

ISBN: 978-65-87660-03-5

e-book
CURSO DE DIREITO

Ambiente Jurídico 2020

Organizadores:
Flávia Spinassé Frigini
Wagner José Elias Carmo

VOLUME 3

FAACZ
FACULDADES INTEGRADAS DE ARACRUZ

FAACZ - Faculdades Integradas de Aracruz - ES, 2020

Organizador: Flávia Spinassé Frigini; Wagner José Elias Carmo.

Capa: Ariel Cerri dos Santos.

Dados internacionais de catalogação na publicação (CIP)

Ficha catalográfica elaborada por Gracemary dos Santos Modenese Lopes CRB 12/ 483 ES

F143

Faculdades Integradas de Aracruz.

Ambiente Jurídico v. 3/ Faculdades Integradas de Aracruz; organizador: Flávia Spinassé Frigini; Wagner José Elias Carmo: Aracruz: FAACZ, 2020.

Recurso digital.

Modo de acesso: faacz.com.br/portal/ebooks

v. 3; 194 p.; inclui bibliografia.

ISBN: 978-65-

1. Direito. 2. Ambiente jurídico. I. Frigini, Flávia Spinassé. II. Carmo, Wagner José Elias. III.

Título.

CDD. 340

CDD: 340 Direito

Dados internacionais de catalogação na publicação (CIP)

PREFÁCIO

Quem poderia imaginar que o ano de 2020 revelasse tantos desafios e que os desafios, por sua vez, fossem capazes de abrir ao mundo toda a diversidade contida no Ser Humano e nas instituições democráticas. No tempo de 2020, o Poder Judiciário reinterpretar a norma jurídica, os conceitos são revisitados e os princípios flexionados ao ponto de a ordem jurídica vigente encontrar, dentro do sistema, um “ordenamento jurídico” paralelo, responsável por direcionar as ações dos poderes públicos e de toda a sociedade.

A pandemia da Covid 19 expõe o Estado Democrático de Direito, questiona o papel social do Estado e afronta os postulados da economia liberal.

No universo acadêmico, em meio ao turbulento processo de combate do novo coronavírus, dirigentes de instituições de ensino, professores e alunos intentam suplantar as agruras do processo de ensino e aprendizagem que, ao mesmo tempo pretende garantir o protagonismo estudantil, a qualidade da formação humana, técnica e científica e a preservação da vida, evitando as aglomerações, suspendendo as atividades presenciais e inovando através do ensino remoto.

É diante do quadro de incertezas em que vive o mundo e a ciência jurídica, que o curso de Direito da FAACZ lança a terceira edição do E-book *Ambiente Jurídico*. Preparado a partir das pesquisas realizadas no ano de 2019, o E-book retrata temas ligados ao direito público e ao direito privado, incluindo artigos com relevância para o quadro pandêmico vivenciado pelo Estado Brasileiro, como é o caso do artigo que retrata o problema da judicialização da saúde e os impactos no orçamento público.

A edição do E-book *Ambiente Jurídico* de 2020, confirma o acerto da Instituição na elaboração dos projetos voltados à pesquisa e marca a consolidação do projeto pedagógico do curso de Direito; demonstrando que a atividade “trabalho intermediário obrigatório” é eficiente para submergir os discentes na pesquisa científica, na produção de conhecimento jurídico-científico e na preparação dos alunos para o Trabalho de Conclusão de Curso.

Embora as pesquisas não possuam contexto direto com o momento histórico do Brasil e da humanidade, por conta da Covid 19, o E-book *Ambiente Jurídico* proporciona uma reflexão realista de temas que são sensíveis e merecem atenção durante e depois da pandemia.

Os Professores e Alunos que integram a terceira edição desejam que o E-book colabore com o debate jurídico, promova a disseminação do conhecimento e incentive a entrada de outros discentes no universo da pesquisa.

A todos, boa leitura.

Wagner J. E. Carmo

Coordenador do Curso de Direito.

Em 20 de julho de 2020.

SUMÁRIO

DIREITO ADMINISTRATIVO	6
DESVIO DE FINALIDADE NO USO DE BEM PÚBLICO	7
A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E SEUS REFLEXOS NO ORÇAMENTO PÚBLICO	20
DIREITO CONSTITUCIONAL	34
PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E SUA APLICAÇÃO PELOS INTÉRPRETES	35
DIREITO EMPRESARIAL	47
A PROTEÇÃO LEGAL AOS BENS DE CAPITAL ESSENCIAIS AO ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL	48
DIREITO PENAL	64
PERSONALIDADE PSICOPÁTICA NO ÂMBITO DO DIREITO PENAL	65
A REPERCUSSÃO DO FENÔMENO DAS FALSAS MEMÓRIAS DA PROVA TESTEMUNHAL NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO	79
A MATERNIDADE E CÁRCERE: A EXPERIÊNCIA DE	90
DREITO INFANTO-JUVENIL: TEORIA DO ATO INFRACIONAL E O GARANTISMO	112
DIREITO PROCESSUAL CIVIL	126
PANORÂMA DOS FUNDAMENTOS E CONSEQUÊNCIAS DA INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO	127
A TAXATIVIDADE DO ARTIGO 1.015 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	140
DIREITO PROCESSUAL PENAL	152
A APLICABILIDADE DOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO NO INQUÉRITO POLICIAL	153
DIREITO TRIBUTÁRIO	168
DA EXIGÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA E SUA APLICAÇÃO NO MUNICÍPIO DE ARACRUZ/ES	169
LINGUAGEM JURÍDICA	182
ANÁLISE DO DISCURSO NA LINGUAGEM JURÍDICA	183

DIREITO ADMINISTRATIVO

DESVIO DE FINALIDADE NO USO DE BEM PÚBLICO

Amanda Saldanha Sibien¹
Wagner José Elias Carmo²

INTRODUÇÃO

Este artigo tem por objetivo explorar um tema que, corriqueiramente, é alvo de notícias no País, qual seja, o desvio de finalidade do ato administrativo, elemento subjetivo do desvirtuamento do interesse público. Nesse escopo, o presente artigo acadêmico estudará o ato administrativo, o desvio de finalidade e o interesse público pautado nos princípios estabelecidos no ordenamento jurídico brasileiro, com destaque para o *caput* art. 37 da Carta da República Federativa do Brasil.

De igual forma, também demonstrará os aspectos do ato administrativo, ressaltando a principal finalidade e as consequências jurídicas no desvio na utilização do bem público, infringindo os princípios constitucionais da administração e incorrendo na prática de improbidade administrativa.

Ao final, para ilustrar imbricação da teoria com a prática, far-se-á a análise de caso julgado pela 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, o qual considerou como ato de improbidade administrativa o uso de veículo público com fins particulares.

