas como um objeto. A fantasia que preenche seus pensamentos é revivida inúmeras vezes em suas mentes antes e depois do fatídico acontecimento, é a *escalada*, o meio que se dá a realização da fantasia. Podem apreciar gravar ou filmar a morte de suas vítimas; ficam com “*souvenirs*” da vítima, como uma parte do corpo, roupas, roupas íntimas limpas ou manchadas de sangue, sapatos, mechas de cabelo, pele, e outros. Costumam, portanto, repetir o mesmo modo e/ou mesmo lugar.

Segundo Ilana Casoy (2004, p. 25-26) “82% dos *serials killers* já sofreram abusos na infância (*abusos físicos, sexuais, emocionais, abandono ou negligência*) e 1/3 dos abusadores é viciado em alguma substância”. Percebe-se que um assassino em série tem influências perturbadoras em suas infâncias ou adolescências que acarretam tal distúrbio.

2.5 Esclarecendo mitos e crenças

Abaixo conceituamos alguns esclarecimentos sobre mitos e crenças comuns a respeito de assassinos em série:

- Todos os *Serials Killers* são Homens? – Não, como bem vimos anteriormente, podem mulheres praticar crimes em série, há porém, uma taxa significativamente inferior ao índice de homens assassinos em série. Em geral, 36% dos assassinos em série foram ou são cruéis com animais (CASOY, 2004, p. 30), uma forma de sadismo que alimenta mais ainda o instinto de matar neles:

Apesar da grande maioria deles serem homens, falar que não existem assassinas serials é completamente incorreto. Os crimes femininos têm, em geral, menos publicidade que os masculinos: são menos sensacionais e têm motivações diferentes (CASOY, 2004, p. 30-31).

- A minoria dos *serials killers* é da raça negra. Comumente são vítimas e não assassinos (CASOY, 2004, p. 31).
- Os *Serials Killers* são loucos? – Insanidade é frequentemente alegada em tribunais para tentativa de absolvição do assassino. Em 5% deles são doentes mentais realmente, mas a maioria tinha e tem total consciência do

que faz e por qual razão (CASOY, 2004, p. 32). Quando há insanidade realmente os crimes são extremamente brutais, mas não há nenhuma fantasia ou sequer revivem como farão seus crimes, apenas cometem por impulso. A esse propósito a autora salienta que os indivíduos que são antissociais, impulsivos, sem remorso e que cometem crimes violentos têm em média 11% menos matéria cinzenta no córtex pré-frontal do que o normal, bem como, 70% dos pacientes que têm graves ferimentos cerebrais desenvolvem tendências extremamente agressivas, como por exemplo, Leonard Lake, David Berkowitz, Kenneth Bianchi e John Gacy.

Tradicionalmente, o comportamento psicopata é consequência de fatores familiares ou sociológicos, mas alguns pesquisadores encontraram diferenças cerebrais entre psicopatas e pessoas normais que não podem ser descartadas (CASOY, 2004, p. 33).

- Seriais Killers têm aparência estranha? – Não necessariamente, podem ter, mas a maioria não é perceptível, é como um estereótipo pensarmos que possam ser reconhecidos por uma aparência estranha ou desconfiável, pois quase nunca possuem. São pessoas comuns, com emprego, família e bons relacionamentos. Acima de qualquer suspeita. Extremamente educadas, charmosas e inteligentes. E é aí que mora o perigo!

Nos livros, cinema e televisão são descritos como altos, horríveis, caras de mau. Quase nunca é assim. São pessoas comuns, que têm emprego e podem ser bastante charmosas e extremamente educadas (CASOY, 2004, p. 36).

- Seriais Killers tem sempre a mesma motivação? – Depende pode haver vários deles motivos por algum ódio com relação à mulheres, mas o mesmo motivo de um não significa que seja o mesmo do outro. Por exemplo, se um foi abusado pela mãe o seu ódio e repulsa por mulheres não se compara com o ódio do outro que despreza as mulheres por ter tendência homo afetivas (no caso o assassino foi abusado pelo pai e por isso não se interessa pelo sexo oposto). O ódio gerado e que só aumenta pode ser em virtude do desejo de controle, dominação, ou por alguma humilhação sofrida ou até mesmo por vingança real ou imaginária. O comportamento de um assassino em série varia conforme sua influência biológica, social e psicológica.

Alguns *serial killers* são motivados por seu ódio às mulheres, desejo de controle, dominação, humilhação ou por vinganças reais e/ou imaginárias.

Dadas às diferenças biológicas e de desenvolvimento existentes entre os vários *serial killers* conhecidos, seria ingenuidade acreditar que eles teriam os mesmos motivos para agir deste ou daquele modo. (CASOY, 2004, p. 37).

- Seriais Killers têm problemas com figuras femininas? – Neste aspecto Casoy (2004, p. 37) imputa que nem sempre! É um mito extremamente comum. Alguns tinham graves problemas com sua mãe ou pai, ou então sofreram algum trauma advindo por alguma figura feminina da família, seja mãe, irmã, avó, o que acaba por caracterizar uma revolta às demais mulheres que se aproximem. Há casos de seriais killers que ainda que haja certa revolta ou problemas com relação à figura feminina, conseguem manter relacionamentos afetuosos com elas e até mesmo se casarem, o que demonstra que o problema está em determinado perfil feminino, mulheres mais velhas, por exemplo, ou loiras, o que não significa que sejam todas as mulheres em geral.
- Seriais Killers são abundantes em nossa sociedade? – Assassinos em série não são muito comuns, até porque são difíceis de defini-los ou detectá-los. Nos Estados Unidos há em média 35 a 500 operando no momento e 75% dos assassinos em série concentram-se nos Estados Unidos.
- Os países que possuem maior número de assassinos em série conforme Ilana (2004, p. 37-38):
 - 1º EUA
 - 2º Grã-Bretanha
 - 3º Alemanha
 - 4º França
 - + México (onde um cidadão fez mais de 100 vítimas), China (onde o Cidadão X matou mais de 100 pessoas), Colômbia (Pedro Alonzo Lopez responsável por mais de 300 vítimas), Paquistão (onde um cidadão em 1999 fez mais de 100 vítimas sendo elas crianças em geral) e África do Sul (Moses Shitol que matou mais de 38 mulheres).

Pesquisas apontam também segundo Casoy (2004, 38) “84% dos seriais killers são caucasianos; 93% dos seriais killers são homens; 65% das vítimas são mulheres; 89% das vítimas são caucasianas; 90% das vítimas têm idade entre 18 e 39 anos”.

2.6 Perfil Criminal

O perfil criminal é nada mais nada menos que a investigação e o trabalho mais árduo, a fim de investigar um assassino que mata em série e que não é pego facilmente, como Casoy cita em seu livro *Louco e cruel* “O perfil criminal é só uma ferramenta investigativa disponível para ajudar a solucionar um crime.” (2004, p. 38).

Segundo Casoy (2004, p. 38) “*em geral, os serial killers são pegos por crimes menores ou pela astúcia da polícia que consegue um mandado de busca para investigação*”. O perfil criminal nas investigações foi inserido e adotado em 1970 nos Estados Unidos.

Brent Turvey, um cientista forense desenvolveu o método “Behavioural Evidence Analysis”¹⁶ (BEA), que baseia-se em evidências físicas de um crime para facilitar a busca pelo criminoso.

Há alguns métodos que o FBI utiliza nas investigações, como o National Center for the Analysis of Violent Crime (NCAVC), órgão do FBI em localizado em Northwest (Washington – D.C.), um Quântico de segurança máxima que encontra-se a 20 metros sob a terra e que não fica aberta a visitação, totalmente sigiloso para que as investigações ocorram sem que ninguém saiba das pistas para que descubram quem são os seriais killers. A principal arma do NCAVC é o VICAP, um programa de computador (2001), que por meio de um banco de dados criminal, armazenando e relacionando entre si todos os homicídios não resolvidos no país.

¹⁶ Análise das Evidências de Comportamento

3. PSICOPATAS

Doutrinalmente, segundo Penteadó Filho (2012, p. 166), psicopata é:

“Esse tipo de transtorno específico de personalidade é sinalizado por insensibilidade aos sentimentos alheios. Quando o grau de insensibilidade se apresenta extremado (ausência total de remorso), levando o indivíduo a uma acentuada indiferença afetiva, este pode assumir um comportamento delituoso recorrente, e o diagnóstico é de psicopatia (transtorno de personalidade antissocial, sociopatia, transtorno de caráter, transtorno sociopático ou transtorno dissociado).”

De acordo com Mirabete (2007, p. 211) afirma "*os psicopatas, por exemplo, são enfermos mentais, com capacidade de entender o caráter ilícito do fato*". Por isso, "[...] *a personalidade psicopática não se inclui na categoria das moléstias mentais, mas no elenco das perturbações da saúde mental pelas perturbações da conduta, anomalia psíquica que se manifesta em procedimento violento [...]*".

3.1 Conceito

W. J. McCord (1956) em seu livro *Psicopatia e Delinquência*¹⁷, conceituam o psicopata com as seguintes características:

O psicopata sente pouca, se alguma, culpa. Ele pode cometer os atos mais horripilantes, e ainda vê-los sem remorso. O psicopata tem uma capacidade deturpada para o amor. Suas relações emocionais, quando existem, são escassas, efêmeras e planejadas para satisfazer seus próprios desejos. Esses dois últimos traços, falta do sentimento de culpa e falta de amor, marcam visivelmente o psicopata como diferente dos demais homens. **(grifo meu)**

A comparação mais interessante é aquela feita no livro *Instintos básicos – o que faz matadores matarem*, de Jonathan Pincus, que descreve um psicopata como uma espécie de compositor que escreve uma sinfonia e precisa de uma orquestra para apresentar seu trabalho. A apresentação da orquestra é horrível. Daí a questão, o problema estaria no compositor? Não, a orquestra está cheia de instrumentos quebrados. O cérebro do psicopata é como uma orquestra com instrumentos quebrados por doença mental, danos neurológicos e traumas de abuso

¹⁷ McCord, W. & McCord, J. *Psychopathy and Delinquency*. New York: Grune & Stratton, 1956.

infantil. Por esta razão, que o psicopata não possui remorso, visto que advém do cérebro e considerado como na comparação, que ele tem um cérebro danificado. A diferença é que um assassino sabe o que está errado, mas não sente o que está errado, ou seja, é desprovido de sentimentos.

Um psicopata pode ser reabilitado, afinal? A resposta consensual segundo a literatura psiquiátrica é negativa: Inexiste recuperação para um psicopata. O Estado lida como com estas pessoas prendendo-as num ambiente com psiquiatras e medicação apropriada. E é basicamente a defesa principal deste projeto, até porque, talvez aos extremistas fosse conveniente que os psicopatas fossem presos na espécie de “prisão perpétua” ou fossem mortos. O fato é que psicopatas não têm cura e não é punindo-as brutalmente ou matando-os que o problema seria resolvido.

Segundo Robert Hare um psicopata não nasce psicopata “*Ninguém nasce psicopata. Nasce com tendência para a psicopatia. Psicopatia não é uma categoria descritiva, como ser homem ou mulher, estar vivo ou morto. É uma medida, como altura ou peso, que varia para mais ou para menos*”. (Entrevista com Robert Hare. Laura Diniz. Revista Veja, 1º de abril de 2009).

Um fator relevante para a existência desta doença mental é a criação e convivência com pessoas violentas ou não. Ser genético pode ser uma desculpa plausível, mas não a adequada, pois, não é um fator fundamental e pode por vezes nem ocorrer. À título de exemplo, tem-se o caso da experiência de James Fallon¹⁸, descrita no livro *The Pshychopath*, em que um pai de família, casado, professor universitário de psiquiatria e neurologista que descobriu em sua análise e estudo de décadas ser ele mesmo um psicopata. Em sua análise ele percebe a influência da herança genética, como demonstrada em sua tomografia que apresenta baixa atividade em certas áreas dos lobos frontais e temporais, que é uma das características ligadas à empatia. Notou o estudioso que o teste de Robert Hare em que os psicopatas alcançam pontuações acima de 30 scores, ele pontuava 40. Por fim, em um estudo de seus familiares, ficaram demonstrados criminosos pela família paterna, como, assassinos.

¹⁸ BBC Brasil 2017. **Pesquisador se descobre psicopata ao analisar o próprio cérebro**. De Winston-Salem (EUA) para a BBC Brasil. Disponível em <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2013/12/131223_psychopath_inside_mv>. Acesso em: 20 de junho de 2017.

O fato é como parar esta máquina mortal chamada psicopatia? Não é possível descobrir se alguém vai se tornar um criminoso e nem podemos punir alguém por suas fantasias, até porquê a maioria deles passam um longo tempo da vida como pessoas normais, acima de quaisquer suspeitas.

Não há nada a fazer? É possível a sociedade se unir numa luta contra a violência e o abuso infantil.

3.2 Características

Algumas das características desta doença mental destacam-se segundo Lobaczewski, distinguindo o psicopata do paciente neurótico, claramente distintos, assim como, o psicopata e o psicótico:

Todos os pesquisadores da psicopatia destacam três qualidades principais com relação à sua variação mais típica: a ausência de um senso de culpa pelas ações antissociais, a inabilidade de amar verdadeiramente e a tendência para ser tagarela, de um modo que se desvia facilmente da realidade. Um paciente neurótico é geralmente taciturno e tem dificuldades para explicar o que o machuca mais. Um psicólogo deve saber como superar esses obstáculos com a ajuda de interações não dolorosas. Os neuróticos também são sujeitos à culpa excessiva por ações que são facilmente perdoáveis. Tais pacientes são capazes de amor decente e duradouro, embora tenham uma dificuldade em expressá-lo ou em atingir os seus sonhos. O comportamento do psicopata constitui a antípoda de tais fenômenos e dificuldades.

Nosso primeiro contato com o psicopata é caracterizado por um fluxo de palavras que sai com facilidade, evitando assuntos realmente importantes com igual facilidade se estes não forem confortáveis para o interlocutor. Sua linha de pensamento também evita aqueles assuntos abstratos sobre sentimentos humanos e valores cuja representação é ausente na visão de mundo do psicopata, a menos que, é claro, ele esteja sendo deliberadamente enganador, e neste caso usará muitas palavras “sentimentais” que, cuidadosamente analisadas, revelarão que ele não entende essas palavras do mesmo jeito que as pessoas normais o fazem.

(...)

Amor, para o psicopata, é um fenômeno efêmero voltado para a aventura sexual. Muitos Dons Juans psicopatas são capazes de representar um papel de amante suficientemente bem, a ponto de seus parceiros considerarem genuíno. Depois do casamento, sentimentos que realmente nunca existiram são substituídos por egoísmo, egotismo e hedonismo. (LOBACZEWSKI, 2014, p. 83-84)

Há variadas formas de psicopatas, tais como o psicopata essencial e psicopata astênica. Nesse diapasão, impende destacar o entendimento do ínclito Lobaczewski:

Psicopatia essencial: dentro da estrutura das suposições acima, vamos caracterizar um outro tipo de anomalia transmitida por hereditariedade, cujo papel no processo penerogênicos em qualquer escala social parece ser excepcionalmente grande.

(...)

Entre essas psicopatias, a mais frequentemente demonstrada, e conhecida de longa data, é a psicopatia astênica, que se manifesta em todas as intensidades concebíveis, desde quase imperceptível até uma anomalia patológica óbvia. Essas pessoas, astênicas e hipersensíveis, não demonstram a mesma anomalia evidente nos sentimentos morais e na capacidade de perceber as situações psicológicas, como ocorre com os psicopatas essenciais. Elas são, de certa forma, idealistas, e tendem a ter uma certa angústia na consciência quando seu comportamento é faltoso. A psicopatia astênica é relativamente menos vital, sexualmente falando, e é, portanto, receptiva à aceitação do celibato; este é o motivo pelo qual muitos monges e padres Católicos representam com frequência casos amenos ou menores dessa anomalia. Nos casos mais graves, os astênicos são brutalmente mais anti-psicológicos e ativos em relação às pessoas normais; eles tendem a ser ativos nos processos de gênese do mal em uma escala ampla. (LOBACZEWSKI, 2014, p. 81-85)

Abaixo, segue um exemplo de um padrão de pensamento de uma pessoa que demonstra um caso típico e grave de psicopatia astênica:

<p>“Se eu tivesse que começar a minha vida de novo, eu faria tudo exatamente da mesma forma: é uma necessidade orgânica e não uma sentença obrigatória. Eu tenho uma coisa que me mantém em movimento e que faz com que eu seja sereno mesmo quando as coisas são tão tristes. Isso é uma fé inabalável nas pessoas. As condições mudarão e o mal deixará de reinar, e os homens serão irmãos entre si, e não lobos como é o caso de hoje em dia. Minha paciência deriva não da minha imaginação, mas muito mais da minha visão clara da causa que faz com que o mal se origine”.</p>	<p>SINTOMA:</p> <ul style="list-style-type: none">} UM SENTIMENTO DE SER DIFERENTE} A NOSTALGIA SUPERFICIAL CARACTERÍSTICA DESTA PSICOPATIA} VISÃO DE UM MUNDO NOVO. CONHECIMENTO PSICOLÓGICO DIFERENTE
---	--

Foto 1 livro Psicopatas no Poder de Andrew Lobaczewski

Essas palavras foram escritas na prisão, em 15 de dezembro de 1913, por Felix Dzerzhinsky¹⁹, um descendente da aristocracia polonesa que logo se juntou para originar a Cherezvichayka, na União Soviética, e se tornar um dos maiores idealistas entre esses famosos assassinos. A psicopatia surge em todas as nações. (LOBACZEWSKI, 2014, p. 86)

¹⁹ Dzerzhinsky é um caso interessante. Diz-se sobre ele que: “Seu caráter honesto e incorruptível, combinado com sua completa devoção à causa, fez com que ele ganhasse um reconhecimento rápido e o apelido de *Iron Felix* (Felix de Ferro).” Seu monumento no centro de Varsóvia na “Dzerzhinsky square”, foi odiado pela população da capital da Polônia como um símbolo da opressão soviética e foi derrubado em 1989, tão logo o PZPR – Partido dos Trabalhadores Poloneses Unidos - começou a perder poder. O nome da praça foi logo alterado para seu nome anterior à Segunda Guerra Mundial – “Plac Bankowy” – Quadra do Banco. De acordo com uma piada popular da então República do Povo Polonesa: Dzerzhinsky mereceu um monumento por ser o polonês que matou o maior número de comunistas.”