PALAVRAS-CHAVE

Administração Pública; Bens Públicos; Interesse Público; Desvio de Finalidade.

¹ Estudante de Graduação do Curso de Direito das Faculdades Integradas de Aracruz, Estado do Espírito Santo. E-mail: amanda.sibien@hotmail.com.

² Graduado em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (2000); especialização em Direito de Estado pela Universidade Gama Filho e Mestrado Profissional em Tecnologia Ambiental pela Faculdades Integradas de Aracruz (2014). Doutorando do programa de pós graduação em Ciência, Tecnologia e Inovação em Agropecuária PPGCTIA da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro. Coordenador do Curso de Direito das Faculdades Integradas de Aracruz - FAACZ - Mantida pela Fundação São João Batista - FSJB. Professor convidado da Pós Graduação da Faculdade Estácio de Sá Vitória ES. Advogado Militante. Procurador Geral do Município de Aracruz - ES. Autor do Livro Gestão Ambiental na Federação Brasileira. Responsável pela Coluna Natureza Jurídica no site Empório do Direito.

1. BEM PÚBLICO

Em se tratando de bens públicos, podemos retirar do art. 98 do Código Civil sua definição como sendo bens móveis ou imóveis que pertencem a uma pessoa jurídica de direito público; logo, será bem público todo aquele que não estiver na órbita do particular, na forma do direito civil.

No entanto, ressalte-se que os bens particulares, quando utilizados pelo Estado se tornam afetados e possuem certas características que são próprias dos bens públicos, como: inalienabilidade condicionada e impenhorabilidade, entretanto, sem perder sua natureza.

A definição legal de bem público decorre do art. 99 do Código Civil de 2002, vejamos:

“São bens públicos:

I – os de **uso comum** do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;

II – os de **uso especial**, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias;

III – os **dominicais**, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades”. (Grifo nosso)

Parágrafo único. Não dispondo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado.

Aqui o critério de classificação é o da destinação ou afetação dos bens, desta forma, estrinchando para melhor compreensão, verifica-se o seguinte: (a) os bens de uso comum do povo (inciso I) são destinados, por natureza ou por lei, ao uso coletivo, como por exemplo as ruas e praças de uma cidade; (b) os bens de uso especial (inciso II) são destinados ao uso da Administração, para consecução de seus objetivos, como por exemplo os imóveis onde estão instaladas as repartições públicas, os bens móveis utilizados na realização dos serviços públicos (veículos oficiais, materiais de consumo, navios de guerra), as terras dos silvícolas, os mercados municipais, os teatros públicos, os cemitérios públicos e, por fim, (c) os dominicais (inciso III), que não possuem destinação pública definida, razão pela qual podem ser aplicados pelo Poder Público para obtenção de renda; é o caso das terras devolutas, dos terrenos de marinha, dos imóveis não utilizados pela Administração, dos bens móveis que se tornem inservíveis.

Frise-se, que pela leitura do parágrafo único do artigo 99 do diploma legal supracitado, é forçoso concluir que, conforme leciona Di Pietro (2017, p. 843):

“a destinação do bem é irrelevante, pois, qualquer que seja ela, o bem se inclui como dominical só pelo fato de pertencer a pessoa jurídica de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado, a menos que a lei disponha em sentido contrário. Vale dizer que a lei instituidora da pessoa jurídica pode estabelecer a categoria dos bens, consoante a sua destinação”.

Nesse mister, por zelo, cabe mencionar que os bens públicos ainda podem ser classificados quanto à titularidade, em **federais, estaduais e municipais**.

Insta salientar, que pode-se aferir, ainda, quando da análise do mencionado diploma legal (art. 99 do CC) um ponto comum, qual seja, a destinação pública, pois, nas duas primeiras modalidades (bens de uso comum do povo e bens de uso especial), o que as diferencia da terceira (bens dominicais) é a ausência de destinação pública. Dizendo de outra forma, os bens de uso comum do povo e de uso especial são de domínio público do Estado, enquanto que os bens dominicais constituem natureza privada do Estado.

Em relação à destinação pública, leciona Di Pietro (2017, p. 845):

“pode ser inerente à própria natureza dos bens (como ocorre com os rios, estradas, praças, ruas) ou pode decorrer da vontade do poder público, que afeta determinado bem ao uso da Administração para realização de atividade que vai beneficiar a coletividade, direta ou indiretamente”.

No tocante aos bens de uso especial, elencado no art. 99, inc. II, do Código Civil de 2002 (CC/2002), deve ser levado em consideração que serviço público está em sentido amplo, no qual, abrange toda a atividade de interesse social exercida sob autoridade ou sob fiscalização do poder público, ou seja, em sua maioria, os serviços

nem sempre se destinam ao uso direto da administração, uma vez que são explorados pelo particular, a exemplo do mercado municipal, cemitério, aeroporto etc.

Di Pietro (2017, p. 848), menciona que em razão de sua destinação ou afetação a fins públicos, os bens de uso comum do povo e os de uso especial estão fora do comércio jurídico de direito privado; vale dizer que, enquanto mantiverem essa afetação, não podem ser objeto de qualquer relação jurídica regida pelo direito privado, como compra e venda, doação, permuta, hipoteca, penhor, comodato, locação, posse *ad usucapionem* etc.

Diante disso, algumas características são inerentes aos bens, como a inalienabilidade e, por consequência dessa, a imprescritibilidade, a impenhorabilidade e a impossibilidade de oneração.

Denota-se, portanto, que tocante à primeira característica, a inalienabilidade não é de caráter absoluto, a não ser com relação àqueles bens que, por sua própria natureza, são insuscetíveis de valoração patrimonial, como os mares, praias, rios navegáveis; os que sejam inalienáveis em decorrência de destinação legal e sejam suscetíveis de valoração patrimonial podem perder o caráter de inalienabilidade, desde que percam a destinação pública, o que ocorre pela desafetação.

De igual maneira, a alienabilidade não é absoluta, pois aqueles que têm esse caráter, por não terem qualquer destinação pública (os bens dominicais ou bens do domínio privado do Estado) podem perdê-la pelo instituto da afetação.

No que se refere aos institutos da afetação/desafetação, cumpre salientar que se tratam de fatos administrativos dinâmicos que indicam a alteração das finalidades do bem público, considerando a classificação do art. 99 do CC.

A afetação é um fato administrativo que destina o bem a uma finalidade pública, transformando-o em indisponível e inalienável. Por exemplo, transforma um bem de dominical para uso comum do povo ou uso especial, o que pode ocorrer por destinação natural, ato administrativo ou lei.