Percebe-se que um psicopata pode ser dentre tudo já explícito aqui, que sentimento de culpa não é uma qualidade; possuem uma visão diferente dos demais; o fato é que os psicopatas sabem que suas personalidades podem afetar a vida das pessoas ao seu redor, pois, não hesitam em não levar vantagens e visar seus próprios interesses e objetivos.

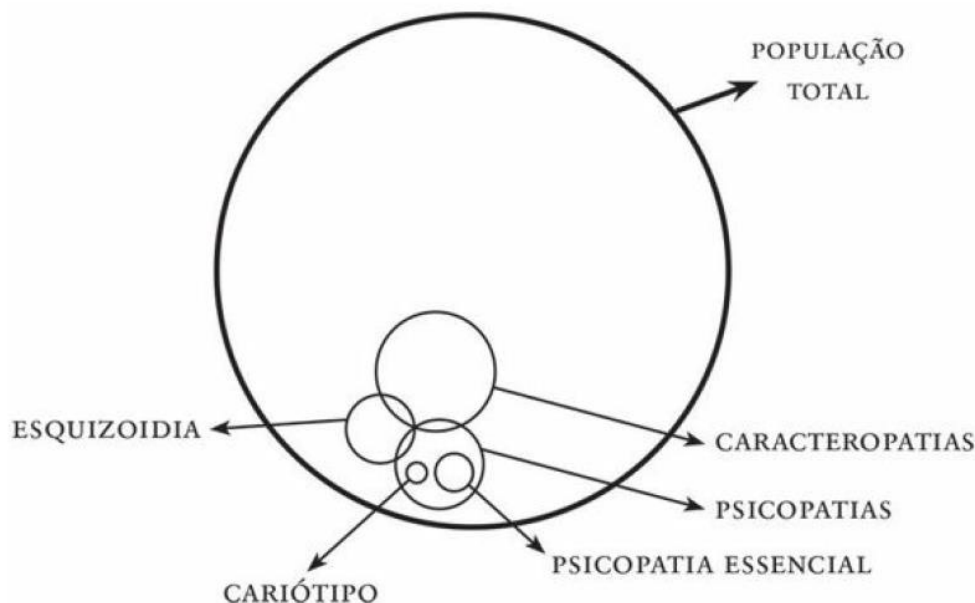


Foto 2 livro Psicopatas no Poder de Andrew Lobaczewski

3.3 Psicopata X Psicótico

Muitas pessoas se confundem estes dois conceitos, porém, há várias diferenças, sobretudo, há delimitações para cada um. Pesquisas²⁰ determinam que 1% das pessoas acometidas por psicopatia chega a cometer crimes contra a vida, assim como, 75% da população carcerária, nos Estados Unidos, foi diagnosticada com algum grau de psicopatia. Em suma, 1% dos psicopatas que comete crimes acaba preso, enquanto, 99% deles permanecem fora das cadeias.

A psicopatia é também conhecida por Sociopatia ou Transtorno de Personalidade Antissocial e é classificado no Eixo das Neuroses, não caracterizando como psicose. O fato é que a psicopatia tem como característica a indiferença

²⁰ MEDICINA COMPORTAMENTAL. Psicose e Psicopatia. Orientada no presente artigo pelo Psicólogo Leon Vasconcelos, 2007. Disponível em: <<http://comportamento.net/2014/04/psicopata-nao-e-psicotico/>> Acesso em: 29 de agosto de 2017.

efetiva, destituído de remorso, compaixão, vergonha, dó ou empatia, possuem níveis de ansiedade mais baixos do que a média. Eles sabem que estão cometendo crimes.

A psicose é um termo usado para designar transtornos mentais no qual a pessoa é acometida por surtos delirantes, paranoicos e alucinatórios, é também uma “fuga da realidade”. É um acometimento de conteúdo persecutório, ou seja, a senso percepção de ouvir vozes (alucinações). Por fim, o psicótico “age certo” conforme sua doença, acreditando seriamente que está agindo corretamente, já o psicopata “age errado” conscientemente de que está agindo de forma incorreta, mas não se importa.

No âmbito judicial, o psicótico pode ser considerado insano e ter sua pena reduzida ou ser inocentado, pois, não estava em sua capacidade de pensar racionalmente, já o psicopata é considerado um imputável.

Alguém pode ser psicopata e psicótico ao mesmo tempo? Não, tendo em vista que alguém que sofre de neurose esta pessoa sofre com delírios e surtos visíveis, já um psicopata só é identificado após o cometimento de crimes, percebendo assim o grau de “loucura” e frieza que o compõe.

O perigo está em um psicopata se fazer de psicótico ou esquizofrênico para se isentar da punição, por esta razão, deve-se analisar todos os acontecimentos e atos cometidos.

Portanto, o psicopata não é um doente mental como nós vemos. O doente mental é o psicótico que sofre uma série de delírios e alucinações e não tem noção do que faz, já que vive uma realidade totalmente diferente. Psicopatas têm total discernimento e consciência do que está fazendo e sentem por vezes prazer em praticar suas fantasias e maldades. A psicopatia não tem cura, é o “câncer da psiquiatria”, passando-se os psicopatas por pessoas normais e sociáveis. Segundo pesquisas 4% da população são psicopatas, e 1% dos psicopatas são assassinos em série²¹.

Não tem como medir o grau de maldade da psicopatia, nem o que pode ser ou não passível de punição, a questão é que quaisquer atos de psicopatas que os

²¹ A diferença entre psicopata e psicótico. Orientada no presente artigo pela Psicanalista Luzziane Soprani, 2012. Disponível em: <<http://luzzianesoprani.com.br/site/o-que-diferencia-um-psicopata-de-um-psicotico/>> Acesso em: 29 de agosto de 2017.

caracterizam são sérios e subjetivos, mas sabe-se que os psicopatas têm uma compulsão na repetição de seus atos e suas maldades em geral são psicológicas e não físicas, ou seja, são ardilosos e fazem de tudo para enganar, persuadir, maquiar suas atitudes e transmitir uma imagem acima de qualquer suspeita, ganham a confiança das vítimas e assim, destroem a vida delas. Os psiquiatras ainda afirmam que os psicopatas pioram com um tratamento.

Pesquisas feitas pelos brasileiros, o neurologista Ricardo Oliveira e o neurorradiologista Jorge Moll descobriram definitivamente a diferença de um psicopata e um psicótico por meio de uma prova: a chamada ressonância magnética funcional, que demonstra como funciona o cérebro deles em atividades diferentes. No psicopata, seu sistema límbico não funciona, não havendo reações nenhuma para eles, um bebê recém-nascido sorrindo e uma pessoa sendo morta em sua frente geram as mesmas reações para ele. Não têm taquicardia, nem suam de nervosos, em suas cabeças sempre estarão certos, por isso, passam facilmente no detector de mentiras.

3.4 Ponerologia

Ponerologia é uma ciência que estuda o poder e suas patologias, como no caso, os psicopatas que estiveram no comando fazendo diversas atrocidades, como no livro *Psicopatas no Poder* do Dr. Andrew Lobaczewski, polonês e estudioso em psicologia, teve grande destaque desenvolvendo suas habilidades em diagnósticos em psicoterapia, assim relatado em sua obra:

A Ponerologia utiliza o progresso científico das últimas décadas, especialmente nos ramos da biologia, psicopatologia e psicologia clínica. Ela esclarece as ligações causais desconhecidas e analisa os processos de gênese do mal, sem ignorar os fatores que têm sido até agora subestimados. (LOBACZEWSKI, 2014, p. 119)

Nesta obra é abordada a grande temática dos psicopatas serem líderes e como exemplificação é dada a figura do Hitler, grande opressor do povo judeu como Lobaczewski preconiza:

Grande parte da sociedade alemã ingeriu material psicopatológico, junto com o modo não realístico de pensamento, no qual slogans assumem o poder da argumentação e dados reais são sujeitos à seleção subconsciente.

(...)

Muitas pessoas atentas estão sempre fazendo a mesma pergunta ansiosa: como a nação alemã pôde escolher como Fuehrer um psicopata ridículo que não deixou dúvidas a respeito da sua visão patológica do super-homem? Sob sua liderança, a Alemanha desencadeou uma segunda guerra criminosa e politicamente absurda. Durante a segunda parte dessa guerra, oficiais do exército, altamente treinados, executaram honradamente as ordens mais desumanas, sem o menor senso do ponto de vista político e militar, determinadas por um homem cujo estado psicológico corresponde ao critério rotineiro para que seja internado à força em um hospital psiquiátrico.

(...)

Ela somente podia ser satisfeita por uma personalidade e um sistema de governo patologicamente similares. Uma personalidade caracteropática abriu a porta para a liderança de um psicopata individual. (LOBACZEWSKI, 2014, p. 70-71)

Dentre os estudos desta ciência estão às anomalias advindas da ponerologia e como se comportam pessoas com sob estes fatores, como corrobora o referido autor em questão:

Anomalias de caráter desenvolvidas como resultado de danos no tecido cerebral se comportam como fatores ponerogênicos insidiosos. Como resultado das características acima descritas, especialmente a ingenuidade e a inabilidade de entender o cerne das questões, sua influência facilmente se ancora nas mentas humanas, traumatizando nossas psiques, empobrecendo e deformando nossos pensamentos e sentimentos, e limitando a habilidade de indivíduos e sociedades de usar o senso comum e de ler as situações psicopatológicas e morais de forma precisa.

(...)

Muito mais numerosas são aquelas anomalias psicológicas que têm um papel correspondentemente maior como fator patológico nos processos ponerológicos. O mais provável é que elas sejam transmitidas através da hereditariedade normal. Contudo, esse campo da genética, em particular, está diante de múltiplas dificuldades biológicas e psicológicas, no tocante ao reconhecimento desses fenômenos. (LOBACZEWSKI, 2014, p. 76-78)

4. SOCIOPATAS

Segundo o raciocínio Hungria (2002, p. 03) trata que “a modificação da personalidade, no sentido do seu reajustamento social, pode ser, e muitas vezes o é, apenas fingida ou meramente superficial, não atingindo o substrato da intimidade psíquica do indivíduo”. O que deixa clara a existência de sociopatas e psicopatas de forma a ficarem disfarçados na sociedade por terem uma personalidade “fingida” e “superficial”

4.1 Conceito

Sociopata é o mesmo que psicopata? Atualmente tem tido a mesma denominação, bem como, de personalidade antissocial, como por este prisma é o entendimento da respeitável autora de *Mentes Perigosas* Ana Beatriz Barbosa Silva:

Além de psicopatas, eles também recebem as denominações de sociopatas, personalidades anti-sociais, personalidades psicopáticas, personalidades dissociadas, personalidades amorais, entre outras. Embora alguns estudiosos prefiram diferenciá-los, no meu entendimento esses termos se equivalem e descrevem o mesmo perfil. No entanto, por uma questão de foro íntimo e visando facilitar a compreensão, o termo psicopata será o utilizado neste livro. (SILVA, p.12)

Pode ser o sociopata interpretado tanto como igualmente ao psicopata como também distinto, de qualquer forma, o sociopata é uma doença mental. A esse propósito, faz-se mister trazer à colação o entendimento da Revista *Âmbito Jurídico*²²:

O sociopata não sabe exercer ações que despertem empatia nas pessoas e na verdade não o quer; a não ser quando almeja “conquistar” suas vítimas, nesse momento ele sabe ser carismático e convincente, sendo capaz de trazer boas impressões a essas, mesmo que para tanto precise mentir descaradamente. Sua inteligência geralmente é acima da média e possui um poder de raciocínio lógico fantástico, de modo que planeja minuciosamente suas ações, elaborando planos – entenda-se aqui elaborar no sentido de sair de casa com motivação de cometer mais um ato,

²² REVISTA ÂMBITO JURÍDICO ® A resposta do Estado aos crimes cometidos por psicopatas. orientada no presente artigo pelo Professor Yudice Randol Andrade Nascimento, 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5321> Acesso em: 07 de maio de 2017.

e não de cometer um ato contra uma vítima específica, a partir da análise de sua rotina e com base nisso planejar – e vislumbrando as consequências fáticas de suas atitudes. Apesar de tamanha inteligência, ele não consegue subir na vida, ou quando sobe, põe tudo a perder porque continuidade não é um conceito que ele compreenda bem.

4.2 Características

Os psicopatas e sociopatas em sua maioria não sentem remorso, não são capazes de sentir o mínimo de culpa pelos crimes atrozes que cometem. Não sentem vergonha de nenhum de seus atos. (SILVA, 2003, p. 64)

São capazes de cometer atos como abusos físicos e sexuais ou humilhar as pessoas em público sem sentir um pingão de culpa, sem demonstrar um resquício de remorso. Mentem, manipulam, machucam e humilham sem nenhum pudor, sem nenhuma compaixão pelas pessoas. (SILVA, 2003, p. 27)

A falta de culpa e remorso é crucial para identificar um sociopata. Geralmente tendem a culpar outras pessoas e jogar todas as responsabilidades nas costas dos outros, nem que para isso tenham que tomar atitudes drásticas, aliás, para atingirem seus objetivos são capazes de tudo, inclusive machucar as pessoas. Por esta razão é que os sociopatas na sua maioria são bem sucedidos.

Os sociopatas são um tanto agressivos e cruéis com os animais e podem machuca-los sem dó. Como dito anteriormente, eles mentem descaradamente e se sentem confortáveis mentindo. Eles ficam tão incomodados falando à verdade que somente quando mentem se sentem naturais e mais confiantes. O que talvez possa parecer o fim para eles ao serem pegos na mentira não é nada, pois, se forem pegos na mentira simplesmente continuam com a mentira até o fim e fazem de tudo para que acreditem nela. Caso não tenha outra solução podem confessar, mas seria apenas para manter a confiança ou provar à alguém seu caráter. (SILVA, 2003, p. 83)

Os sociopatas mentem sobre seus passados, não abrem o jogo e contam sobre o que viveram, ainda mais se seus passados sejam sombrios ou tenham algo a esconder, em geral, querem transmitir uma imagem de passado e vida bem vivida e tudo muito incrível. Mas se analisarmos bem suas histórias há sempre algo que acabam caindo em inconsistência e contradições. Eles se esforçam demais para que

as pessoas acreditem neles, pode um sociopata fingir que sai às manhãs todos os dias ao trabalho ou na faculdade para que as pessoas não saibam que estão desempregados ou que não mais estão fazendo faculdade.

Há sociopatas que mentem tanto que acreditam em suas próprias mentiras e não há nada que faça para fazê-los pensar o contrário, como Charles Manson disse certa vez: "*Nunca matei ninguém! Não preciso matar ninguém!*"²³

Sociopatas são capazes de manter a calma em circunstâncias de total pressão. Ficam calmos estranhamente, ou seja, podem sofrer um acontecimento que abalaria emocionalmente qualquer outra pessoa, mas eles passam por situações como estas sem demonstrar qualquer emoção ou abalo, apenas uma "frieza", não reagem à acontecimentos alegres com felicidade que se deveria nem à acontecimentos tristes com choro. Dificilmente choram ao menos que seja para "fingir" sentimento, tampouco, um acontecimento com algum fato assustador são capazes de demonstrar medo. (SILVA, 2003, p. 113)

Não ficam perturbados com nada e se mantem tranquilos. Não demonstram ansiedade com nenhum fato, nada os deixam ansiosos, podem ser expostos a imagens e fatos perturbadores e permanecerem serenos e centrados sem esboçarem qualquer sentimento, há experiências de que sociopatas ao receberem um choque elétrico de pouca intensidade.