Já a desafetação se trata do inverso, é um fato administrativo que retira a finalidade pública de um bem, eliminando partes de sua proteção, transformando-o em disponível e alienável, nas condições da lei. Pode transformar um bem de uso comum do povo em dominical, o que depende nesse caso de lei ou ato do Executivo (quando autorizado por lei), ou ainda transforma um bem de uso especial em dominical, o que exige lei, ato do Executivo e fato da natureza.

2. ATO ADMINISTRATIVO

Nas lições do renomado Carvalho Filho (2017), ato administrativo é “a exteriorização da vontade de agentes da Administração Pública ou de seus delegatários, nessa condição, que, sob regime de direito público, vise à produção de efeitos jurídicos, com o fim de atender ao interesse público”.

Desta forma, atos administrativos são aqueles advindos da vontade da Administração Pública na sua função própria, por ela própria ou por quem a representa, com supremacia perante o particular, sob as regras do regime jurídico administrativo, de forma unilateral, já que os bilaterais são ditos contratos administrativos.

Para que o ato adquira validade precisa preencher cinco elementos fundamentais, pois caso contrário, poderá incorrer em nulidade.

No que se refere ao primeiro elemento, **competência**, esse se caracteriza por ser o poder decorrente da lei conferido ao agente administrativo para o desempenho regular de suas atribuições, sendo certo que somente ela poderá determinar a competência dos agentes na exata medida necessária para alcançar os fins desejados, sendo sempre um elemento vinculado.

Pontue-se que quando o agente atua fora dos limites da lei, diz-se que cometeu excesso de poder, passível de punição. Importante que não se confunda excesso com desvio de poder (ou de finalidade), pois ambos são modalidades de abuso de poder, mas o primeiro importa ofensa à regra de competência, o segundo, ao elemento finalidade do ato administrativo.

Ainda quanto a esse elemento, Celso Antônio Bandeira de Mello enumera as suas principais características como sendo: (i) de exercício obrigatório para órgãos e agentes públicos; (ii) intransferível; (iii) imodificável pela vontade do agente; e (iv) imprescritível, já que o não exercício da competência não gera a sua extinção.

Cumprе mencionar que o fato de ser intransferível (ii), não veda a possibilidade de delegação nem a avocação, as quais são tratadas em diploma legal específico.

Vale lembrar que a delegação é a outorga do poder para prática do ato para outra autoridade.

Nos termos da Lei 9784/99, a delegação poderá ser feita mesmo que seja para órgão ou autoridade não subordinado à autoridade delegante, bem como que tal

delegação não transfere a titularidade dessas atribuições, apenas sua execução, podendo ser revogada a qualquer tempo.

Por outro lado, algumas competências por expressa previsão legal, tem sua delegação vedada (art. 13 da Lei 9784/99):

Art. 13. Não podem ser objeto de delegação:

I - a edição de atos de caráter normativo;

II - a decisão de recursos administrativos;

III - as matérias de competência exclusiva do órgão ou autoridade.

A mencionada lei ainda prevê, que o ato de delegação deverá especificar as matérias e poderes transferidos, os limites de atuação, sua duração, dentre outros.

Já a avocação, é uma medida temporária e excepcional em que um agente em posição hierárquica superior traz para si a competência de seu subordinado devido a motivo relevante e devidamente justificado.

Feito o adendo, passa-se a análise do elemento **finalidade**, o qual segundo os ensinamentos de Di Pietro, é o resultado que a Administração deve alcançar com a prática do ato, ou seja, aquilo que se pretende com o ato administrativo.

Esse elemento é de suma importância para o nosso estudo, pois todo ato administrativo deve estar dirigido estritamente ao *interesse público*, e a sua inobservância, conforme já dito, constitui abuso de poder sob a forma de desvio de finalidade.

Baseado no princípio esculpido no art. 37, da Lei Maior, é defeso conceber que o administrador, na pessoa de gerir os bens e interesses da coletividade, possa estar voltado a interesses privados.

Neste passo, o intuito da atividade do agente público deve ser baseado no bem comum, pois o resultado da conduta pressupõe o motivo do ato, vale dizer, que o motivo está intimamente ligado à finalidade, ou seja, ao interesse público.

Nessa linha, seguindo tais parâmetros legais, a Carta Magna leciona que o interesse público, primordialmente, é o direito indisponível e necessário ao cumprimento do Estado Democrático de Direito que tem como objetivo construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover

o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988).

Mister salientar, que a Administração Pública se pauta em diversos princípios, sendo alguns explícitos, uma vez que constam do texto legal (CF/88), tais como, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, bem como outros implícitos; supremacia do interesse público, indisponibilidade do interesse público, razoabilidade e proporcionalidade, dentre outros.

Nesse viés, precisamente no âmbito do princípio da impessoalidade e moralidade administrativa, observa-se íntima relação com o que se denomina desvio de finalidade, eis que ao deixar de respeitar os referidos princípios, buscando interesses particulares em detrimento do interesse público, tem-se a nítida ofensa aos preceitos expressos no art. 37, caput, da Constituição Federal, pois no primeiro preceito, enseja tratamento cauteloso/diferenciado a administrados na mesma situação jurídica, e, na segunda, porque relega os preceitos éticos que devem nortear a Administração.

Em outras palavras, o desvio de finalidade existe quando o administrador pratica atos que não possuem finalidade pública específica, ou seja, desvirtuam-se dos fins objetivados por lei com o intuito de promover fins particulares ou de terceiros.

O terceiro requisito é a **forma** exigida para a prática do ato, é a sua materialização, ou seja, como ele se apresenta no mundo real.

Como regra, na Administração Pública todos os atos são formais, diferentemente do direito privado no qual se aplica a liberdade das formas.

Esse elemento também será sempre vinculado, de acordo com a doutrina majoritária.

No que desrespeito ao **motivo**, esse consiste na situação de fato e de direito que gera a necessidade da Administração em praticar o ato administrativo. O pressuposto de direito é a lei que baseia o ato administrativo, ao passo que o pressuposto de fato corresponde as circunstâncias, situações, acontecimentos, que levam a Administração a praticar o ato. Aqui, tem-se a exteriorização dos motivos que levaram a pratica do ato.

Por último, tem-se o **objeto** segundo o qual representa o conteúdo material, trata-se da modificação fática realizada pelo ato no mundo jurídico, ou seja, as inovações trazidas pelo ato na vida de seu destinatário.

Além dos requisitos de validade, mister destacar os atributos ou peculiaridades inerentes a todos os atos, são eles: **(i) imperatividade; (ii) tipicidade; (iii) autoexecutoriedade e; (iv) presunção de legitimidade.**

O ato administrativo é **imperativo**; pois, tão logo perfeito e acabado, obriga a todos, uma vez que representa o interesse público, tendo a Administração Pública o poder de impor de modo unilateral o respeito ao comando, com o fundamento na supremacia do interesse coletivo sobre o particular.