São extremamente charmosos e românticos em matéria de sedução. Seduzem quando querem algo e fazem as pessoas se sentirem especiais somente para almejavem seus objetivos. Podem ser amáveis, extrovertidos e interessantes, podem encantar e impressionar as pessoas facilmente, seja criança, idosos, adultos, qualquer pessoa pode ser alvo deles. No início ou em um relacionamento ou em uma amizade os sociopatas podem ter um comportamento saudável, mas depois podem alterar seus comportamentos e agirem de forma confusa. (SILVA, 2003, p. 53)

Sempre possuem segundas intenções, encantam para enganar, seduzem para usar e mentem para trapacear. Tem seus objetivos e eles são suas metas, tudo que fazem são para atingirem eles e fazem absolutamente qualquer coisa. Sorriem,

²³ Charles Milles Manson, nascido Charles Milles Maddox, é o fundador e líder de um grupo que cometeu vários assassinatos nos Estados Unidos no fim dos anos 1960, entre eles o da atriz Sharon Tate, esposa do diretor de cinema Roman Polanski.

fingem amar, são agradáveis, simpáticos, se fazem presente, são divertidíssimos, são aquilo que as pessoas querem que sejam, aquilo que necessitam, uma pessoa “quase perfeita”, mas que é a pessoa mais perigosa possível. (SILVA, 2003, p. 175)

Apesar de toda adaptação que são capazes que ter e ainda que sejam simpáticos têm uma tendência a serem antissociais, podendo viver isolados por muito tempo. Ou na infância, na juventude, na adolescência, na velhice, no divórcio, em algum momento demonstram, aquele garoto que sofre bullying na escola; ou aquela menina isolada na adolescência, mas que na juventude tem uma inclinação à relacionamentos sem duração, se envolvem com qualquer pessoa sem apego, só para passar a noite; aquele homem que se divorciou e agora vive uma vida toda errada, saindo cada noite com uma garota de programa; ou aquela senhora viúva que nenhum dos filhos e netos a visita ou passa algum tempo com ela. (SILVA, 2003, p. 83-84)

Parecem acontecimentos normais de serem vividos e são, por pessoas normais e por sociopatas, mas sobretudo, nestes acontecimentos há detalhes que só os sociopatas possuem, mesmo na solidão, permanecem excêntricos, mentirosos, egoístas, cruéis, frios, ambiciosos, desprovidos de amor, carinho e apreço, extremamente calculistas e ausentes de remorso. Eis a diferença. E por estas diferenças que os fazem serem antissociais.

São absolutamente inteligentes, em alto grau de inteligência, sabem do que podem acontecer, por isso, são tão calculistas. São academicamente superiores, em muitos casos os melhores da turma, os melhores na escola, faculdade, cursos. São capazes de entender determinados assuntos sem sequer lerem algum livro sobre aquele tema. Tiram as melhores notas, as mais altas, mas sabem usufruir de suas inteligências para manipular todos ao seu redor. A inteligência é o que os faz perigosos, são tão espertos e perspicazes que sabem quando são descobertos, quando estão sendo investigados ou quando há o menos sinal de desconfiança e podem assim despistarem e desfazerem de todas as provas que os entreguem ou os condenem. (SILVA, 2003, p. 12/121-125)

Muitos seriais killers possuíam Q.I. elevados, tanto que conseguiam enganar até mesmo os policiais, desfaziam de suas pistas, por exemplo, o “Zodíaco” que

nunca teve sua identidade descoberta ou revelada de tamanha sua inteligência. (CASOY, 2004, p. 319)

Sua manipulação nota a fraqueza da outra pessoa, o sociopata sabe onde a outra pessoa tem um ponto fraco e faz dele sua arma, explora a pessoa ao máximo. Suas preferências de vítimas são pessoas mais fracas, tristes, mais isoladas e sozinhas, pessoas inseguras. São controladores e as vítimas geralmente não percebem como estão sendo dominadas e persuadidas. (SILVA, 2003, p. 69)

Se incomodam quando alguém demonstra ser mais fortes e mais astutos que eles, procuram e anseiam pelo controle, nem que para isso precisem usar da violência. Quando crianças ou mais jovens os sociopatas costumam torturar animais, cães, gatos, sapos, etc, ou com pessoas indefesas, como crianças mais novas, pessoas com deficiência, sobretudo pessoas que não tem como se defenderem. Se alguém apresenta algum comportamento violento, como, socar a parede, ou bater em qualquer coisa que estiver próximo, jogar algo, objetos ao chão, ou agir subitamente de forma agressiva, pode ser que esteja diante de um sociopata.

O fato de ser violento não é o suficiente para caracterizar um sociopata, mas as demais características devem estar em consonância. O aspecto violento deve ser aquele que surge a qualquer momento, em casos simples que o deixe perturbado.

O ego dos sociopatas é o maior dos demais. Acreditam ser os melhores em tudo. Se alguém os criticam não se importam, se os repreendem não adianta. Esperam as melhores recompensas e reconhecimentos, empregam tamanha dedicação que não admitem não ganharem, almejam o topo e sempre se destacam. Podem até não empregarem tanto esforço, mas não se conformam em não receberem o que acham que merecem. O que veem de suas qualidades e capacidades é de forma distorcida de como as outras pessoas os veem. Um exemplo é alguém bem sucedido que se acha o melhor naquela profissão, e ainda que não seja não há nada que o convença do contrário, seu ego é muito maior que se imagina.

Outro aspecto é o narcisismo, se acham mais bonitos, charmosos e elegantes. Não gostam de ouvir as qualidades dos outros, preferem falar de si e ouvir as pessoas falando dele. Perdem tempo em frente ao espelho se olhando, se

arrumando e se adorando. Não se importam com o que falam deles, nem de suas aparências, nem do que falam deles.

Nota-se a presença destes sociopatas quando em um recinto alguém parado e olhando fixamente para alguém, até gerar um incômodo. Os sociopatas gostam de encarar as pessoas até deixa-las desconfortáveis. Pode ser para flertar alguém, gerar alguma discussão ou simplesmente apreciar alguém até a pessoa ficar desconfortável.

O que muitos estudiosos de sociopatas têm a declarar sobre suas características, que em sua personalidade e expressões faciais não são os pontos mais fracos, pois é difícil identificar um sociopata pelo seu jeito de agir ou seu comportamento. O melhor é concentrar-se nos olhos de um, eles são mais expressivos do que suas faces, seus olhos muitas vezes quer dizer algo que não são capazes de falar.

Os sociopatas, como ser notado, não costumam perder o tempo deles com pessoas que não vão lhe dar “retorno”, se eles se envolvem, se aproximaram se aturam é para atingir seus objetivos. Eles não são um livro aberto, ainda que estejam em um relacionamento amoroso estável e duradouro, não vão facilmente contar sobre o que sentem e o que viveram, ao menos que faça parte de seus planos. Eles dizem também exatamente aquilo que desejam ouvir, então nos relacionamentos a mulher ou o homem que se apaixona perdidamente por um sociopata vai acreditar que encontrou sua alma gêmea, que deseja passar todos os dias de sua vida ao lado dele, e com o tempo perceberá que em poucos meses o comportamento deles vai se tornar tão profundo que farão com que acreditem que se conhecem há séculos.

Em um namoro o mais comum é que eles façam com que sua parceira ou parceiro acabe se afastando de sua família e amigos bem aos poucos, sem que notem ou que seus relacionamentos sintam uma ausência brusca, fazendo parecer que foram por livre e espontânea vontade. Como foi dito, os sociopatas preferem se sentirem no controle, então parentes demais, os sogros frequentando demais sua casa, os amigos ligando sempre os farão se sentirem ameaçados, por esta razão irão manipular seu namorado ou namorada para que inventem desculpas para não saírem, inventem problemas para dificultar a vinda das visitas. São tão astutos que

no menor sinal de desconfiança e confusão do parceiro, cônjuge, se farão de vítimas, dirão que somente eles são capazes de amá-lo e que seus parentes, pais ou amigos não gostam dele por certas razões que não são justificáveis. Fazendo todos ficarem contra o relacionamento que têm, vai dar a chance deles terem o controle total e absoluto.

Em matéria de manipulação eles são sagazes. Podem ser tomados como imaturos por assim dizer, já que nenhum erro que cometem tomam como lição e aprendizado e sim como desafio e aventura. Não são compreensíveis, não tomam seus erros para reparar, fazer diferente ou evoluir, não se importam.

São extremamente egoístas, pensam em si o tempo todo, planejam as coisas somente pensando em si, ninguém mais está nos planos deles. Não compartilham e dividem nada. Tudo sempre é para seu próprio interesse e vontade. Não são capazes de notar a dificuldade do outro, não pensam no outro, olham tão só para o próprio umbigo, que o mundo inteiro pode estar desabando ao seu lado que não vê e não se importa. Sofrem de carência, acreditam que o outro deve viver para fazê-lo feliz, tudo que o outro faz deve ser para ele, para alegrá-lo, o amar, o deixar mais satisfeito. Geralmente os sociopatas não gostam de assumir responsabilidades, por exemplo, assumir ser o pai da criança, não estava no planos deles então não assumirão, pra eles é bem simples, assumir uma responsabilidade para obter ganho, por exemplo, ser o presidente de uma empresa é bem viável para eles, notório, se destacam, agora cuidar de alguém que necessite de seus cuidados ou assumir a paternidade, fora de cogitação.

5. ESQUIZOFRÊNIA (PSICÓTICA)

Talvez uma dúvida que paira quando tratamos desta doença mental: um esquizofrênico pode ser doente por genética? Sim, houve um caso em que o pai trazia seu filho no cometimento de seus crimes, era seu filho que lhe auxiliava nas ferramentas que utilizava, inclusive na morte de um irmão, que ambos amarraram a criança em uma escada e o lançou ao fundo de um rio, este caso foi do maníaco Joseph Kallinger (O Sapateiro), que desde pequeno era castigado a marteladas e vítima de abuso sexual. Já adulto, casou-se mais de uma vez e teve cinco filhos, nos quais aplicava mesmas torturas sofridas quando criança, até ser denunciado por três de seus filhos. Diagnosticado com esquizofrenia paranoica, tinha na época surtos e comunicava-se com uma “cabeça imaginária”. Fez com que seu filho de 13 anos o auxiliasse em seus crimes (assaltos e assassinatos), até matar um de seus filhos:

Poucas semanas depois, a segunda vítima: o próprio filho: Joseph Jr. Com a justificativa de tirar fotografias, Joseph Kallinger e Michael Kallinger o levaram a um prédio abandonado. Lá amarraram-no em uma escada de obras e o jogaram em uma área inundada, onde morreu afogado. (ABRIL, 2015, p. 68-69).

Nota-se que esquizofrênico ou não é passível de cometer assassinatos e considerando que a esquizofrênica há estágios, em fases de histeria ou depressão a pessoa pode ser capaz de cometer algum crime.

5.1 Conceito

Segundo uma perícia de 12 de fevereiro de 2001 sintetizada no livro O Crime Louco de Ernesto Venturini, Domenico Casagrande e Lorenzo Toresini (2012, p.107):

1. M.G. era portador de esquizofrenia paranoide crônica, em fase de proclamada reagração; a presença de floridos delírios persecutórios de envenenamento, contaminação e outros males, bem como a total ausência de qualquer consciência da doença, o induziram, antes do homicídio, a assumir comportamentos agressivos em relação ao pessoal de assistência e a proferir ameaças de morte; as terapias farmacológicas e, sobretudo, o tratamento terapêutico global prestado a M.G. no período imediatamente precedente e concomitante aos fatos objeto da causa, não resultaram

idôneos para tratar de seus graves distúrbios e conter sua periculosidade social.

2. O livre acesso às facas de cozinha, especialmente, àquela concretamente utilizada para desferir os golpes letais em C.A., não estava em conformidade com a satisfação das exigências de cautela necessárias à gestão de caso 108 clínico tão grave, comportando riscos manifestamente altos em uma gestão extra-hospitalar do paciente; mesmo se admitindo que, em condições “normais”, tal acesso pudesse lhe ser consentido para fins de reabilitação, em condições excepcionais, como as presentes durante a fase de “alarmante” descompensação delirante persecutória de M.G., o livre acesso às facas e a outros objetos potencialmente perigosos da mesma espécie, não deveria ter sido consentido.

3. No caso em exame, como detalhadamente ilustramos nas considerações médico-legais, encontram-se inadimplências (negligências, imprudências e imperícias), de maior ou menor gravidade, dos operadores individualmente, a, de todo modo, configurar uma indubitosa responsabilidade de equipe na gestão do caso clínico, gestão que se mostrou claramente inadequada.

Os quesitos do MP dizem respeito à previsibilidade do evento, à idoneidade do tratamento farmacológico, à infração de medidas de segurança.

Naturalmente, todo raciocínio se desenvolve a partir de um ponto central: definir o perfil psiquiátrico do louco que cometeu um crime. Note-se, todavia, como esse perfil, na realidade, já está predeterminado e delineado. Com efeito, parte-se do pressuposto de que o paciente é “portador de periculosidade social”.

Neste caso acima o esquizofrênico com delírios possuía um comportamento agressivo, causando grave perigo social devido suas ameaças de morte. Independente de grave ou leve perigo alguém com esquizoide deve ter um cuidado redobrado e cumprir com o tratamento (remédios).

5.2 Características

A melhor definição de esquizofrenia²⁴ indica uma psicose crônica idiopática, aparentando ser um conjunto de diferentes doenças com sintomas que se assemelham e se sobrepõem. A esquizofrenia é de origem multifatorial onde os fatores genéticos e ambientais parecem estar associados a um aumento no risco de desenvolver a doença. Esse artigo tem como objetivo fazer uma revisão de alguns aspectos englobando: história, sintomatologia, tratamentos e modelos experimentais da esquizofrenia. Melhor conceituando esquizofrenia pode-se indicar:

²⁴ Psicol. USP vol.17 no.4 São Paulo 2006. Esquizofrenia: uma revisão. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-65642006000400014>. Acesso em: 07 de maio de 2017.

Esquizoidia: a esquizoidia, ou psicopatia esquizóide, foi isolada por um dos primeiros criadores famosos da psiquiatria moderna. Desde o início, ela foi tratada como uma forma mais amena da mesma infecção hereditária que é a causa da susceptibilidade à esquizofrenia. (LOBACZEWSKI, 2014, p. 79)

5.3 Estudos comprovam

Graças a um levantamento realizado pelo psiquiatra forense Eduardo Henrique Teixeira²⁵, com os pacientes da Casa de Custódia de Franco da Rocha, em São Paulo, apontou que os esquizofrênicos que em seus delírios tenham cometido atos criminosos violentos não tinha naquele momento demonstrado quaisquer sinais de ansiedade ou raiva, tampouco em momentos anteriores.

Não houve nenhuma mudança também na rotina e nas atividades cotidianas destes esquizofrênicos. Não alteraram sequer suas refeições ou seus trabalhos, portanto, o comportamento emocional dos esquizofrênicos não oscila enquanto praticam seus crimes violentos.

Estes aspectos foram apontados em dissertação de mestrado apresentada por Teixeira na Faculdade de Ciências Médicas (FCM). Orientado pelo professor Paulo Dalgalarondo, o trabalho envolveu a análise de prontuários e avaliação médica em 30 homens portadores de delírio que nunca praticaram crimes violentos e estavam internados no Hospital das Clínicas da Unicamp (HC) e no Hospital Psiquiátrico Américo Bairral, na cidade paulista de Itapira. Estes dados foram comparados às análises de outros 30 pacientes da Casa de Custódia de Franco da Rocha, todos julgados por crimes violentos, inclusive contra a família.

Claro que o intuito do médico era provar que o esquizofrênico só agiria de forma violenta ausente dos delírios esquizofrênicos, mas presente o uso de drogas e álcool e os antecedentes pessoais, não significando que estes doentes mentais sejam brutais ou violentos por natureza da doença deles. Assim o psiquiatra "*A experiência em perícia psiquiátrica me levou a investigar o mecanismo que está por*

²⁵ Teixeira, que é professor da PUC-Campinas, partiu da hipótese de que haveria alguns elementos intrínsecos do delírio que difeririam os esquizofrênicos praticantes de violação penal grave daqueles que nunca haviam transgredido a lei. Texto: Raquel do Carmo Santos. Fonte: Jornal da Unicamp.

trás das práticas criminosas, uma vez que os resultados poderiam auxiliar a decisão dos colegas na conduta médica", explica.

E por meio deste estudo Teixeira concluiu que o esquizofrênico no ato de um crime brutal não seria diferente das demais pessoas, já que, no ato do crime não sinta quaisquer sentimentos de raiva ou anteriormente, tampouco, teve alguma alteração no seu dia a dia, portanto, assim como demais pessoas que cometem crimes não deixam suspeitas na sua rotina, subtende-se que há semelhanças. "*Os esquizofrênicos não são mais violentos do que a população em geral. Eles não são perigosos. O risco de violência é resultado de um subgrupo específico, que foi objeto de estudo da pesquisa", esclarece.*

Mas o que seria o delírio? Ao entendimento do psiquiatra, um delírio só se caracteriza pelo contexto da realidade que vive alguém que sofre com estes delírios. Há possibilidade e ser mais comuns surtos e paranoias, ou surtos persecutórios (aquele sentimento de que o vizinho esteja perseguindo ou observando constantemente ou que estejam tramando algo ou armadilhas contra a pessoa que sofre destes surtos). O fato é que estes delírios sempre se relacionam com algum fato pessoal do esquizofrênico como o afeto, a ansiedade, a raiva e inibições de ações que o faz deixar de praticar os atos que frequentemente fazia.