Já a **tipicidade** é o atributo pelo qual o ato administrativo deve corresponder a figuras previamente definidas pela lei como aptas a produzir determinados efeitos. Esse atributo é uma verdadeira garantia ao particular que impede a Administração de agir absolutamente de forma discricionária. Para tanto, o administrador somente pode exercer sua atividade nos termos estabelecidos na lei (Somente está presente nos atos unilaterais).

Por sua vez, a **autoexecutoriedade** permite à Administração Pública executar suas decisões sem necessidade de autorização do Poder Judiciário. Contudo, deve-se respeitar os princípios da legalidade e da proporcionalidade, e ocorrem em situações emergenciais ou hipóteses legalmente previstas.

Por fim, os atos administrativos são **presumidos verdadeiros** e legais até que se prove o contrário. Assim, a Administração não tem o ônus de provar que seus atos são legais e a situação que gerou a necessidade de sua prática realmente existiu, cabendo ao destinatário do ato o encargo de provar que o agente administrativo agiu de forma ilegítima. Este atributo está presente em todos os atos administrativos.

Importante mencionar ainda, que os atos administrativos podem ser classificados como discricionários ou vinculados. O ato é vinculado nos casos em que a lei estabelece a obrigatoriedade de a Administração agir de determinada forma sem liberdade de escolha. Já o ato discricionário ocorre nos casos em que a lei deixa certa liberdade de decisão diante do caso concreto, de modo que a autoridade poderá escolher, segundo critérios de conveniência e oportunidade, o melhor caminho para o interesse público.

Desta forma, um ato administrativo ao ser praticado deve ser cumprido, até que seja extinto.

Nesse sentido leciona Celso Antônio Bandeira de Mello (2008:436-438), que um ato administrativo extingue-se por:

- I – cumprimento de seus efeitos, o que pode suceder pelas seguintes razões:
 - a) esgotamento do conteúdo jurídico; por exemplo, o gozo de férias de um funcionário;
 - b) execução material; por exemplo, a ordem, executada, de demolição de uma casa;
 - c) implemento de condição resolutiva ou termo final;
- II – desaparecimento do sujeito ou do objeto;
- III – retirada, que abrange:
 - a) **revogação**, em que a retirada se dá por razões de oportunidade e conveniência;
 - b) **invalidação**, por razões de ilegalidade;
 - c) **cassação**, em que a retirada se dá “porque o destinatário descumpriu condições que deveriam permanecer atendidas a fim de poder continuar desfrutando da situação jurídica”; o autor cita o exemplo de cassação de licença para funcionamento de hotel por haver se convertido em casa de tolerância;
 - d) **caducidade**, em que a retirada se deu “porque sobreveio norma jurídica que tornou inadmissível a situação antes permitida pelo direito e outorgada pelo ato precedente”; o exemplo dado é a caducidade de permissão para explorar parque de diversões em local que, em face da nova lei de zoneamento, tornou-se incompatível com aquele tipo de uso;
 - e) **contraposição**, em que a retirada se dá “porque foi emitido ato com fundamento em competência diversa que gerou o ato anterior, mas cujos efeitos são contrapostos aos daqueles”; é o caso da exoneração de funcionário, que tem efeitos contrapostos ao da nomeação.
- IV – Renúncia, pela qual se extinguem os efeitos do ato porque o próprio beneficiário abriu mão de uma vantagem de que desfrutava.

3. CORRUPÇÃO ADMINISTRATIVA POR DESVIO DE FINALIDADE PÚBLICA

Corrupção é antônimo de moralidade, no qual, segundo o Aurélio (*online*), apresenta várias definições, *in albis*:

1. Ação ou efeito de corromper;
2. Ação ou resultado de subornar (dar dinheiro) uma ou várias pessoas em benefício próprio ou em nome de uma outra pessoa; suborno;
3. Utilização de recursos que, para ter acesso a informações confidenciais, pode ser utilizado em benefício próprio;
4. Alteração das propriedades originais de alguma coisa: corrupção de um livro;
5. Ação de decompor ou deteriorar; putrefação: corrupção das frutas;
6. Desvirtuamento de hábitos; devassidão de costumes; devassidão.

Partindo das definições apresentadas, a corrupção administrativa aqui tratada, será na seara cível, podendo ser definida como o ato de improbidade administrativa praticado por agente público, bem como, por parte de terceiros, cujas sanções

aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências (Lei nº 8.429, de 2 de Junho de 1992).

Em sentido material, o ato de improbidade pressupõe o aproveitamento da função pública para granjear ou distribuir, em proveito próprio ou de Terceiros, vantagem ilegal ou imoral, de alguma maneira infringindo os princípios que norteiam a Administração Pública.

É de bom alvitre registrar que não é todo ato ilegal que é considerado ato improbo, para tanto, deverá ser demonstrado o dolo, ou seja, a intenção maliciosa do agente de agir, bem como a existência de danos ao erário público.

Por inteligência, neste sentido, inclusive, merece destaque o seguinte julgado oriundo do Superior Tribunal de Justiça:

Não configura improbidade administrativa a contratação, por agente político, de parentes e afins para cargos em comissão ocorrida em data anterior à lei ou ao ato administrativo do respectivo ente federado que a proibisse e à vigência da Súmula Vinculante 13 do STF. A distinção entre conduta ilegal e conduta ímproba imputada a agente público ou privado é muito antiga. **A ilegalidade e a improbidade não são situações ou conceitos intercambiáveis, cada uma delas tendo a sua peculiar conformação estrita: a improbidade é uma ilegalidade qualificada pelo intuito malsão do agente, atuando com desonestidade, malícia, dolo ou culpa grave. A confusão conceitual que se estabeleceu entre a ilegalidade e a improbidade deve provir do caput do art. 11 da Lei 8.429/1992, porquanto ali está apontada como ímproba qualquer conduta que ofenda os princípios da Administração Pública, entre os quais se inscreve o da legalidade (art. 37 da CF). Mas nem toda ilegalidade é ímproba. Para a configuração de improbidade administrativa, deve resultar da conduta enriquecimento ilícito próprio ou alheio (art. 9º da Lei 8.429/1992), prejuízo ao Erário (art. 10 da Lei 8.429/1992) ou infringência aos princípios nucleares da Administração Pública (arts. 37 da CF e 11 da Lei 8.429/1992).** A conduta do agente, nos casos dos arts. 9º e 11 da Lei 8.429/1992, há de ser sempre dolosa, por mais complexa que seja a demonstração desse elemento subjetivo. Nas hipóteses do art. 10 da Lei 8.429/1992, cogita-se que possa ser culposa. Em nenhuma das hipóteses legais, contudo, se diz que possa a conduta do agente ser considerada apenas do ponto de vista objetivo, gerando a responsabilidade objetiva. Quando não se faz distinção conceitual entre ilegalidade e improbidade, ocorre a aproximação da responsabilidade objetiva por infrações. Assim, ainda que demonstrada grave culpa, se não evidenciado o dolo específico de lesar os cofres públicos ou de obter vantagem indevida, bens tutelados pela Lei 8.429/1992, não se configura improbidade administrativa. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, on line, REsp 1.193.248-MG, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 24/4/2014, grifo nosso).