Mas como é o perfil de um esquizofrênico e como ele vive afinal? Um esquizofrênico conforme as pesquisas feitas são indivíduos que têm uma visão distorcida da realidade não possuindo a capacidade para distinguir o que é realidade ou delírio. Costumam ter fases de esquizofrenia, ora são ansiosos e tempestivos, ora são depressivos e podem ser até mesmo agressivos.

6. PEDOFILIA

Devemos ter em mente que não existe pedofilia ou crimes sexuais porque simplesmente são normais, ou seja, não é algo que a sociedade deve tolerar. A grande realidade que nos cerca é que em qualquer momento uma criança pode ser vítima de pedofilia, pode ser na creche em que os pais deixam seus filhos, nas escolas primárias e escolas variadas, pode ser quando a criança esteja em casa e permite que seu vizinho entre facilmente, ou o motorista do fretado em que a criança utiliza para ir e vir da escola, na igreja em que frequenta, ou um parente que a vê todos os dias. Pode ser contínuo, esporádico ou durar em apenas um momento. Pode ser por carícias, insinuações, sem contato físico ou com relação sexual, mas todo e qualquer ato sexual com relação à criança não deve ser tolerado.

6.1 Conceito

O ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente) preconiza os crimes envolvendo a pedofilia:

Art. 240 e 241 do ECA – utilização de criança ou adolescente em cena pornográfica ou de sexo explícito; comércio, difusão; posse de material; aliciamento de menores.

Para tanto conclui-se que o conceito de pedofilia seria segundo artigo de Cleber Couto²⁶:

Pedofilia é uma forma doentia de satisfação sexual. Trata-se de uma perversão, um desvio sexual, que leva um indivíduo adulto a se sentir sexualmente atraído por crianças. Apesar da divergência conceitual entre médicos e psicanalistas, tendo-se como base a Classificação Internacional de Doenças da Organização Mundial da Saúde, que no item F65.4, define pedofilia como preferência sexual por crianças, quer se trate de meninos, meninas ou de crianças de um ou do outro sexo, geralmente pré-púberes ou no início da puberdade.

6.2 Características

²⁶ COUTO, Cleber. Pedofilia no Estatuto da Criança e Adolescente. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4421, 9ago. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/41178>>. Acesso em: 7 maio 2017.

Um pedófilo não é insano e tem total consciência de estar cometendo um ato contrário à lei e totalmente condenável e repudiado pela sociedade, mas nada disso o impede de agir, basta uma oportunidade e a existência de uma ou mais crianças e seus crimes são consumados ou ao menos tentados.

Existe o transtorno parafílico, onde o pedófilo pode ser diagnosticado como um ser transtornado por algum fato ou tendência genética a este crime, mas este transtorno pode também nunca ser diagnosticado e um pedófilo pode viver a vida toda com este segredo sem ninguém saber e claro se a criança nunca disser ou simplesmente um pedófilo pode nunca cometer um crime, mas manter em segredo tal desejo sem nunca contar a alguém.

Um molestador ou um abusador é pedófilo, há diferença sim, este tem atitudes mais sutis, não são tão explícitos, tendem a usar de carícias como suas “armas”, tentam se aproximar aos poucos das crianças e pode inclusive a criança nunca ser violentada, mas um molestador é mais violento, invasivo e consumam suas fantasias sexuais com as crianças.

Pode-se dizer que um abusador seria um pedófilo sem muita experiência já que em sua maioria quase sempre são pegos ou seus crimes não duram muito tempo, como os molestadores que praticam diversas vezes seus crimes e até mesmo com a mesma criança. Um abusador não é muito sociável e percebe que por esta razão não conseguirá possuir a criança nem conquista-la facilmente. Um molestador já é mais ousado, age violentamente, pois, afloram suas tendências sexuais com crianças devido a grande estresse, uma circunstância perturbadora, uma briga ou separação conjugal e tudo influencia para que ele seja mais agressivo e violento.

Há molestador não só de crianças, como o molestador regredido, que para se satisfazer momentaneamente utiliza-se de grupos de pessoas diversas, como idosos ou deficientes físicos e/ou mentais. Há molestador que prefere a prática de incesto, outros que preferem manipular suas vítimas e mantém guardadas as fotos e vídeos de suas vítimas. Pode haver sim molestadores que sofrem de retardo mental e por esta razão não medem suas ações ao atacar as crianças, pois não percebe a diferença entre o certo e o errado, por esta razão nem sempre manifestam personalidade violenta, ao menos que não consiga manter perto de si a vítima.

Acima eu havia dito que pedófilos não são insanos, mas um molestatador ainda que com retardo mental que deseja violentar uma criança é possível que tenha consciência disso então, não um instinto já que se for frequente tal ato e com crianças não isenta sua deficiência mental para prática do abuso.

Há molestatadores que preferem encontrar suas vítimas em parques infantis e procuram crianças pequenas o suficiente para não entenderem muito bem o que está acontecendo, preferem também locais com grande concentração de crianças para seduzir as crianças. Podem procurar uma relação sexual mais intensa com a prostituição infantil ou preferem casar-se com a mãe da criança ou das crianças.

Podemos basear-se na Lei nº 12.015 de agosto de 2009, que trata-se dos crimes contra vulneráveis, bem como, no art. 227, § 4º da Magna Carta que traz em seu texto a punição severa aos abusos, violências e exploração sexual de crianças e adolescentes. Considerando que vulneráveis, segundo o atual Código Penal, tem-se os menores de 14 anos e sujeitos a abusos e exploração sexual.

Pode também ser vulnerável aquele que não possua o discernimento necessário para entender quaisquer dos atos de cunho sexual a que está sofrendo. Ou seja, vulnerável é aquele que sempre não puder oferecer qualquer resistência como se vê no art. 217, § 1º, 2ª parte. O fato de ter escolhido tal idade (14 anos) não foi mero capricho, com base em casos ocorridos que estipularam tal idade, visto que uma adolescente conseguiria reagir mais facilmente que uma criança de 12 anos, é um desenvolvimento e capacidade mais explícitos.

Apesar que para o Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 2º considera a criança aquela até a idade de até de 12 anos, mas há contradições com mais variados autores que afirmam ser criança aquela com idade de até 14 anos.

Mas nem todo pedófilo pratica ato sexual contra vulneráveis, mas sempre com crianças ou não seriam pedófilos, posto isto, agrava-se mais quando pratica-se contra vulneráveis. É simples de entender, um pedófilo pode ser pedófilo a vida inteira reprimido se nunca praticar, pode ser pedófilo a vida inteira e ninguém saber ou desconfiar ou pode ser pedófilo e ser descoberto.

A pedofilia em si não é crime. Como assim? Aquelas pessoas que têm desejo de se relacionar sexualmente com uma criança não são punidas, mas aquele que pratica sim, ou seja, aquele que se procura vídeos eróticos com crianças em na

internet não pode ser considerado criminoso, mas aquele que faz vídeos eróticos com crianças sem dúvida é um criminoso. Por isso, nem todo pedófilo é criminoso, assim como, nem todos os ataques a vulneráveis são pedófilos, como bem entendemos que o crime praticado contra vulnerável pode ser praticado por qualquer pessoa que não necessariamente seja pedófilo e sim um estupro de vulnerável.

Mas a grande polêmica quanto ao pedófilo é a classificação dada a ele pela Organização Mundial da Saúde (OMS): CID-10 classifica a pedofilia como doença, onde está inserida no rol dos Transtornos de Preferência Sexual ou Parafilias, com o código F65.4, e tudo inserido no grupo dos Transtornos Mentais e Comportamentais, com caracterização para preferências de crianças do sexo feminino ou masculino, para no caso de haver pedófilos homossexuais. Pois bem, estamos diante de um pedófilo que violentou um bebê, podemos dizer que ele é um doente mental e comportamental e pronto? Não, mas vamos analisar. Um pedófilo tem maturidade suficiente para saber o que faz com a criança.

7. ESTUPRADORES

Segundo o Artigo 213 do Código Penal Brasileiro "*constranger mulher à conjunção carnal mediante violência ou grave ameaça*". Pena - Reclusão, de 6 a 10 anos. O estupro é tipificado como crime hediondo, ex vi arts. 5º XLIII, da C. F. e 1º da Lei nº 8.072 de 25.07.1990.

Tem como elementos do crime de estupro:

- a) Conjunção Carnal: Cópula Vagínica com ou sem orgasmo;
- b) Violência:
 - Efetiva - Física: Escoriações, edemas, equimoses, hematomas etc.(Psíquica: Hipnose, anestesia, sono etc. e
 - Presumida: (Art. 224 do C.P.). Não é maior de 14 anos - Alienada ou débil mental - Não pode oferecer resistência;
- c) Grave Ameaça: É a promessa de um mal maior contra a vítima ou ente querido, sem constrangimento físico de violência moral. Temor do perigo.

Para Casoy (2004, p. 26) em seu livro aqui muitas vezes citado, um abusador de crianças é difícil ser reconhecido diante tantas pessoas das mais variadas etnias, raças, personalidades:

Em sua maioria, são homens, entre a adolescência e a meia-idade. Algumas características já foram constatadas:

- 8 homens para cada mulher é um abusador.
- Os casos mais frequentes de abusadores estão entre pais, padrastos, tios, avôs, primos e irmãos.
- 75% dos casos de abuso sexual, a criança conhecia seu abusador, em 20% o abusador é o pai natural, em 12% é o padrasto e em 2% é a mãe.

Há 03 tipos de abusadores sexuais classificados: os pedófilos; os odiadores de crianças e os aproveitadores de prostituição infantil.

7.1 Conceito

O entendimento sobre o estupro pode ser configurado pela recente Lei Ordinária Federal nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, traz no seu bojo profunda e inédita alteração no artigo 213 do nosso Código Penal, ao mesmo tempo em que acrescenta o artigo 217-A nesse Diploma, ambos relacionados ao crime de estupro:

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso.

(...)

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (quatorze) anos: Pena – reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

7.2 Características

Um esturador não é diferente de um pedófilo, possuem na maior parte, os mesmos defeitos, anseios e são brutais ou capazes de cometer seus crimes cruéis sem pudor, ou sentimento de culpa.

Os crimes violentos são mais fáceis de serem solucionados pela polícia quando é feito o perfil do criminoso, por exemplo, o modo como consumam e assinam seus crimes. Há criminosos sexuais que preferem turistas, como ocorreu no Rio de Janeiro, em que três rapazes estupraram uma americana dentro de uma van, no bairro da Lapa²⁷. O que mais têm em comum com os demais doentes mentais criminosos? Todos são capazes de viver socialmente, conviver em família sem nunca serem notados como criminosos. E esturadores costumam ser violentos e voltam quase sempre a atacarem.

“São agressores que não escondem a identidade porque, para eles, essa é a utilidade da mulher. Eles escolhem locais seguros. São pessoas que convivem bem na sociedade, mas sempre vendem a fama de machão”, afirma Ilana Casoy, especialista em traçar o perfil psicológico de criminosos.

Os esturadores são um dos agressores mais violentos, podem desprezar a condição humana das vítimas, tratando-as como objetos descartáveis e não sentem nada, nem desprezo nem culpa. São perversos e violentos, as vítimas dificilmente conseguem fazer justiça, vivem com medo, entram em depressão e síndrome do pânico, não conseguem nem viverem mais sociavelmente, tampouco, conseguem relacionar-se com outra pessoa ou manter os relacionamentos que já possuem.

²⁷ Wallace Aparecido Souza Silva, de 22 anos, Jonathan Foudakis de Souza, de 19, e Carlos Armando Costa dos Santos, de 21 anos, são acusados de esturpar uma americana dentro de uma van na Lapa.

O estupro é um crime que por origem sofre pela repetição. É muito comum um caso de estupro ir parar na mídia e serem divulgadas as fotos dos criminosos que outras vítimas tomam coragem e vão relatar as violências sofridas. Dificilmente uma vítima sozinha relata e pede ajuda, preferem se manter no anonimato, mas quando uma tem coragem as demais se manifestam e assim é possível concluir o perfil do criminoso e suas repetições. O que ocorre é que a vítima acredita que apenas denunciar não será o suficiente enquanto eles estiverem soltos, e acreditam que a justiça e policiamento de nosso país nada farão, netão preferem sofrerem caladas ou seus familiares decidem fazer a justiça “com as próprias mãos”.

O caso que foi descrito acima, no Rio de Janeiro, a americana e seu namorado francês foram pegos pelo trio criminoso. Mantiveram-na presa com abraçadeiras de plástico nos punhos enquanto cometiam a violência sexual e seu namorado amarrado também, deveria assistir tal barbárie sem nada poder fazer e quando se esquivava de olhar era agredido violentamente no rosto, motivo pelo qual fraturou os ossos de sua face.

“Eles, com certeza, não estavam só preocupados com a gratificação sexual”, afirma Ilana Casoy, diz a especialista em traçar o perfil psicológico de assassinos. Entre outras investigações, Ilana ajudou nos casos do maníaco de Guarulhos (SP), do maníaco de Contagem (MG) e no de Suzane von Richthofen.

No fato criminoso em questão conforme as análises da especialista pode-se concluir que estes criminosos têm o perfil de esturpadores dominadores, pois, não se importaram em esconderem suas identidades, queriam aquilo de qualquer forma, a utilidade da mulher para eles era satisfazê-los sexualmente daquela forma. Eles escolheram um local fechado, a van, um local seguro, não exposto. São rapazes que gostam de ter a fama de “machão” perante os demais, mostrar virilidade, capazes de esturpar uma turista e poderem dizer isso para os demais, fazerem piadas e levarem como troféu tal crime, mostrando que são superiores àqueles que não fizeram isso.

O trio, segundo as investigações costumavam atacar em um período de 20 dias. Utilizavam-se de violência física e verbal e após repercussão midiática outras duas vítimas fizeram a denúncia.

Este perfil criminoso (dominador) é aquele em que os criminosos não lidam com suposições, respondem apenas as perguntas de fatos. Já o perfil “romântico” é

mais comum de pertencerem aos solteiros, procuram as mesmas vítimas, o que facilita os flagrantes da polícia. Ocorrem geralmente seus estupros no período de duas semanas. Já o perfil “vingador”, busca machucar a vítima, reascende sua ira quando lembra de algum trauma com relação a injustiça que sofreu de uma mulher ou que no seu imaginário tenha sofrido. Conhecem quase sempre suas vítimas, e por isso tem seus intervalos de ataques maiores (de seis meses e a um ano), para poderem se aproximarem de cada uma delas. Tem também o perfil do “sádico”, que tem a tendência a ser os chamados “serial killer”, têm um pouco do “vingador”, pois, praticam o ato para machucar e humilhar, mas preferem serem mais cuidadosos para não serem pegos pela polícia. Podem ter transtornos psicológicos, imaginam e têm fantasias de suas violências e com suas vítimas tentam a concretização delas. Um caso semelhante e que repercutiu por todo o país, foi o maníaco do parque²⁸.

Outro perfil é o “oportunista”, que não tem o intuito principal de estuprar e sim assaltar a residência ou o local e que ao concluir seu assalto ou obtenção do que desejava e nota a vulnerabilidade de sua vítima e a situação em que se encontra e vê como uma oportunidade para o cometimento do abuso sexual.

Nem todos os estupradores sofrem de transtorno psiquiátrico, portanto, nem todos são doentes mentais, por exemplo, o estuprador que pratica o estupro mantendo sua vítima presa, sai, continua sua rotina, volta e continua estuprando, numa espécie de aprisionamento em cativeiro não se trata de apenas um transtorno mental, já que é capaz de continuar com sua rotina sem demonstrar nada. Ou aquele estuprador que é capaz de dar banho em sua vítima após o ato ou após mata-la, que utiliza cordas e locais específicos, que invadem as residências de suas vítimas sorrateiramente, são aspectos de aprimoramento, experiência e de sua inteligência e não de sua insanidade ou demência.

“Existem muitos estupradores com transtorno de personalidade. Há os que têm anomalia na formação da personalidade, principalmente na parte sexual. São pessoas inseguras, sem capacidade de conquistar uma mulher e, normalmente, acham que o desempenho sexual é ruim. Ele só consegue ter sexo à força, nunca em uma relação de igualdade”, explica Miguel Chalub, professor de psiquiatria da

²⁸ Maníaco que confessou ter estuprado e matado dez mulheres em 1998 na região do Parque do Estado, na capital paulista -, que agia sempre da mesma forma e terminava matando as vítimas. Os investigadores concluíram que o objetivo dele era machucar as mulheres, a quem culpava pela disfunção erétil.

UERJ. (Revista Veja. Por dentro da mente de um estuprador. Por Cecília Ritto, abr 2013, 09h43)

Há estupradores psicopatas?²⁹ Sim, assim como pedófilos com perfis de psicopatia. Estes que têm este perfil são os mais perigosos, pois, ausente estará a culpa e o remorso, bem como, ausente de empatia.

Segundo o psiquiatra Antônio de Ávila Jacintho³⁰, pesquisador do Laboratório de Psicopatologia Fundamental da Unicamp:

Toda doença mental é multifatorial. Grande parte dos psicopatas apresenta transtorno de conduta quando criança. São pessoas que viviam em ambientes violentos e socioeconomicamente ruins, sem a figura de uma pessoa cuidadora. Além dos fatores ambientais, há também os biológicos, mas para estes as pesquisas ainda estão em fase inicial.

É possível recuperar um criminoso sexual com algum tratamento psiquiátrico? Sim, mas é mais demorada e não muito utilizada. Alguém que sofre da ausência de culpa e remorso não acredita que tenha cometido algo errado, então fica muito difícil tratar alguém que não acredite que precise ou que não acredite que tenha cometido algum crime. O apoio psicológico ou o tratamento ironicamente é mais utilizado pelas vítimas, que sofreram o abuso e necessitam retomar às suas vidas. Até porque quando são tentados os tratamentos nos autores, basta voltarem a viverem soltos que cometem novamente os estupros.

Há estudiosos e investigadores que acreditam que seja mais viável uma investigação, perfis criminosos mais precisos, estatísticas criminais e segurança pública mais forte, ao invés dos tratamentos psiquiátricos.

O psiquiatra José Geraldo Taborda³¹, da Associação Brasileira de Psiquiatria, afirma que:

Hoje, no Brasil, são oferecidas drogas anti-impulsivas e psicoterapia comportamental. A eficiência é limitada. Acho excelente a terapia hormonal, como nos Estados Unidos. É uma alternativa que se deveria considerar.

²⁹Revista Veja. Por dentro da mente de um estuprador. Por Cecília Ritto, abr 2013, 09h43. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/brasil/por-dentro-da-mente-de-um-estuprador/>> Acesso em: 07 de maio de 2017.

³⁰ O professor Antônio Carvalho de Ávila Jacintho, psiquiatra e psicanalista da universidade Estadual de Campinas (Unicamp), desenvolve um trabalho voltado para a psiquiatria infantil e tem acompanhado crianças portadoras de transtornos mentais.

³¹ JGVT é Psiquiatra Forense, autor de artigos, capítulos de livros e da obra de referência na bibliografia brasileira, “Psiquiatria Forense” (Artmed, 2012, 2ª edição). É Professor Associado de Psiquiatria da Universidade Federal de Ciências da Saúde de Porto Alegre (UFCSPA).

Mas aqui todos os que se dizem politicamente corretos atacariam a ideia, afirma. (Revista Veja. Por dentro da mente de um estuprador. Por Cecília Ritto, abr 2013, 09h43)

Há como nos Estados Unidos a castração química, na qual é injetada hormônios nos criminosos estupradores que bloqueiam a testosterona, não permitindo que os criminosos consigam abusar sexualmente de mais vítimas. Ou então, difundir como em demais países, informações sobre os criminosos condenados pelos crimes de estupro e pedofilia, como endereço, nome e fotografias, que acaba pelo próprio criminoso deixar de cometer os crimes por medo e receio de algo pior acontecer.

Nos Estados Unidos, na Califórnia, uma lei foi criada para impedir que um criminoso sexual se aproxime de parques públicos, devem permanecer afastados pelo menos 600 metros destes parques, ainda que moradores tenham construídos pequenos parques em lotes não construídos (fato proposital) devem os criminosos permanecerem distantes destes também.

7.3 Pedófilos x Molestadores

Para melhor compreendermos primeira noção que se deve ter em mente que nem todo pedófilo é abusador sexual ou molestador e vice versa. O pedófilo tende a ter mais fantasias sexuais, pois sofre de um transtorno sexual envolvendo crianças, principalmente porque são mais vulneráveis e têm menor capacidade de resistência.

A diferença entre um pedófilo e um abusador de crianças e que aquele procura evitar o contato com crianças e na maioria das vezes procura se satisfazer com imagens e vídeos, mas o abusador é aquele que é próximo da criança e que conquista a confiança dela, pode ser um vizinho, um amigo da família, ou até mesmo, um parenta, tio, avô, primo, pois já possuem certa intimidade a ponto de frequentar a casa, conhecer e ter contato com a família, assim afirmado por Casoy (2004, p. 27) “*Segundo o Departamento de Justiça dos EUA, em 90% dos casos de estupro ocorrido com crianças pré-púberes, a vítima conhecia seu algoz*”.

Esse abuso pode avir de uma chantagem e ameaças em que a criança se vê na obrigação de cumprir com tal exigência, já que, o abusador é de “confiança” e a

conhece tão bem. Manter-se perto de crianças a qualquer custo é sua marca registrada. Bem entendemos estes conceitos pelo o que Casoy cita em sua obra:

É importante conhecer a diferença entre um pedófilo e um molestador de crianças. A pedofilia, desordem psicológica, consiste em uma nítida preferência sexual por pré-púberes (menores de 12 anos), mas não requer que a pessoa realmente se envolva num ato sexual de fato. O pedófilo pode manter suas fantasias em segredo, sem nunca dividi-las com ninguém. (CASOY, 2004, p. 27)

Já o molestador não difere-se tanto do abusador, mas é sem dúvida, aquele indivíduo que se convence de que a criança deseja se relacionar sexualmente com ele e acredita que aquela atitude não seria crime nenhum e que seria aceitável, visto que a criança também queria.

8. A LEI BRASILEIRA: ENTEDIMENTOS E JULGAMENTOS

“Se a recompensa é maior que o risco, vale a pena corrê-lo. Se a punição for extrema, não haverá crimes”. (Ilana Casoy)

Como podemos nos deparar com as brutalidades todos os dias em programas televisivos tais como “Cidade Alerta” e “Brasil Urgente” e nos conformarmos? É para se surpreender e indignarmos quando nos deparamos com um pai que violenta sexualmente sua filha; uma mulher que mata seus filhos; que uma mulher planeja com o genro a morte de sua filha; que um rapaz mate sua namorada brutalmente; que uma mulher mata e esquarteja seu marido; que um pai jogue da janela sua filha. Será que devemos acreditar que todos os dias desastres e crimes brutais como esses acontecem e não há nada que façamos? Devemos acreditar que são apenas mais um crime cruel que aconteceu? Só mais um? Não, porque o conformismo só piora e um dia alguém próximo de nós pode ser vítima de brutalidade similar a estas.

Temos hoje nessas pessoas um pouco dos perfis de pessoas psicopatas, sociopatas, pedófilos e estupradores, mas não existe há pouco tempo, esses perfis criminosos sempre existiram, desde a época em que haviam as inúmeras formas de torturas mais brutais, absurdas e violentas.

8.1 Assassinos em Série

Para Ilana Casoy³², é desnecessário aumentar a punição para os crimes em série. “A lei brasileira já prevê a multiplicação da pena pelo número de vítimas”, lembra. Questionada sobre o direito à progressão do regime para esses criminosos, ela diz ser favorável, mas faz ressalvas.

Um serial killer não é necessariamente um doente mental. Para se chegar a essa conclusão é preciso haver um laudo psicológico e psiquiátrico. Definido isso, aí podemos discutir a progressão de regime e de

³² Serial killer, figura invisível só para a lei. Por Adriana Bernardes, abr 2010, 08h00. Disponível em: <http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2010/04/18/interna_cidadesdf,186939/serial-killer-figura-invisivel-so-para-a-lei.shtml> Acesso em: 20 de agosto de 2017.

que forma ela se dará, porque prisão sem horizonte é muito mais do que um castigo.

A jurisprudência pátria caminha para validar essa mesma tese, de acordo com a ementa descrita:

AGRAVO RETIDO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ESTADO DO PARANÁ. ILÍCITO CIVIL. FORO DO LOCAL DO DELITO OU DO DOMICÍLIO DO AUTOR. Tratando-se de ação indenizatória por danos morais decorrente de ato ilícito (civil ou penal), incide a regra disposta no art. 100, parágrafo único do Código de Processo Civil, que prevê como competente, para julgamento da ação o foro do domicílio do autor ou o local do fato, a critério do demandante. Precedentes jurisprudenciais do STJ e do TJRS. APELAÇÕES CÍVEIS E REEXAME NECESSÁRIO. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS E MATERIAIS. ESTADO DO PARANÁ E ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. OMISSÃO ESTATAL. FALHA EM DILIGÊNCIAS QUANTO À FUGA E DETENÇÃO DE ASSASSINO SERIAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO. O Estado (latu sensu) responde objetivamente por eventuais danos causados, seja de ordem moral ou material, porque incide a teoria do risco objetivo da administração. Mesmo em se tratando de conduta omissiva pela inoperância estatal no cumprimento de um dever prestacional, a responsabilidade estatal dá-se de forma objetiva, na esteira do disposto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal. Hipótese dos autos em que os autores buscam a condenação do Estado do Paraná e do Estado do Rio Grande do Sul ao pagamento de danos morais e materiais decorrentes do óbito de seu filho, assassinado pelo **serial killer Adriano da Silva**, imputando **aos Estados da Federação responsabilidade pelo evento danoso pela falha no dever de guarda do detento e desídia em sua captura**. Falha do Estado do Paraná consubstanciada na fuga do assassino, que estava preso sob sua custódia, e principalmente pela desídia ao não registrar no sistema INFOSEG a existência de condenação e dos mandados de prisão expedidos contra o assassino, dificultando sua captura. **Falha do Estado do Rio Grande do Sul pela ausência de diligências mínimas das autoridades policiais na averiguação da identidade de pessoa detida, apontada como suspeito do desaparecimento de outra vítima, que se tratava do próprio assassino, mas se identificou com o nome de seu irmão, sem apresentar documento com foto, sendo liberado da Delegacia, vindo posteriormente a assassinar o filho dos autores**. Evidenciado que a sucessão de equívocos os Estados da Federação demandados foi determinante para a ocorrência do óbito do filho dos autores, seja pela falha no dever de guarda de detento e falta de providências para a sua captura, seja pela desidiosa conduta das autoridades policiais quando da detenção do homicida, liberando-o sem ao menor verificar a sua correta identificação, circunstâncias que certamente poderiam ter evitado o assassinato do filho dos autores, resta demonstrado o nexo de causalidade. Culpa concorrente afastada. Não comprovadas causas excludentes e evidenciado o dano e o nexo de causalidade, deve ser mantido o dever de indenizar. DANOS MATERIAIS. PENSIONAMENTO. FILHO MENOR. FAMÍLIA DE BAIXA RENDA. DEPENDÊNCIA PRESUMIDA. TERMOS DO PENSIONAMENTO. Tratando-se de família de baixa renda, é presumida a contribuição do filho menor na composição da renda familiar. (TJ-RS - AC: 70054679006 RS, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, Data de Julgamento: 28/08/2013, Nona Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 05/09/2013) **(grifo meu)**.

Assassino em série é julgado em nosso país assim como na jurisprudência anterior, afinal, a legislação brasileira deve buscar a justiça acima de tudo. Apesar de ser um entendimento diante de uma falha do Estado do Rio Grande do Sul existe, porém o fato da Justiça do Estado ser responsável no reconhecimento e punição do assassino em série (serial killer).

8.2 Psicopatas e Sociopatas

Em questão de solução e diante das leis que regem em nosso país, pode parecer para muitos um tanto ineficazes, e para outros talvez a melhor solução. Alguém como os psicopatas descritos anteriormente deveriam ser considerados imputáveis?

Há pesquisas que verificou-se que 4% da população mundial é acometida por tal transtorno³³ (3% homens e 1% mulheres), mesmo que um número muito menor o desenvolvam. Neste sentido a população não está tão acometida por tal influência, porém, não é de se descartar tal hipótese em razão do pequeno número.

Quanto aos jovens e crianças que já possuem indícios de sociopatia e psicopatia e que de certa forma já praticam crimes e aos criminosos (atos infracionais), como furtos, agressões e até mesmo assassinato, devem ser punidos como?

A esse propósito importante destacamos o entendimento jurisprudencial externado pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a seguir transcrita:

APELAÇÃO CÍVEL. ECA. ADOLESCENTE COM TRANSTORNO DE **PERSONALIDADE ANTI-SOCIAL E PSICOPATA**. PRÁTICA DE DIVERSOS ATOS INFRACIONAIS. MANUTENÇÃO DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA. Como preconizado pelo art. 1º do ECA, a medida socioeducativa possui como desiderato principal fazer despertar no menor infrator a consciência do desvalor de sua conduta, bem como **afastá-lo do meio social, como medida profilática e retributiva, possibilitando-lhe uma reflexão e reavaliação de sua conduta**. APELO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70048269666, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena. (TJ-RS - AC: 70048269666 RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Data de Julgamento: 16/05/2012, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 18/05/2012). **(grifo meu)**.

³³ Dados retirados da revista Isto é (2008).

E quanto a possibilidade de provimento de *habeas corpus*? Se possível, pode haver retorno à sociedade?

HABEAS CORPUS. APREENSÃO DE MENOS DE UM GRAMA DE MACONHA. DESNECESSIDADE DA PRISÃO, MEDIDA DE EXTREMA RATIO, EM UM PAÍS COM MAIS DE MEIO MILHÃO DE PRESOS, AUSÊNCIA DE PRESÍDIOS EM TODAS AS COMARCAS, ALTO ÍNDICE DE PRISÕES PROCESSUAIS, IMPORTANTE ESTATÍSTICA DE **PRESOS PSICOPATAS, CONDIÇÕES DESUMANAS NOS CÁRCERES E AGENTES PÚBLICOS QUE NÃO ACEITAM A CONSTRUÇÃO DE PRESÍDIOS EM SUAS CIDADES. LIMINAR CONFIRMADA. ORDEM CONCEDIDA. (TJ-RS - HC: 70058132671 RS, Relator: Nereu José Giacomolli, Data de Julgamento: 03/04/2014, Terceira Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 02/05/2014) (grifo meu).**

O grande destaque com esta jurisprudência é o fato dos presídios lotados estarem impedindo que os presos ainda que caracterizados como psicopatas estão tendo condições desumanas nos cárceres. Este problema é um dos maiores vividos no Poder Judiciário e perdura há anos. Mas o que pode ser feito? O índice de crimes tem aumentando freneticamente e manter em liberdade criminosos com estes perfis (sociopatas, psicopatas, assassinos em série, pedófilos e estupradores não deve ser possível), mas e as medidas de tratamentos a estes doentes mentais? O manicômio judiciário também estão lotados? Haveria outra forma de os tratarem sem os manterem presos ou sob medida de segurança?

8.3 Sociopatas

Sociopatas são perigosos, assim como os sociopatas. Deve-se atentar ainda que menores ou já aptos ao aprisionamento comum, e diante de tal doença presente em criminosos, necessário se faz a existência e a realização de exame criminológico. A jurisprudência pátria caminha para validar essa mesma tese, de acordo com a ementa descrita:

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. FECHADO PARA O SEMIABERTO. IMPOSSIBILIDADE. CARÊNCIA DO REQUISITO SUBJETIVO. SUBMISSÃO A EXAME CRIMINOLÓGICO. RÉU DIAGNOSTICADO COMO **SOCIOPATA E PSICOPATA**. DECISÃO IDÔNEA. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. 1. Admite-se o **exame criminológico pelas peculiaridades do caso**, desde que em decisão motivada. Súmula 439/STJ. Súmula Vinculante 26/STF. 2. A atual redação

do art. 112 da Lei de Execução Penal – LEP, conferida pela Lei 10.792/2003, retirou a obrigatoriedade do exame criminológico para concessão de benefício da execução penal. Contudo, a despeito de retirar a obrigatoriedade de tal exame, a nova redação do art. 112 da LEP não proibiu sua realização, que pode ocorrer quando o magistrado entender ser conveniente, desde que mediante decisão fundamentada. 3. **O silêncio da Lei a respeito da obrigatoriedade do exame criminológico, contudo, não inibe o juízo da execução do poder de determiná-lo, desde que fundamentadamente.** Isso porque a análise do requisito subjetivo pressupõe a verificação do mérito do condenado, que não está adstrito ao “**bom comportamento carcerário**”, **como faz parecer a literalidade da lei, sob pena de concretizar-se o absurdo de transformar o diretor do presídio no verdadeiro concedente do benefício e o juiz em simples homologador.** Precedente do STF. 4. Agravo em execução penal conhecido e improvido. (TJ-TO - EP: 50078487220138270000, Relator: HELVECIO DE BRITO MAIA NETO). (grifo meu).

O mais interessante deste entendimento que a obrigatoriedade do exame criminológico passa a ser o tema de discussão, ainda que ausente lei que o ampare deve ser tomado como obrigação, afinal, como pode-se condenar alguém que não foi avaliado se realmente era passível de tal punição? E ainda salienta que tal obrigação deveria ser responsabilidade do diretor do presídio, visto que um dos quesitos deve ser o “bom comportamento carcerário”. Isso não deveria ocorrer, não desta forma, o entendimento está correto, é obrigatória e a lei deve assim amparar.