4. ESTUDO DE CASO

EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - VEÍCULO OFICIAL - UTILIZAÇÃO DE VEÍCULO OFICIAL E SERVIDORES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MUNICIPAL PARA FINS PARTICULARES - CONFIGURAÇÃO - SENTENÇA MANTIDA.

Configura ato de improbidade administrativa a utilização de veículos públicos e servidores para fins particulares, em afronta ao princípio da moralidade administrativa, que deve pautar a conduta de todos os agentes públicos. - Detectada a utilização indevida de veículo oficial ou particular pela administração pública, em proveito de terceira pessoa, exsurge a necessidade de ressarcimento dos prejuízos causados aos cofres públicos, bem como de aplicação das penas previstas na Lei nº 8.429/92, de acordo com os parâmetros de proporcionalidade e razoabilidade, observadas as circunstâncias do caso concreto. APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0259.11.000426-6/001 - COMARCA DE FERROS - APELANTE(S): ROBERTO KELLER CARVALHO GONÇALVES E OUTRO(A)(S), MARIA DA CONCEIÇÃO SALES - APELADO(A)(S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS A C Ó R D Ã O Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO. DES. ELIAS CAMILO SOBRINHO (grifei).

Na forma do aresto apresentado acima, trata-se de recurso de apelação nos autos da Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, no qual, julgou parcialmente procedente os pedidos contidos na petição inicial, para reconhecer o ato de improbidade administrativa, condenando o requerido nas seguintes sanções: 1) "Multa no valor de 01 (uma) vez o valor do dano a ser apurada em liquidação por arbitramento"; 2) "suspensão dos direitos políticos por 05 (cinco) anos"; 3) "proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 5 (cinco) anos"; 4) "devolução aos cofres públicos do ente lesado, o valor do prejuízo causado"; 5) "perda da função pública".

Ainda, em observância aos limites legais, em seu julgamento, o magistrado fundamentou que restou configurado o ato de improbidade administrativa praticado pelo agente público, mediante a utilização de veículos públicos para fins particulares, em afronta ao princípio da moralidade administrativa, que deve pautar a conduta de todos os agentes públicos.

Neste sentido:

O fulcro de toda ilegalidade administrativa, ou mais, de todo ato de corrupção pública é o desvio de finalidade, na medida em que o agente público substitui um objetivo público por outro de índole diversa, alterando os fins de sua

conduta para servir outro interesse adverso à probidade. É o caso do REsp 1219706/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/03/2011.

Ressalta-se que a improbidade administrativa está intimamente ligada à desonestidade, ao dolo no sentido de lesar a coletividade em benefício próprio ou de terceiros. A lei não trata apenas das questões que envolvam dinheiro público, mas também de questões atinentes à ética na atividade administrativa e à legalidade e das condutas dos agentes.

No caso em comento, a proibição de utilizar bens públicos para fins particulares decorre da própria Constituição Federal, eis que a finalidade do ato deve sempre se pautar no interesse público, sendo certo que a conduta do apelante configura verdadeira afronta ao princípio da moralidade e flagrante desvio de finalidade administrativa, ao passo que utilizou-se de veículo público para fins diversos do permitido, devendo responder por seus atos.

5. CONCLUSÃO

Diante de numerosas atribuições da Administração Pública, conseqüentemente, diversos são os atos administrativos que seus agentes praticam. Assim, os atos completamente desvirtuados de finalidade pública que podem ser flagrantemente constatados, como os que atendem a vontade pessoal do administrador, são violadores de probidade administrativa. Portanto, devem ser combatidos com rigor, a fim de se evitar maiores danos à população.

Fixada esta premissa, nota-se que, o administrador público que realiza ato administrativo sem atender ao interesse público, com dolo de se beneficiar ou a terceiro indevidamente, causando dano ao erário, comete improbidade administrativa, devendo ser responsabilizado na forma da lei.

6. REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.> Acesso *on line* em: 09 jul. 2018.

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10406, de 10 de janeiro de 2002.

CAMINHA, Marco Aurélio Lustosa. **A corrupção na Administração Pública no Brasil**. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 8, n. 176, 29 dez. 2003. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/4657>>. Acesso em: 29 jul. 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 31 ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 29ª ed., São Paulo: Atlas, 2016.

_____. **Lei 8.429/92**. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 09 jul. 2018.

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E SEUS REFLEXOS NO ORÇAMENTO PÚBLICO

Thainá Machado Vassoler Meireles¹

Wagner José Elias Carmo²

RESUMO

Diante da crescente preocupação dos gestores públicos com o aumento da demanda por serviços de saúde, ressurgiu a necessidade de uma profunda reflexão acerca dos impactos gerados pelo processo de judicialização da saúde, de modo que, hodiernamente, há grande comprometimento do Orçamento Público com as despesas decorrentes de tal litígio, de forma que profundas máculas são lançadas sobre a execução de diversas ações governamentais, o que acarreta na necessidade de estudar a redistribuição de responsabilidades e a busca por soluções alternativas viáveis, buscando sempre o aumento da eficiência e a melhoria da qualidade dos gastos com serviços de saúde, de forma a utilizar de ampla gama de ferramentas de controle da execução da Lei Orçamentária Anual, Lei de Diretrizes Orçamentárias e Plano Plurianual, em pleno respeito à Lei de Responsabilidade Fiscal, às normas constitucionais acerca da despesa pública e à Lei de Finanças Públicas, possibilitando a plena oferta deste Direito Social, entregando ao cidadão um serviço público de qualidade e reduzindo expressivamente a demasiada demanda judicial produzida.

Palavras-chave: Judicialização; Saúde; Orçamento.

¹ Estudante do Curso de Direito das Faculdades Integradas de Aracruz-FAACZ. E-mail: thainavassoler@gmail.com.