8.4 Esquizofrenia

Esquizofrenia uma doença silenciosa, necessita de cuidados, em geral surge na fase adulta ou em plena juventude, mas o que mais deve ser enfatizada nesta doença é a necessidade de tomar as medicações necessárias assiduamente e claro que alguém doente mentalmente assim, a internação compulsória e a medida de segurança passam a ser as melhores soluções e como nas jurisprudências do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a seguir nota-se o foco das pessoas jurídicas de Direito Público:

APELAÇÕES CÍVEIS. DIREITO À SAÚDE. AÇÃO DE **INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA**. PESSOA MAIOR **MANÍACA PSICÓTICA**. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DOS ENTES PÚBLICOS NAS DEMANDAS DE SAÚDE. PAGAMENTO DE DESPESAS JUDICIAIS. AFASTADO. 1. As pessoas jurídicas de Direito Público são isentas do pagamento de custas, despesas judiciais e emolumentos no âmbito da Justiça Estadual de Primeiro e Segundo Grau. 2. A Constituição Federal (art. 196) preceitua que “**saúde é**

direito de todos e dever do Estado", aí entendido em sentido amplo, contemplando os entes federados União, Estados e Municípios. 3. Os entes públicos são sabidamente parte legítima passiva em demandas que versem sobre internações compulsórias e atendimentos na área de saúde. RECURSO DO ESTADO PARCIALMENTE PROVIDO, DESPROVIDO O DO MUNICÍPIO. (Apelação Cível Nº 70059923508, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 22/05/2014)

(TJ-RS - AC: 70059923508 RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Data de Julgamento: 22/05/2014, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 27/05/2014) **(grifo meu)**

APELAÇÃO CÍVEL. REEXAME NECESSÁRIO. SAÚDE PÚBLICA. **TRANSTORNO ESQUIZOAFETIVO DO TIPO MANÍACO (CID F25.0). FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. OLANZAPINA 10MG E TOPIRAMATO 200MG. DIREITO DE TODOS E DEVER DO ESTADO - ART. 196, CF. LEGITIMIDADE PASSIVA DO MUNICÍPIO. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA ENTRE A UNIÃO, ESTADOS E MUNICÍPIOS. NECESSIDADE DA OBTENÇÃO DOS MEDICAMENTOS COMPROVADA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MANUTENÇÃO.** 1) O Município de Porto Alegre é parte legítima para figurar no pólo passivo em demanda em que alguém pleiteia o fornecimento de medicamentos, uma vez que há obrigação solidária entre a União, Estados e Municípios. 2) Os serviços de saúde são de relevância pública e de responsabilidade do Poder Público. Necessidade de preservar-se o bem jurídico maior que está em jogo: a própria vida. Aplicação dos arts. 5º, § 1º; 6º e 196 da Constituição Federal. É direito do cidadão exigir e dever do Estado fornecer medicamentos e aparelhos indispensáveis à sobrevivência, quando o cidadão não puder prover o sustento próprio sem privações. Presença do interesse de agir pela urgência da medida pleiteada. 3) **O atestado e a receita médica são suficientes para comprovar a necessidade do uso dos medicamentos**, diante da ausência de qualquer prova contundente em sentido contrário produzida pelo réu. 4) Honorários advocatícios mantidos, conforme as diretrizes do art. 20, §§ 3º e 4º do CPC. APELO DESPROVIDO. CONFIRMARAM A SENTENÇA EM REEXAME NECESSÁRIO. UNÂNIME. (TJ-RS - REEX: 70052832995 RS, Relator: Francisco José Moesch, Data de Julgamento: 06/03/2013, Vigésima Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 13/03/2013) **(grifo meu)**

Como se pode notar que o foco do Direito Público é o que salienta a Constituição Federal no artigo 196 "**saúde é direito de todos e dever do Estado**", desta forma independe se é do Estado do Rio Grande do Sul ou do Estado de São Paulo, o esquizofrênico deve ser tratado da mesma forma, porque a Constituição Federal prevê isso, um direito resguardado a todos, portanto, a internação, o fornecimento de medicamentos são atos mínimos que o Estado deve conceder, e a melhor forma de manter em segurança o doente mental e a sociedade como um todo. Afinal, como a sociedade poderia viver normalmente se todos os doentes mentais (psicopatas, sociopatas, assassinos em série, esquizofrênicos, outros) fossem soltos por ausência de meios de tratamento e soluções para seus crimes?

8.5 Pedófilos

Corroborando o quanto exposto, a jurisprudência dos nossos tribunais tem comungado do mesmo entendimento ora mencionado, é o que se conclui das ementas abaixo:

PROCESSO PENAL. **HABEAS CORPUS**. SENTENÇA. **PEDOFILIA**. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. **MODUS OPERANDI DOS DELITOS**. **GRAVIDADE CONCRETA**. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. 1. A **prisão provisória é medida odiosa**, cabível apenas quando presentes os pressupostos e fundamentos de **cautelaridade**. In casu, a necessidade da custódia cautelar restou demonstrada com **base em dados concretos dos autos**, conforme recomenda a jurisprudência desta Corte, estando o decreto prisional fundamentado na **gravidade das condutas do paciente que teria aliciado e corrompido, reiteradas vezes, adolescentes, praticando com elas atos libidinosos, induzindo-os à prostituição e ao uso de drogas**, obrigando algumas a presenciarem atos de libidinagem e a participar de **orgias**, produzindo ainda **fotografias** delas em cenas de **nudez e de sexo**, que teriam sido publicadas na internet. 2. Eventuais predicados do paciente, como **residência fixa, primariedade, inexistência de antecedentes e emprego definido não são bastantes para obstem a segregação prévia, tampouco para autorizar a sua revogação**. Precedentes. 3. Ordem **denegada**. (STJ - HC: 199722 RO 2011/0050818-1, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 28/06/2011, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 31/08/2011) **(grifo meu)**.

Na jurisprudência acima citada demonstra um pedido de habeas corpus negado ao criminoso condenado por pedofilia. Ainda que a prisão seja uma aplicação odiosa como descrita acima em muitos casos não há provas suficientes de inexistência de antecedentes ou primariedade. Depende claramente de provas, afinal, não pode simplesmente o Poder Judiciário deixar em liberdade alguém que coloca risco à sociedade se ausentes os requisitos necessários. Assim como a jurisprudência a seguir também salienta e enfatiza a possibilidade de liberdade de alguém que tenha praticado um crime libidinoso (parafilia):

HABEAS CORPUS. **ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PENA: 8 ANOS DE RECLUSÃO EM REGIME SEMIABERTO. NULIDADE PROCESSUAL. AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO. TESE NÃO EXAMINADA PELO TRIBUNAL A QUO. JUNTADA DE DOCUMENTOS PELA ACUSAÇÃO SEM POSTERIOR ABERTURA DE PRAZO PARA A DEFESA SE MANIFESTAR. NULIDADE DE ORDEM PÚBLICA RECONHECÍVEL DE OFÍCIO. INDEFERIMENTO DA LIBERDADE PROVISÓRIA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. RISCO CONCRETO DE REITERAÇÃO CRIMINOSA. PACIENTE QUE VOLTOU A PRATICAR A PARAFILIA INOBTANTE TRATAMENTO PSIQUIÁTRICO ANTERIOR. AUSÊNCIA DE ILEGAL CONSTRANGIMENTO. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DO WRIT. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA PARA ANULAR O PROCESSO A PARTIR DA JUNTADA DOS DOCUMENTOS NOVOS PELA ACUSAÇÃO, A FIM DE QUE SEJA ABERTO PRAZO PARA A MANIFESTAÇÃO DA DEFESA, MANTIDA, NO ENTANTO, A PRISÃO CAUTELAR DO PACIENTE.** 1. As alegações apontadas na exordial de nulidade processual e afronta aos princípios da ampla defesa e do contraditório, não foram enfrentadas pelo Tribunal a quo, o que inviabilizaria o exame das matérias por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância. 2. Todavia, a tese defensiva de ofensa ao princípio do contraditório, diante da juntada de documentos pela acusação sem posterior abertura de prazo para a defesa se manifestar, diz respeito à nulidade de ordem pública, portanto intransponível e reconhecível de ofício. 3. Inafastável a conclusão de nulidade da sentença, mormente quando tais documentos, não submetidos ao crivo do contraditório, foram utilizados para condenação do paciente. O processo deve, então, ser anulado a partir da juntada de tal certidão, para que seja dada a oportunidade de a defesa se manifestar. 4. **O indeferimento do pedido de liberdade provisória encontra-se devidamente fundamentado, na garantia da ordem pública, em razão da periculosidade do paciente, evidenciada pela possibilidade concreta de reiteração delitiva, uma vez que, segundo consta, o réu voltou a praticar a parafilia descrita na denúncia (atos libidinosos com menor de 11 anos), inobstante tratamento psiquiátrico anterior, o que autoriza a manutenção da custódia cautelar.** 5. Não se mostra alvitreira ou adivinhatória a assertiva de que em liberdade o agente voltará à prática de atos ilícitos, quando respaldada na constatação objetiva, calcada na observação de condutas anteriores do agente, revelando a sua reiteração, como neste caso. 6. Parecer do MPF pela denegação do writ. 7. Habeas Corpus **parcialmente concedido para anular o processo a partir da juntada dos documentos novos pela acusação, a fim de que seja aberto prazo para a manifestação da defesa, mantida, no entanto, a prisão cautelar do paciente.**

(STJ - HC: 198576 RJ 2011/0039936-0, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento: 05/05/2011, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 30/05/2011) **(grifo meu)**

EMENTA EXTRADIÇÃO. CRIMES RELACIONADOS À ATIVIDADE **DE PEDOFILIA. CORRESPONDÊNCIA COM CRIMES TIPIFICADOS NA LEI Nº 8.069/90.** DUPLA INCRIMINAÇÃO CONFIGURADA. PRESCRIÇÃO: NÃO-OCORRÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE ÔBICES LEGAIS À **EXTRADIÇÃO.** CONTENCIOSIDADE LIMITADA. ENTREGA CONDICIONADA À ASSUNÇÃO DE COMPROMISSO QUANTO À **DETRAÇÃO DA PENA.** 1. Pedido de extradição formulado pelo Governo dos Estados Unidos da América que atende os requisitos da Lei nº 6.815/1980 e do Tratado de Extradição específico. 2. Crimes de receber, distribuir e possuir, em arquivos de computador, imagens e filmes de menores em conduta sexual explícita que correspondem aos crimes tipificados nos artigos **241-A e 241-B da Lei nº 8.069/90. Dupla**

incriminação atendida. 3. Não-ocorrência de prescrição e inexistência de óbices legais. 4. O processo de extradição não comporta análise aprofundada de matéria relacionada ao quadro probatório ou ao mérito da acusação. Limites da contenciosidade limitada. 5. O compromisso de detração da pena, considerando o período de prisão decorrente da extradição, deve ser assumido antes da entrega do preso, não obstante a concessão da extradição. O mesmo é válido para os demais compromissos previstos no art. 91 da Lei nº 6.815/1980. 6. Extradição concedida.

(STF - Ext: 1292 DF, Relator: Min. ROSA WEBER, Data de Julgamento: 16/04/2013, Primeira Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-106 DIVULG 05-06-2013 PUBLIC 06-06-2013)

9. PROPOSTA E SOLUÇÃO

“Ciência penal não é só a interpretação hierática da lei, mas, antes de tudo e acima de tudo, a revelação de seu espírito e a compreensão de seu escopo, para ajustá-lo a fatos humanos, a almas humanas, a episódios do espetáculo dramático da vida.” (Nelson Hungria)

Segundo a psiquiatra Ana Beatriz Barbosa: “*O grande tratamento para os psicopatas é a postura que temos com essa pessoa*”. A grande defesa que possuímos é não tolerar a impunidade.

Se acharmos o tempo todo que a justiça será feita com as próprias mãos nos tornaremos como todos estes criminosos e nada nos diferenciará, mas permitir ou tolerar impunidades não é a melhor forma, tampouco, devemos aceitar.

As soluções a serem propostas seriam:

Primeiramente, sabendo que há a possibilidade de ser considerados imputáveis, segundo Capez são quatro as causas que excluem a imputabilidade (2003):

Doença mental que compreende todas as psicoses, assim como a esquizofrenia e paranoia, deixando afetada a capacidade de entender o caráter criminoso do fato.

O desenvolvimento mental incompleto que é aquele que ainda não se concluiu por falta de convivência do agente em sociedade ou por sua recente idade.

O Desenvolvimento mental retardado é aquele que não tem capacidade de entendimento, tendo redução intelectual e baixo desenvolvimento normal para aquela idade.

Embriaguez completa proveniente de caso fortuito ou força maior é aquela considerada biológica que justifica a inimputabilidade, o agente tem perturbações das funções psíquicas, devido a intoxicação provocada por álcool.

Portanto, nossa legislação leva automaticamente para esta análise, um tanto falha quando os criminosos se passam por doentes mentais para ficarem impunes. Há sem dúvida uma falha na legislação ao punir um psicopata, considerando que neste caso a prisão não ressocializa o preso. Não há como manter aprisionado um psicopata e ao libertá-lo acreditar que ele estará “curado”, o que não seria possível, e acreditar seriamente que ele jamais cometerá tais crimes novamente. Mas, não estamos imunes de cometermos injustiças, mas nestes casos não estamos punindo, estamos aprimorando e dando força para um “monstro”.

Pena de morte? Jamais. Como podemos matar para ressocializa? Chega a ser um pleonasma: “Pena de morte para educar a sociedade”. Usar um condenado a pena de morte como exemplo para os demais? Isso vem de uma educação milenar, não há essa possibilidade em um país como o Brasil que vivencia a impunidade todos os dias, as injustiças a todo momento e que somente agravaria o caos que a população vive. Imagina crianças com perfis psicopáticos que desde pequenos já possuem pequenos furtos, seguindo a pena de morte, quando criança ou ao atingir a maioria seriam mortos. Acabaria então com a criminalidade?

Pode haver muitos doutrinadores que defendam tal decisão, há países que defendem a pena de morte, mais do que defender, a aplica.

Em um site³⁴ foram encontradas certa resposta para as mais variada perguntas sobre a medida de segurança, tais como: Se ao terminar a pena de medida de segurança e for constatado que o doente mental não estiver curado, excede a pena? A resposta é não, em nenhuma hipótese pode exceder. Então surge outra dúvida: Simplesmente põe em liberdade? Na realidade sim, pois considera-se como extinta sua punibilidade.

Pode também, no caso de durante o cumprimento da pena o criminoso ou criminosa apresente certos distúrbios mentais, o que pode fazer com que seja substituída a pena por medida de segurança.

Parte daí a grande questão, seria suficiente um exame para constatar a doença mental? E se o criminoso alegar insanidade para ter uma pena diminuída ou medida de segurança?

O artigo 96 do Código Penal enfatiza a necessidade da medida de segurança não ser cumprida em cárcere:

Art. 96. As medidas de segurança são:
I - Internação em **hospital de custódia e tratamento psiquiátrico** ou, à falta, em outro estabelecimento adequado;
II - sujeição a **tratamento ambulatorial**.
Parágrafo único - **Extinta a punibilidade, não se impõe medida de segurança nem subsiste a que tenha sido imposta.**
Imposição da medida de segurança para inimputável (**grifo meu**).

³⁴ Medida de Segurança. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/presos/parte910.htm> Acesso em: 08 de maio de 2017.

Desta forma fica clara que há uma falha nítida. A proposta de minha monografia seria uma certa prorrogação desta medida de segurança. Temos o direito à segurança, direito este resguardado pela Lei Maior:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio (...)

Ressalta-se que no caso de assassinos em série, bem como dos psicopatas e sociopatas que pelas indicações jurisprudenciais e dos diagnósticos de saúde mental e das doutrinas que afirmaram a ausência de cura, aumenta-se mais ainda a necessidade de manter reclusas estas pessoas ainda que em manicômio judiciário, desta forma estaria longe de acarretarem algum perigo à sociedade. Seria como a lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001, já afirma a internação compulsória:

Art. 6º A internação psiquiátrica somente será realizada mediante laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos.