²Graduado em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (2000); especialização em Direito de Estado pela Universidade Gama Filho e Mestrado Profissional em Tecnologia Ambiental pela Faculdades Integradas de Aracruz (2014). Doutorando do programa de pós graduação em Ciência, Tecnologia e Inovação em Agropecuária PPGCTIA da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro. Coordenador do Curso de Direito das Faculdades Integradas de Aracruz - FAACZ - Mantida pela Fundação São João Batista - FSJB. Professor convidado da Pós Graduação da Faculdade Estácio de Sá Vitória ES. Advogado Militante. Procurador Geral do Município de Aracruz - ES. Autor do Livro Gestão Ambiental na Federação Brasileira. Responsável pela Coluna Natureza Jurídica no site Empório do Direito.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como principal objetivo, explicar acerca da judicialização da saúde, que atualmente tem impactado diretamente as finanças públicas, interferindo gravemente nos planejamentos orçamentários da União, Estados e Municípios, acarretando conseqüentemente, prejuízo à atuação estatal quanto a garantia dos demais direitos constitucionalmente previstos.

2. A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITOS

A Constituição Federal de 1988, denominada Constituição Cidadã, consolidou a República Federativa do Brasil como um Estado Democrático de Direito, definindo políticas públicas para a concretização dos direitos sociais por ela assegurados, dentre os quais, o direito a saúde.

Enquanto Estado Democrático de Direito a República brasileira, possui como fundamento além da cidadania, a dignidade da pessoa humana, ambas elencadas no art. 1º da CF. É com base nesses fundamentos que surgem os direitos fundamentais, os quais devem ser observados e concretizados mediante a atividade dos três poderes, Executivo, Legislativo e Judiciário.

Nesse momento, a existência do homem como cidadão o torna o centro da sociedade, de modo que cada sujeito passa a ter uma identidade reconhecida e protegida pelo direito.

Assim, a consolidação de uma vasta gama de direitos e a garantia do acesso à justiça, aumenta consideravelmente as demandas judiciais.

O aumento de ações no judiciário em face do Estado, cujo principal objetivo é a consecução dos direitos constitucionalmente garantidos, implica em sério comprometimento do orçamento público que planejado mediante a elaboração de Plano Plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentárias e Lei Orçamentária Anual, se torna insuficiente ao atendimento da grande demanda.

A interferência do Poder Judiciário, ao deferir sem qualquer parâmetro os reiterados pedidos de assistência a saúde, seja para a realização de exames, consultas, cirurgias e fornecimento de medicamentos, intervém nas políticas sociais

de responsabilidade do Poder Executivo prejudicando não só seu orçamento como também a concretização dos demais direitos fundamentais constantes na Constituição Federal. Direitos estes, cuja proteção e efetivação são deveres igualmente impostos ao Estado.

3. O DIREITO À SAÚDE

Os direitos sociais são aqueles garantidos a toda a sociedade, de modo que em conformidade com um dos supraprincípios da Administração Pública, deve prevalecer sobre o direito do particular.

A saúde é um direito fundamental previsto pela Constituição em seu art. 6º, sendo por ela classificado com uma espécie de direito social. De modo que, exige do Estado a realização de prestações positivas a fim de garantir sua efetivação.

A concretização de um direito social implica diretamente na satisfação de múltiplos direitos individuais na medida em que várias pessoas são atendidas, por exemplo, em hospitais públicos ou beneficiadas com a distribuição gratuita de medicamentos pelos municípios.

Ressalte-se que todos os direitos e garantias fundamentais, possuem como característica a universalidade, a isonomia e a limitabilidade, de modo que a todos devem ser garantidos, sem qualquer distinção entre os sujeitos, ou seja, de forma igualitária. No entanto, dada a sua limitabilidade, não são absolutos, como o direito a vida, que por exemplo, é relativizado pelo próprio ordenamento jurídico ao prever as excludentes de ilicitude, tais como a legítima defesa e a o estado de necessidade.

O atendimento individual das necessidades de cidadãos de forma isolada pode implicar no prejuízo de toda a coletividade, uma vez que, o gasto inesperado pela Administração, dispendido para o cumprimento de uma decisão judicial, implica em cortes em seu orçamento, reduzindo a disponibilidade de recursos para atender aos demais que muitas vezes se encontram em filas de espera.

Um olhar detido sobre a situação, permite constatar que o poder impositivo de uma decisão judicial, obriga o Estado a arcar com uma cirurgia ou a fornecer determinado medicamento de auto custo, implicando conseqüentemente em redução a aplicação de seus recursos às prestações afirmativas que beneficiariam um número

maior de pessoas, as quais o direito a saúde também é assegurado. Impede, assim a implementação do direito social a saúde conforme previsto na Constituição.

4. O ORÇAMENTO PÚBLICO

É cediço o dever de manutenção e garantia pelo Estado de direitos, tais como saúde, educação, transporte, lazer dentre tantos outros. No entanto, por vezes não nos perguntamos a origem do dinheiro necessário a garantia de todos esses direitos.

O montante gasto pelo Estado na manutenção dos direitos individuais e sociais, ambos direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal, advém em sua maioria do pagamento de tributos.

Assim quando alguém paga um imposto, uma taxa ou contribuição o depósito é feito em uma espécie de “conta bancária” do governo federal, denominada Conta Única do Tesouro Nacional. Tais valores serão utilizados posteriormente pelo Estado para o pagamento das despesas.

No entanto, para que o montante das receitas sejam suficientes ao cumprimento das obrigações estatais, torna-se necessário a realização de um planejamento econômico e é nesse momento que surge o orçamento público.

Orçamento público nada mais é do que um instrumento de planejamento governamental, por meio do qual, as receitas são estimadas e as despesas são fixadas.

Dessa forma, a Administração Pública estima quanto arrecadará com impostos, taxas, contribuições e outras receitas fixando posteriormente suas despesas em consonância com essa previsão.

Convém ressaltar que orçamento público é uma lei e como todas as outras deve possuir uma base legal, que nesse caso são: a Constituição Federal de 1988, a Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/2000), a Lei nº 4.320/64 e o Decreto-Lei nº 200/67.

Ademais, será composto também por instrumentos de planejamento previstos no art. 165, incisos I a III da CF: Plano Plurianual (PPA), Lei de Diretrizes

Orçamentárias (LDO), Lei Orçamentária Anual (LOA). Esses instrumentos formam um sistema integrado de planejamento orçamentário.

4.1. Plano Plurianual

O plano plurianual (PPA) é o planejamento estratégico de médio prazo realizado a cada quatro anos pela Administração Pública, discutido e aprovado pelo Poder Legislativo, onde são definidas as maiores prioridades nacionais e regionais, ou seja, os grandes investimentos públicos, como construção de escolas, rodovias e aeroportos. Além disso, nele se inclui também a despesa com determinados bens e serviços permanentes.

No primeiro ano de seu mandato o Chefe do Poder Executivo planejará os gastos com as obras e serviços públicos que pretende executar. Assim para que um serviço seja prestado naquele exercício financeiro, obrigatoriamente deverá estar previsto no PPA originariamente ou incluso mediante lei que o autorize.

4.2. Lei De Diretrizes Orçamentárias

Antes da elaboração do orçamento anual, o Poder Executivo encaminha ao Poder Legislativo para aprovação a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), cujo texto estabelecerá metas e prioridades para o exercício seguinte.

Essa lei norteia a Lei Orçamentária Anual (LOA), uma vez que, inclui as despesas de capital, aquelas destinadas a investimentos, define as metas fiscais, dispõe sobre alterações da legislação tributária e da cobrança de tributos, informa o reajuste do salário-mínimo e estabelece regras temporárias, caso o orçamento não seja aprovado até o final do ano.

Em síntese, a LDO informa quais as despesas mais importantes do Executivo a cada ano.

4.3. Lei Orçamentária Anual

A LOA constitui o orçamento público em si. Ela estima as receitas e fixa as despesas anuais para cada área de atuação do Executivo, como, saúde, educação, segurança e transporte, as quais terão seus próprios programas e ações orçamentárias.

A LOA é composta por três orçamentos: orçamento fiscal, orçamento da seguridade e orçamento de investimento. A seguir abordaremos cada uma das três espécies orçamentárias.

O Orçamento Fiscal é constituído pelas entidades da Administração direta e indireta, órgãos e fundos dos Poderes da União.

O Orçamento da Seguridade Social é o responsável pelo pagamento de pensões e benefícios, aposentadorias, além de gastos com medicamentos e hospitais. Em resumo, arca com as despesas para manutenção da saúde, previdência e assistência social. Ademais, abarca todos os órgãos e entidades vinculados a Seguridade, constituindo como principal fonte de suas receitas as contribuições previdenciárias.

O Orçamento de Investimento, por sua vez, é aquele que registra os investimentos das empresas em que a União detenha direta ou indiretamente, a maioria de seu capital social, com direito a voto e que tenham investimentos programados para o exercício, tais como Banco do Brasil, Caixa Econômica Federal e Petrobrás.

5. INTEGRAÇÃO ENTRE PPA, LDO E LOA

Mediante a integração desses três instrumentos de planejamento, quais sejam, PPA, LDO e LOA, o poder público, especialmente o Poder Executivo, nas suas diferentes esferas, federal, estadual, municipal e territorial, executa as políticas públicas básicas, vitais ao funcionamento do Estado, cujo objetivo consiste em assegurar os direitos essenciais a sobrevivência humana e a manutenção da vida em sociedade.

6 A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

As decisões e liminares judiciais em sua maioria autorizam o fornecimento de medicamentos simples em falta nos postos de saúde, medicação importada e de alto custo, bem como a realização de cirurgias complexas, por vezes a serem realizadas no exterior.

Os cidadãos recorrem ao judiciário, quando não têm suas demandas atendidas pelo Sistema Único de Saúde (SUS). Todavia, a demanda ultrapassa pedidos de cirurgias complexas e medicamentos em falta nas farmácias públicas. Existem requerimentos que pugnam pela concessão de medicamentos utilizados em testes, cuja eficácia ainda não fora clinicamente comprovada, ou mesmo que confirmada para o combate de doenças normalmente raras, não foram incorporadas ao sistema único de saúde. Convém mencionar inclusive, a insatisfação de muitos com relação aos medicamentos de determinada marca, como é o caso dos genéricos.

Insta frisar que a crescente obtenção de informações pela população resultou no fenômeno da judicialização. Tal situação deve-se principalmente a incorporação do direito a saúde como um direito social, garantido pela constituição em seu art. 6º. Além disso, com o passar do tempo, os profissionais de saúde e os próprios cidadãos demandantes, tomaram conhecimento da via judicial e com as jurisprudências firmadas pelo STJ e STF, as informações foram cada vez mais difundidas, dando ensejo ao crescimento quase exponencial de ações judiciais na área da saúde.

Por diversas vezes ao deferir a concessão de determinado medicamento ou realização de uma cirurgia, o magistrado se esquece do impacto de tal ato nos cofres públicos, não se atém ao fato de que cada pedido deferido implica em novo gasto não previsto pela Administração, cujo impacto reflete sobre toda a sociedade que se vê beneficiada pelo SUS.

Há pois uma bilateralidade de efeitos jurisdicionais, eis que poucos cidadãos passam a ser beneficiados, em detrimento da maioria.

É sabido que muitas são as necessidades, entretanto, poucos são os recursos. Dessa forma, não é conveniente a Administração Pública, dispende quantias vultosas com apenas uma pequena parcela da sociedade, em detrimento da coletividade.

Outrossim, a realocação de recursos para garantir o atendimento das decisões judiciais, prejudica as políticas públicas da pasta da saúde que não serão concretizadas em consonância com o PPA, LDO e a LOA. Conseqüentemente, pode levar o gestor ao cometimento de crime de responsabilidade, uma vez, desrespeitada a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) ou mesmo a prática de crime contra a Administração Pública.

Observa-se que o Poder Judiciário na busca de cumprir a Norma Fundamental, acaba por implementar por si só o direito à saúde de forma individual, quando na verdade deveria ser feito por políticas públicas. Os tribunais se esquecem da finitude dos recursos e que os mesmos advém da carga tributária paga pela sociedade e que por esse motivo, deve beneficiar o maior número de indivíduos possível.

A proteção dos direitos sociais necessita de recursos, todavia, sua escassez e a impossibilidade da efetivação de todos eles concomitantemente, levam a invocação de um único argumento com o objetivo de conter a atuação do judiciário, qual seja, a reserva do possível.

7 RESERVA DO POSSÍVEL X MÍNIMO EXISTENCIAL

O mínimo existencial é a base da vida humana, se refere aos direitos relacionados às necessidades básicas para uma sobrevivência digna e por isso está garantido na Constituição em seu Título II – Garantias e Direitos Fundamentais.

Dentre eles destacam-se os direitos sociais, constantes no art. 6º da CF, os quais exigem prestações positivas pelo Estado a fim de promover a igualdade entre os diferentes sujeitos de direito na medida de suas desigualdades, mediante o desenvolvimento de programas para que tais direitos sejam alcançados por cada indivíduo.

Todavia, há de se reconhecer que com o desenvolvimento da sociedade a gama de direitos fundamentais ampliou significativamente, implicando via de consequência, na insuficiência de recursos capazes de suprir todas as necessidades da sociedade.

É nesse momento que surge a reserva do possível, fenômeno que impõe limites a efetivação dos direitos fundamentais, sobretudo os sociais, levando em consideração a disponibilidade financeira do Estado, tendo em vista que as necessidades a serem por ele supridas são quase sempre infinitas.