Parágrafo único. São considerados os seguintes tipos de internação psiquiátrica:

I - internação voluntária: aquela que se dá com o consentimento do usuário;

II - internação involuntária: aquela que se dá sem o consentimento do usuário e a pedido de terceiro; e

III - **internação compulsória: aquela determinada pela Justiça.**

Claramente que tal internação deveria ser motivada de forma a não serem cometidas injustiças. A questão aqui é que esta solução impediria o surgimento de discussões acerca da pena de morte como em muitos países assim é aceita, segundo livro de Ilana Casoy:

— Pena de Morte no Mundo

Países que Ainda Mantêm a Pena de Morte para Crimes Comuns

Afganistão	Filipinas	Mongólia
Algéria	Gabão	Myanmar
Antiqua	Ghana	Nigéria
Arábia Saudita	Guatemala	Omã
Armênia	Guiana	Qatar
Bahamas	Guinea Equatorial	Rússia
Bahrain	Guiné	Rwanda
Bangladesh	Índia	San Vincent & Granadinas
Barbados	Indonésia	Santa Lucia
Belarus	Irã	Serra Leoa
Belize	Iraque	Singapura
Benin	Jamaica	Síria
Botswana	Japão	Somália
Burundi	Jordânia	Sudão
Camarões	Kenia	Swaziland
Casaquistão	Korea do Norte	Tailândia
Chad	Korea do Sul	Taiwan
China	Kwait	Tajikistan
Comoros	Kyrgyztan	Tanzânia
Congo	Laos	Trinidad e Tobago
Cuba	Lesotho	Tunísia
Dominica	Líbano	Uganda
Egito	Libéria	Uzbekistão
Emirados Árabes	Líbia	Vietnã
Eritrea	Malásia	Yemen
Estado da Palestina	Malawi	Yugoslávia
Estados Unidos da América	Marrocos	Zâmbia
Etiópia	Mauritânia	Zimbawe

QUADRO 3 – Pena de morte no mundo – Serial Killer: louco ou cruel

O Brasil possui sim a prerrogativa de pena de morte, mas em casos exclusivamente militares, conforme a Constituição Federal:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XLVII - não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;

***Países que Ainda têm Pena de Morte para Crimes Comuns, mas
têm o Compromisso de não-Execução***

Bhutan	Maldívias	Senegal
Brunei	Mali	Sri Lanka
Burkina Faso	Nauru	Suriname
Congo	Nigéria	Togo
Gâmbia	Papua Nova Guiné	Tonga
Granada	República Central Africana	Turquia
Madagascar	Samoa	

***Países que Prevêem Pena de Morte em Circunstâncias Especiais
ou em Casos Militares***

Albânia	El Salvador
Argentina	Ilhas Fiji
Bolívia	Israel
Bósnia-Hezergovina	Latvia
Brasil⁹⁸	México
Chile	Peru
Chipre	

QUADRO 4 – Pena de morte no mundo – Serial Killer: louco ou cruel

A pena de morte no Brasil está prevista no Código Penal Militar, art. 5º, item XLVII, mas somente pode ser aplicada em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, item XIX da vigente Constituição Federal. Neste caso, a execução do condenado deve ser feita em ambiente fechado, por fuzilamento. O Tribunal Militar ou Conselho de Guerra podem aplicá-la em alguns casos além de traição. (CASOY, 2004, p. 366)

CONCLUSÃO

Para concluir de forma sucinta, diante de tantos doentes mentais que existem na sociedade, e por aqueles abordados nesta monografia, nota-se que estamos numa constante exposição ao perigo, não só à criminalidade existente como roubos, sequestros, mas também a assassinatos brutais.

Assassinos em série como Albert Fish que matava crianças e se alimentava de seus corpos, ou então, casos como no Brasil do Maníaco do Parque e Chico Picadinho são exemplos de que esses doentes mentais podem existir em qualquer lugar e qualquer pessoa está passível de ser vítima deles. Vivemos em completa insegurança, não com relação a segurança policial ou segurança jurídica, mas não há nada que impeça de no metrô, em um estacionamento de um *shopping* sermos vítimas deles.

A tese defendida na monografia não diz respeito apenas de como agem estes doentes mentais, onde ou por qual razão praticam seus crimes, mas a abordagem se destina a demonstração da passividade que as pessoas são expostas, ou seja, eles existem e atuam quando menos esperamos.

Consequentemente a monografia visa apresentar as punições, além delas, apresentar também quais são aplicáveis em nosso ordenamento e quais são os entendimentos de nossos Tribunais, enfatizando a irrelevância da pena de morte, afinal, como poderíamos obter resultado positivo com uma ação negativa.

Conclui-se, portanto, que a solução está para nós, assim como a criminalidade está para eles, tudo depende do ser humano agir, punir, ressocializar, evitar e assegurar de seus direitos de viver em paz e com liberdade, bem como, assegurar o respeito à dignidade da pessoa humana. Eles podem agir brutalmente sim, mas nós podemos nos conscientizar de suas ações, suas fantasias, suas tendências e genética. Conhecimento e precaução nunca são demais!

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICAS

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal Parte Geral**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CASOY, Ilana. **Serial killer: louco ou cruel?** 6.ed. São Paulo : Madras, 2004.

LIMA, Antônio Henrique Maia; FRANÇA, Mauricio Serpa. **O direito penal, pedofilia e os crimes sexuais contra vulneráveis**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVII, n. 130, nov 2014. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14364>. Acesso em jan 2017.

HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao Código Penal, v. 1**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1953.

LOBACZEWSKI, Andrew. **Ponerologia: Psicopatas no Poder** [recurso eletrônico] / Andrew Lobaczewski; tradução de Adelice Godoy – Campinas, SP: Vide Editorial, 2014. Título original: Political Ponerology (A Science on the Nature of Evil Adjusted for Political Purposes).

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120 do CP**. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2007.

O CRIME LOUCO. Ernesto Venturini, Domenico Casagrande e Lorenzo Toresini (autores). Virgílio de Mattos (Organizador). Maria Lúcia Karam (Tradutora). - Brasília: CFP, 2012.

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. **Manual Esquemático de Criminologia**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Psicopatas, maníacos e assassinos: as mentes mais cruéis e os crimes mais sádicos que já passaram pela seção Retrato Falado da ME. Editora Abril. São Paulo: Abril, 2015.

SILVA, Ana Beatriz B. ***Mentes Perigosas: o psicopata mora ao lado.*** São Paulo: Fontanar, 2003.

VASCONCELOS, Leon Psy Ms. **Psicose e Psicopatia.** Disponível em: <<http://comportamento.net/2014/04/psicopata-nao-e-psicotico/>> Acesso em: 26 de junho de 2017.

ZWETSCH, Cíntia Helena. **Direito sem Mistérios.** Disponível em: <<http://cintiadv.blogspot.com.br/2014/03/interdicao-de-psicopata.html>> Acesso em: 26 de junho de 2017.

ANEXOS

ANEXOS I – Caso do *serial killer* Ed Gein

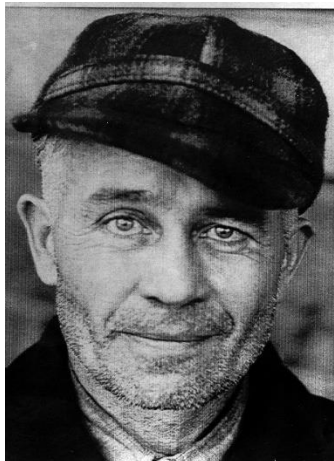


Foto 3 The Criminal Code Ed Gein

Ed Gein

Edward Theodore Gein, nascido em 27 de agosto de 1906, em Plainfield, Winsconsin foi um dos mais cruéis assassinos em série da história e o responsável para as maiores inspirações de Hitchcock. Teve uma grande influência da presença feminina em sua vida, principalmente pela sua mãe, porém, essa influência crescia em sua mente como que o sexo fosse algo pecaminoso e que as mulheres fossem objetos do diabo. Filho de Augusta e George Gein, moravam em uma fazenda em La Crosse.

Seu pai alcoólatra morreu em 1940 e após a morte do pai a vida solitária de Ed só piorou ainda mais com a presença de sua mãe dominadora e religiosa e seu irmão Henry, fraco e indiferente. Augusta costumava fazer com que todas as mulheres – exceto ela – fossem vistas como perigosas e assim Ed e Henry cresceram pensando. Em 1944 seu irmão Henry morre durante um incêndio perto da casa dos Gein, o mais estranho é que o corpo possuía apenas contusões na cabeça, exceto queimaduras, outras teorias alegam que tenha morrido por inalar a fumaça, o fato é que as investigações levaram a acreditar que Ed tenha matado o próprio irmão, mas nunca foi comprovado.

Naquele mesmo ano sua mãe sofreu um derrame e ficou incapacitada e sob seus cuidados até 1945, falecendo aos 39 anos de idade. Mais solitário e isolado, Ed

Gein era o único vivo da família Gein e sua mãe era a pessoa mais próxima dele, visto que nunca teve amizades ou vínculos. Sentia-se um escravo emocional de sua mãe, trancou o quarto da mãe e nunca mais abriu. Passou a utilizar a parte inferior da casa, não cultivava mais nada nas terras, apenas realizava serviços aos vizinhos, inclusive como babá de crianças.

Desenvolveu grande interesse em anatomia feminina e decidiu estudar isso. Afeiçoou pelas atrocidades que lia como a dos nazistas com relação aos judeus. Gostava de ler obituários e ver quem era enterrado. Foi então, que decidiu desenterrar corpos recém-enterrados para colocar em prática o que estudava.

Seus estudos envolviam dissecação dos corpos e conserva de órgãos e partes dos corpos. Preferia corpos de mulheres com idade aproximada de sua mãe. Fazia com a pele de seus corpos “roupas”, vestia-as e fazia rituais com elas pela casa. Pela adoração pela mãe passou a querer ser como as mulheres. Passou de corpos para matanças de pessoas a serem “estudadas”.

Vítimas

Fez sua primeira vítima. Mary Hogan de 54 anos, morta com um tiro na cabeça em 08 de dezembro de 1954. Foi morta por parecer fisicamente bastante com sua mãe, mas a polícia não percebeu tal pista e nem conseguiu solucionar tão cedo o crime. Segunda vítima foi Bernice Worden, de 59 anos. Fora investigado e acabou entregando a morte de Bernice e por isso foi preso e em sua casa foi encontrada a vítima pendurada de cabeça para baixo num gancho de carne como os de açougue, cortada de cima a baixo frontalmente. Sua cabeça e intestinos foram descobertos em uma caixa, seu coração em um prato sobre a mesa da sala de jantar, além de outras partes que cozinhavam numa panela sobre o fogão.

Em sua casa foram encontrados diversos itens bizarros, tais como, uma poltrona feita de pele humana; cabeças humanas; um terno masculino feito de pele humana; máscaras feitas com faces das mulheres mortas que desenterrava; uma geladeira repleta de órgãos humanos; abajures com pele humana; e demais itens horríveis.

Um total de 15 corpos, mas Ed Gein nunca soube dizer o real número de suas vítimas, apenas foi acusado destas 02 vítimas. Fora condenado e considerado

insano, o que o fez permanecer no Hospital Estadual Central de Waupon e Instituto de Saúde Mental de Mendota, falecendo de velhice em 1984 aos seus 77 anos. Faleceu sendo um exímio prisioneiro, educado e gentil. Declarou para a polícia na época das investigações que teve relações sexuais com os cadáveres. Mais 03 casos não solucionados foram tidos como suspeito o Ed Gein.

Ed Gein incentivou filmes como Psicose, Silêncio dos Inocentes e O Massacre da Serra Elétrica (que tinha na cada decorações com artefatos humanos semelhantes à casa de Gein, inclusive há a máscara feita de pele humana e o fato de colocar suas vítimas em ganchos de carne).

ANEXOS II - Caso do *serial killer* Theodore Robert Bundy



Foto 4 Newyorker Theodore Bundy

Theodore Robert Bundy

Chamado por “Ted”, Theodore Robert Bundy mantinha uma relação com Meg Anders, e Ted fora reconhecido por uma amiga de sua esposa, ao ter seu retrato falado divulgado como um novo serial killer solto e aterrorizando as jovens universitárias. Meg acabou por orientação de sua amiga contatando a polícia. Em 1974 outras testemunhas o reconheceram, mas sua suspeita foi deixada de lado e arquivada pela polícia, afinal ele estava acima de qualquer suspeita.

Ted era excelente aluno, charmoso, alguém que ninguém suspeitaria. Filho de uma mãe solteira que só foi revelada tal fato após anos crescer acreditando que era sua irmã mais velha e sua avó o criara como sua mãe. Seus avós o adotaram para que a reputação de sua mãe não ficasse ruim perante a sociedade. Na infância era tímido, solitário e adorava mutilar animais. Suas médias nas escolas eram muito altas, um aluno brilhante. Quando jovem estudou chinês e política. Trabalhou como engraxate e cobrador de ônibus, mas nunca permanecia nos seus empregos, pois seus patrões não o consideravam confiável.

Ted já se apaixonara pela jovem Stephanie Brooks, um relacionamento que durou por certo momento, mas para impressioná-la manteve algumas mentiras que levou ao término do relacionamento e Ted nunca superara tal rompimento. Neste mesmo ano Ted soube que sua mãe não era sua mãe nem que sua irmã era sua irmã. Graduou-se em psicologia.

Meg Anders entrou em sua vida como um novo relacionamento, mas ela gostava dele mais do que ele afeiçoava a ela, pois, morando com Meg mantinha contato com Stephanie, até que um dia Ted e Stephanie se encontraram novamente,

ela se apaixona por ele e Ted se vinga sumindo e rejeitando a mulher que o desprezou. Em 1972 estudou Direito, participou de campanhas políticas e foi condecorado por salvar uma criança de três de afogar-se em um lago.

Meg foi procurada pelos policiais para auxiliar nas investigações e pode relatar que encontrou gessos e bandagens guardados na casa de Ted. Quando moravam juntos encontrou em seu carro uma machadinha e lembrou-se que Ted havia visitado o lago uma semana antes de encontrarem mortas Janice Ott e Denise Naslund.

Em 1976 Ted Bundy foi levado a julgamento, mas confiante de sua inocência nada demonstrava no tribunal. Foi considerado culpado pelo sequestro com agravantes de Carol DaRonch e pelo assassinato de Caryn Campbell. Insatisfeitos com seus advogado Ted os demite e torna-se seu único advogado. Em 1977 Ted foge e passa a dormir em cabanas abandonadas, seis dias após a fuga é preso, mas posteriormente foge novamente. Dessa vez adota nome de Chris Hagen e faz mais vítimas.

Ted preso e julgado pela morte de Kimberly Leach, Lisa Levy e Margaret Bowman, após reconhecidas fibras de roupas de Ted, sêmen e mordidas dadas em suas vítimas. Em 31 de julho de 1979 foi condenado à morte em cadeira elétrica. Confessou ter matado 28 mulheres, mas acredita-se que foram muito mais vítimas. Aos 42 anos, em 24 de janeiro de 1989 foi eletrocutado. A população ansiava por sua execução e gritavam que o fritassem, chegaram a comemorar e ascenderam velas pela condenação do homem que matou tantas meninas, moças e jovens.

Ironicamente, foi uma mulher que abaixou a chave que ligou a cadeira elétrica em que Ted foi executado. Por ironia também Ted havia trabalhado em um centro de atendimento a suicidas, como a CVV³⁵. Se casou com Carol Boone e teve um filho enquanto aguardava cumprir sua pena no corredor da morte até sua execução. Ele confessou que além de gessos, fingia mancar e fingia sotaques, dizia que seu ódio pelas mulheres vinha de sua mãe que se parecia com suas vítimas. Guardava as mãos das vítimas e carregava consigo para sentir estar no controle e costumava guardar suas cabeças em sua casa até incinera-las ou comer suas carnes.

³⁵ Centro de Valorização da Vida, no Brasil.

Ele um dia disse uma frase que ficou muito famosa com o tempo:

“Nós, serial killers, somos seus filhos, nós somos seus maridos, nós estamos em toda a parte. E haverá mais de suas crianças mortas no dia de amanhã. Você sentirá o último suspiro deixando seus corpos. Você estará olhando dentro de seus olhos. Uma pessoa nesta situação é Deus!..”

Há muitos casos não solucionados e que indicam que foi Ted o assassino.

Vítimas

Katherine Merry Devine, de 15 anos teve seus restos mortais encontrados em um parque por um casal, em dezembro de 1976, desaparecida desde quando pegou uma carona rumo a Oregon. Os policiais concluíram que fora sodomizada e estrangulada.

Joni Lenz, de 18 anos, foi morta enquanto estava dormindo, não soube quem a atacou, nem o que havia acontecido. Suas amigas e colegas de quarto foram acordá-la e se depararam com um corpo ensanguentado na cama, com o rosto desfigurado e a arma utilizada foi um cano de metal arrancado de sua cama e lhe enfiado pelas partes íntimas. Ela não morreu, mas teve sequelas permanentes e danos irreparáveis, apesar de ter sobrevivido não se lembra de absolutamente nada.

Lynda Ann Healley, de 21 anos, fazia faculdade de psicologia e morava em uma casa com outras colegas de faculdade. Uma jovem responsável e que costumava manter a mesma rotina sempre. O despertador dela tocou como sempre, suas colegas de faculdade entraram em seu quarto e não encontraram ninguém, sua bicicleta continuava na garagem e ao trabalho não havia ido, já que seu chefe tinha ligado a procurando. Ao retirarem os lençóis se depararam com lençóis e travesseiro com sangue e camisola guardada com sangue no armário. Apenas seu crânio foi encontrado com marcas de espancamento, o resto do corpo nunca foi encontrado.

Em geral suas vítimas são universitárias, brancas, magras, solteiras e vestem caças quando são desaparecidas. Testemunhas alegam terem visto um homem suspeito e estranho com o braço quebrado ou perna engessada. As jovens

sempre somem no período da noite. Ele “aparentemente” sem possibilidade de abrir o porta-malas ao carregar seus livros, como, possui o braço engessado ou perna quebrada as jovens prontamente tentam ajuda-lo.

Janice Ott, de 23 anos, casada, mas longe de seu marido, também dividia quarto com colegas, mas morava na cidade devido ao trabalho. Sumiu após ter ido ao parque pedalando sua bicicleta, mas nunca mais voltando. Denise Naslund, de 18 anos, desejava ser programadora de computadores. Denise foi ao parque com seu namorado e amigos, e em um momento disse que ia ao banheiro e levou em sua companhia seu cachorro. Ela nunca voltou, seu cachorro sim. Testemunhas disseram que ela havia ajudado um homem a colocar o barco em seu carro. Seus restos mortais, mandíbula, crânio, foram encontrados próximos ao parque.

Melissa Smith, de 17 anos, morava com os pais e obedecia às orientações de seus pais de não falar com estranhos ou aceitar caronas, mas não adiantou. Seu corpo foi encontrado depois de nunca ter voltado pra casa, tampouco foi à festa que desejava. Seu corpo e sua cabeça foram espancados com uma espécie de alavanca de metal, foi também, estuprada, torturada, sodomizada e estrangulada. Laura Aime, de 17 anos também, foi encontrada um mês após seu desaparecimento. Estava nua e irreconhecível, foi estrangulada, espancada por um taco de ferro e estuprada.

Carol DaRonch, de 18 anos, estava em uma livraria do shopping e o suposto segurança havia a procurado para que fosse até seu veículo verificar se havia sido roubado, pois o alarme havia disparado, o fato é que ela nem se deu conta de estranhamente ele ter a encontrado e achado que o veículo fosse dela. Ela o acompanhou e ao chegarem no veículo que estava arrombado – obviamente por ele – sugere que ela faça uma queixa e que ele a ajudaria levando-a em seu veículo. Ela desconfiou, mas ele apresentou seu distintivo – falso – e ela acreditou. Ele dirigiu pelo caminho contrário à delegacia, ela se apavorou, ela reagiu e ele a ameaçou com a arma e a algemando. Ela o acertou e conseguiu sair do carro, fugindo um casal a encontrou e a levaram para a delegacia mais próxima.

Caryn Campbell, de 24 anos, enfermeira e noiva, sumiu ao voltar ao chalé do hotel para pegar uma revista. Seu noivo e filhos nunca mais a viram. Um mês depois seu corpo foi encontrado espancado, cortado e estuprado. Brenda Carol Ball,

de 22 anos, foi encontrada em 1975 morta com os mesmos sinais e marcas que Caryn.

Taylor Mountain passou a se tornar o cemitério particular de Ted Bundy, os corpos, ou parte deles são lá encontrados. Donna Gail Manson, de 19 anos, flautista e universitária; Susan Elaine Rancourt, também de 19 anos, estudava Medicina e praticava karatê; Roberta Kathleen Park, de 20 anos, estudava religiões mundiais; Julie Cunningham, de 26 anos, instrutora de esqui; Denise Cooley, de 24 anos, casada, mas corpo nunca encontrado; Melanie Cooley, de 18 anos, estudante da escola secundária, morreu enforcada por uma fronha; Shelly Robertson, de 24 anos; foram as vítimas que tiveram seus corpos encontrados neste local ou próximo a ele.

Ted foi preso por ser pego com objetos em seu Fusca que o incriminava. Testemunhas o reconheceram sem pestanejar. Ele alegava sua inocência, mas sem dúvida, as três testemunhas estavam certas sobre quem ele era.

Na última fuga de Ted da prisão fez vítimas. Dessa vez Ted circulava mais vezes o campus de uma universidade e costumava roubar também, até que seu ataque foi à uma casa da Fraternidade em que Nita Neary acabava de ser deixada pelo namorado. Ao ver a porta aberta estranha e entra silenciosamente, se esconde ao ouvir um barulho que vinha da escada e desce apressadamente um homem com um gorro e um pedaço de madeira enrolado com roupas cheio de sangue saindo pela porta da frente. Ela acorda sua colega Nancy Dowdy. As duas decidem socorrer suas outras amigas que achavam que tinham sofrido um assalto, mas deparam-se com Karen Chandler com os dentes e mandíbulas quebradas e cambaleando no corredor, seu crânio faturado e dedos esmagados, Nancy fica ajudando Karen e Nita sobe aos quartos Kathy Klein viva, mas com ferimentos na cabeça, lacerações e furos na face, mandíbulas e dentes quebrados e chicotadas no pescoço. Lisa Levy e Margaret Bowman não resistiram ao ataque enquanto dormiam. Lisa foi brutalmente espancada na cabeça, foi estuprada e estrangulada, tinha mordidas pelo corpo e tinha um frasco de perfume inserido pelo seu órgão genital e Margaret também foi estuprada e tinha mordidas pelo corpo, teve seu cérebro exposto de tanto ser espancado.

A um quilômetro dali Cheryl Thomas foi gravemente ferida e socorrida por suas amigas Debbie Ciccarelli e Nancy Young. Cheryl tinha contusões e ferimentos

graves na cabeça, seu crânio foi faturado cinco vezes, tanto que ficou surda no ouvido esquerdo permanentemente, e mandíbula quebrada. A última vítima de Ted foi Kimberly Leach, de 12 anos, cujo corpo foi encontrado oito semanas após seu desaparecimento em um parque. Leslie Parmenter, de 14 anos, filha de um chefe de detetives seguiu as orientações dos pais e não aceitou carona nem conversar com o homem estranho – que era Ted.

ANEXOS III – Caso do *serial killer* Jeffrey Dahmer



Foto 5 Criminal Minds Wiki Jeffrey Dahmer

Jeffrey Dahmer

Jeffrey Dahmer, conhecido como o mais famoso Canibal Americano. Homossexual e terrivelmente brutal. Uma pessoa calma, alto, loiro, de feição bonita. Nasceu em 1960 em Milwaukee e aos 06 anos mudou-se para Ohio. Quando criança fazia experimentos estranhos com animais, decapitava-os, empalava cabeças de cachorros e fazendo delas espantalhos nas florestas.

Serviu o Exército na Alemanha aos 18 anos, mas foi dispensado por alcoolismo dois anos depois. Preso por embriaguez seu pai achou que seu avô o criaria melhor em Wisconsin. Em 1986 foi preso por masturbar-se em frente de dois garotos.

Dahmer estrangulou um garoto de 14 anos laosiano chamado Dee Konerak Sinthasomphone. Dahmer acusado por molestar crianças e sob observação, foi capaz de esquartejar o corpo de Dee e escalpou o crânio dele transformando em troféu.

Tracy Edwards, de 32 anos, foi algemado por Dahmer. Ao fugir Tracy encontra policiais e relata as ameaças sofridas por Dahmer e pede que eles o ajude a pegar a chave das algemas no apartamento de onde fugiu. Ao falarem com Dahmer e pedir a chave um dos policiais adentra o apartamento e se depara com fotos horríveis espalhadas pelas paredes no corredor, fotos de corpos esquartejados e fotografados em uma geladeira. Deram voz de prisão. Na geladeira encontraram cabeça em decomposição e no *freezer* mais algumas cabeças. O apartamento é todo bem arrumado e limpo, mas o cheiro do apartamento era terrivelmente horrível. Havia em um cômodo órgãos decompostos em potes, formol, clorofórmio, no total haviam restos mortais de 11 corpos, órgãos embalsamados, fotografias com todos os estágios da morte de suas vítimas. Dahmer matou 17 pessoas.

Certo dia conheceu Steve Hicks ao dar-lhe carona, mas lhe estrangulou em sua casa, com um alçapão esmagou seu crânio, desmembrou seus membros e o enterrou atrás de sua casa. Em 1987 conheceu em um bar gay Steve Tuomi, que claro, o matou e guardou o cadáver de Tuomi em uma mala depositada no porão de seu avô. Fez relações sexuais com o cadáver, desmembrou-o e jogou fora os restos mortais. Suas vítimas em geral eram homossexuais como ele e os procuram em bares gays, saunas gays, persuadia-as com dinheiro para posarem em fotos e tomarem cervejas, todas as vítimas vão para seu apartamento por livre vontade. Estrangulava-as e copulava com os cadáveres. Esquartejava as vítimas, destripava o corpo e comia croquetes feitos com o coração, músculos e órgãos humanos. Com os restos humanos misturava com ácido, transformava em lama fétida e escoava no ralo. Guardava os crânios para recordação.

Dahmer afirmava comer a carne humana de suas vítimas, pois, acreditava que elas viveriam novamente através de seu corpo.

ANEXOS IV – Caso do *serial killer* Edmund Kemper

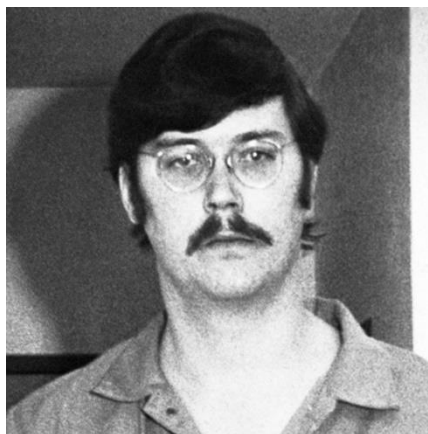


Foto 6 Biography Edmund Kemper

Ed Kemper

Ed Kemper³⁶ foi um dos maiores assassinos em série em minha opinião, capaz de matar seus avós e ter relações sexuais com o corpo decapitado de sua mãe, fazendo da cabeça dela alvo de dardos, conforme trechos tirados do livro de Casoy:

Ed ergueu o rifle e atirou na cabeça da avó. Ela despencou sobre a mesa da cozinha. Ainda atirou mais uma vez, em suas costas. Correu para dentro de casa, pegou uma toalha e enrolou-a na cabeça dela, para que pudesse levar o corpo para o quarto do casal.

³⁶ Hoje, Kemper está preso na California Medical Facility, em Vacaville. Trabalha na Biblioteca Legal da prisão.

Depois de ajeitá-la, sua única preocupação foi o que diria ao avô. Saiu lá fora para pensar com calma. Até gostava dele, mas contar o que acabara de fazer... não sei não. Não teve muito tempo para pensar no assunto. Logo viu o carro do avô estacionando, chegando das compras que tinha ido fazer na cidade. Todas as suas dúvidas se dissiparam ao vê-lo descendo do caminhão, cheio de sacolas nos braços. Ergueu novamente o rifle, fez pontaria e o matou com um só tiro. (CASOY, 2004, p. 192)

Aproximou-se e ajoelhou ao lado da cama. Observou-a por um tempo, lembrando mais um pouco o quanto a tinha amado e o quanto fora rejeitado por ela. Ed ficou em pé. Pegou o machado com as duas mãos e decapitou sua mãe de um só golpe. Ela jamais soube o que a atacou. Então, num ritual enlouquecido, deu vazão aos seus desejos. Estuprou o corpo sem cabeça até saciar-se por completo. Mas, como sempre, os gritos dentro de sua cabeça voltaram. Ed ouvia ainda os gritos dela por todo o lado. Desceu até a cozinha e pegou uma faca afiada. Subiu as escadas de dois em dois degraus, rápido, com pressa, antes que os gritos o enlouquecessem. Pegou desajeitadamente a cabeça da mãe no colo, e arrancou rapidamente todas as suas cordas vocais. Finalmente os gritos pararam de atormentá-lo. Levantou-se e ajeitou o que sobrou da cabeça dela em cima da prateleira. Foi até o quarto, pegou seus dardos, e ficou por muito tempo acertando aquele alvo perfeito. Essa prática começou a fazer com que raciocinasse com clareza. (CASOY, 2004, p. 199)

Com toda certeza, doente mental ele era, assim diagnosticado como psicótico e paranoico, mas também muito inteligente, a ponto de ser utilizado como identificador de outros assassinos em série, como Casoy cita em seu livro:

Jamais assumiu a culpa por ter matado os avós, foi algo além de seu controle, mas estava tão bem que tinha ficado orgulhoso ao ser escalado para trabalhar de auxiliar no laboratório de psicologia e ajudar a aplicar testes em outros pacientes. Ele se esforçava ao máximo. Todos os dias esperava com ansiedade as horas vagas. Naqueles momentos, os outros criminosos contavam as histórias de seus crimes com todos os detalhes. (CASOY, 2004, p. 193)

Ed Kemper fez como vítimas: Mary Ann Pesce; Anita Luchese; Aiko Koo; Herbert Mullin; John Lindley Frazier; Cindy Schall; Rosalind Thorpe; Alice Liu; Clarnell Kemper (mãe).

ANEXO V – DSM-IV

Critérios Diagnósticos para Transtorno da Personalidade Anti-social (301.7)

A. Um padrão global de desrespeito e violação dos direitos dos outros, que ocorre desde os 15 anos, como indicado por pelo menos três dos seguintes critérios:

- (1) incapacidade de adequar-se às normas sociais com relação a comportamentos lícitos, indicada pela execução repetida de atos que constituem motivo de detenção.
- (2) propensão para enganar, indicada por mentir repetidamente, usar nomes falsos ou ludibriar os outros para obter vantagens pessoais ou prazer.
- (3) impulsividade ou fracasso em fazer planos para o futuro
- (4) irritabilidade e agressividade, indicadas por repetidas lutas corporais ou agressões físicas.
- (5) desrespeito irresponsável pela segurança própria ou alheia.
- (6) irresponsabilidade consistente, indicada por um repetido fracasso em manter um comportamento laboral consistente ou de honrar obrigações financeiras.
- (7) ausência de remorso, indicada por indiferença ou racionalização por ter ferido, maltratado ou roubado alguém.

B. O indivíduo tem no mínimo 18 anos de idade.

C. Existem evidências de Transtorno da Conduta com início antes dos 15 anos de idade.

D. A ocorrência do comportamento anti-social não se dá exclusivamente durante o curso de Esquizofrenia ou Episódio Maníaco.

ANEXO VI – CID-10

Transtorno de Personalidade Dissociais

Transtorno de personalidade caracterizado por um desprezo das obrigações sociais, falta de empatia para com os outros. Há um desvio considerável entre o comportamento e as normas sociais estabelecidas. O comportamento não é facilmente modificado pelas experiências adversas, inclusive pelas punições. Existe uma baixa tolerância à frustração e um baixo limiar de descarga da agressividade, inclusive da violência. Existe uma tendência a culpar os outros ou a fornecer racionalizações plausíveis para explicar um comportamento que leva o sujeito a entrar em conflito com a sociedade.

Personalidade (transtorno da):

- amoral
- anti-social
- associati
- psicopática
- sociopática

Exclui: transtorno (de) (da):

- conduta (F91.-)
- personalidade do tipo instabilidade emocional (F60.3)

Critérios Diagnósticos para Transtorno da Conduta

A. Um padrão repetitivo e persistente de comportamento no qual são violados os direitos individuais dos outros ou normas ou regras sociais importantes próprias da idade, manifestado pela presença de três (ou mais) dos seguintes critérios nos últimos 12 meses, com presença de pelo menos um deles nos últimos 6 meses:

Agressão a pessoas e animais

- (1) provocações, ameaças e intimidações frequentes.
- (2) lutas corporais frequentes.

- (3) utilização de arma capaz de infligir graves lesões corporais (por ex., bastão, tijolo, garrafa quebrada, faca, revólver).
- (4) crueldade física para com pessoas.
- (5) crueldade física para com animais.
- (6) roubo em confronto com a vítima (por ex., bater carteira, arrancar bolsa, extorsão, assalto à mão armada).
- (7) coação para que alguém tivesse atividade sexual consigo.

Destruição de património

- (8) envolveu-se deliberadamente na provocação de incêndio com a intenção de causar sérios danos.
- (9) destruiu deliberadamente a propriedade alheia (diferente de provocação de incêndio).

Defraudação ou furto

- (10) arrombou residência, prédio ou automóvel alheios.
- (11) mentiras frequentes para obter bens ou favores ou para esquivar-se de obrigações legais (isto é, ludibriar pessoas).
- (12) roubo de objetos de valor sem confronto com a vítima (por ex., furto em lojas, mas sem arrombar e invadir; falsificação) Sérias violações de regras.
- (13) frequente permanência na rua à noite, contrariando proibições por parte dos pais, iniciando antes dos 13 anos de idade.
- (14) fugiu de casa à noite pelo menos duas vezes, enquanto vivia na casa dos pais ou lar adotivo (ou uma vez, sem retornar por um extenso período).
- (15) gazetas frequentes, iniciando antes dos 13 anos de idade.

B. A perturbação do comportamento causa prejuízo clinicamente significativo do funcionamento social, académico ou ocupacional.

C. Se o indivíduo tem 18 anos ou mais, não são satisfeitos os critérios para o Transtorno da Personalidade Anti-social.

ESPECIFICAR TIPO COM BASE NA IDADE DE INÍCIO:

312.81 Tipo com Início na Infância: início de pelo menos um critério característico do Transtorno da Conduta antes dos 10 anos de idade.

312.82 Tipo com Início na Adolescência: ausência de quaisquer critérios característicos do Transtorno da Conduta antes dos 10 anos de idade.

312.89 Transtorno da Conduta, início inespecificado: a idade do início não é conhecida.

ESPECIFICAR GRAVIDADE:

LEVE: poucos problemas de conduta, se existem, além dos exigidos para fazer o diagnóstico sendo que os problemas de conduta causam apenas um dano pequeno a outras pessoas.

MODERADO: um número de problemas de conduta e o efeito sobre outros são intermediários, entre "leve" e "grave".

GRAVE: muitos problemas de conduta além dos exigidos para fazer o diagnóstico ou problemas de conduta que causam dano considerável a outras pessoas.