Frise-se que o Estado tem a obrigação de garantir o mínimo existencial, ou seja, as condições básicas para uma vida digna e não a concessão integral e imediata de todos os direitos elencados na Constituição, pois se assim fosse, as pessoas jurídicas de direito público interno (União, estados, municípios, autarquias, etc) possuiriam caráter completamente assistencialista.

Convém ressaltar que grande parte das demandas judiciais são interpostas por cidadãos de baixa renda, os quais, contribuem de forma ínfima com o orçamento público, posto que na maioria das vezes estão isentos do pagamento de taxas e impostos.

Segundo censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), realizado em 2017, 50% (cinquenta por cento) dos trabalhadores brasileiros auferem renda inferior a um salário-mínimo. Considerando que essas pessoas não declaram imposto de renda e possuem isenções no tocante ao pagamento de outros impostos, bem como quando da utilização de serviços prestados pelo Poder Público, milhões de reais deixam de ingressar nos cofres públicos, entretanto, outros milhares saem para atender as suas necessidades.

Há de se atentar também ao número de desempregados que no ano de 2018 chegou ao número expressivo de 12,2 milhões, aos idosos que em 2017 representavam 30,2 milhões de pessoas, além das crianças, adolescentes e jovens que não auferem renda alguma.

Diante dos dados apresentados, é possível observarmos a disparidade entre o número de sujeitos que efetivamente contribuem para o custeio das despesas do Estado, dentre elas a saúde e o efetivo populacional que usufrui dos benefícios pela última proporcionados.

Imperioso esclarecer que os gastos dispendidos para a manutenção de todo o sistema de saúde pública é apenas um dos diversos custos que o Estado possui. Assim, verificamos que as receitas auferidas pelos entes públicos não se destinam integralmente ao custeio da saúde. De modo que estes realizam a divisão

dos recursos entre as diferentes espécies de despesas necessárias a manutenção de toda a atividade estatal.

8 CONCEPÇÃO ASSISTENCIALISTA DE ESTADO

O que se vê na atualidade é o desenvolvimento de uma tese ou concepção assistencialista de Estado. Com a democratização trazida pela Constituição Federal de 1988, os cidadãos adquiriram mais direitos, bem como tiveram garantidos, outros, anteriormente ceifados pelos constituintes.

Ocorre que a gama de direitos elencada no novo dispositivo constitucional, desenvolveu um *sensu comum* entre os cidadãos, que a partir de dado momento passaram a agarrar-se firmemente à Constituição como uma tábua de salvação.

No entanto, se esqueceram de que o objetivo principal da norma fundamental então vigente, é o de que proporcionar igualdade entre os sujeitos de direito, permitir a participação popular na vida política do Estado, assegurar direitos individuais frente as maiorias, a fim de que os afortunados não se sobressaiam aos demais e por vezes, os esmaguem. Limitou o próprio Estado, que desde então não se manifesta de forma soberana, principalmente no tocante a imposição de regras e condições aos cidadãos, sem que haja previamente a escolha de representantes pelo próprio povo.

Entretanto, ante a falta de políticas públicas implementadas pela Administração nas diferentes esferas de poder, a população passa a exigir do Estado de forma veemente à garantia a saúde, mediante a interposição das mais variadas demandas judiciais.

Embora a saúde seja um direito de todos independentemente da condição de hipossuficiência ou não do sujeito, não procede de forma equitativa a previsão legal quanto a sua contribuição, eis que é cediço o alto custo dispendido na manutenção do SUS, que em sua maioria atende aqueles que não contribuem para sua manutenção. Ao passo que os verdadeiros contribuintes, além da alta carga tributária, se vêm muitas vezes obrigados ao pagamento de planos de saúde, a fim de obterem célere atendimento, posto que, os prontos socorros e emergência encontram-se constantemente abarrotados.

Abro um parêntese para expor a situação vivida por países desenvolvidos tais como Suíça, Dinamarca, Canadá e Japão em que as receitas para custeio das despesas de saúde advém do pagamento de valores fixos, arbitrados e obrigatoriamente pagos por todos os cidadãos, seja criança, adulto ou idosos, ou de fundos do governo ou da iniciativa privada, que de igual modo são usufruídos por todos indistintamente.

Diante das disposições acima, resta evidente a necessidade de fragmentar as despesas em comento de forma mais justa, em fiel observância ao pacto federativo, e acima de tudo, respeitando a capacidade orçamentária e financeira da União, Estados e Municípios. Todavia, para isso, faz-se necessário o real comprometimento de nossos governantes em propiciar condições dignas e oportunidades no mercado de trabalho, para que reduzido o percentual de desemprego e melhor distribuída a riqueza, todos possam na medida de suas desigualdades contribuir para a obtenção de um sistema de saúde melhor.

Não obstante, as colocações propostas, a principal questão que se coloca diante do Estado, enquanto não implementadas as devidas políticas públicas é: o direito a saúde garantido constitucionalmente deve prevalecer de forma absoluta perante as dificuldades financeiras e orçamentárias dos entes públicos?

Considerando a presente demanda, passamos a análise da ponderação/sopesamento dos direitos trazidos a baila pela CF/88.

9 O SOPESAMENTO DOS DIREITOS E DEVERES CONSTITUCIONAIS

Há quem diga, como Robert Alexy que os princípios devem ser sopesados, mas e os direitos e deveres, largamente assegurados pela Constituição Federal, também devem ser sopesados?

Esse é o cerne da questão. Descordando do modelo de ponderação dos princípios proposto por Alexy, em que o Estado-juiz na qualidade de detentor da obrigação de prestar a devida atividade jurisdicional, deve ponderar qual o melhor princípio a ser aplicado no caso concreto, verifico, não ser esta a forma adequada a ser aplicada também sobre os direitos e deveres constantes em nossa norma fundamental.

A explicação para isso é muito simples e clara. Se a constituição é a norma máxima de nosso ordenamento jurídico, de modo que todos os direitos e deveres nela contidos devem coexistir de forma harmônica entre si como prelecionam vários doutrinadores, importa dizer que independentemente de seu conteúdo todos serão aplicados concomitantemente.

Várias decisões proferidas pelos tribunais brasileiros, pontuam em suas fundamentações a inaplicabilidade do princípio da reserva legal pelo Estado, eis que o direito a saúde é constitucionalmente garantido. Todavia, não se atentam ou pelo menos esquecem que o orçamento público é limitado e pelos ordenadores de despesa dos diversos entes públicos devem ser respeitados, haja vista, a previsão disposta nos arts. 165 a 169 da CF.

O próprio judiciário tem ciência da limitabilidade de recursos, isso porque, assim como o poder legislativo e executivo, nos termos do art. 99 da CF, “Ao Poder Judiciário é assegurada autonomia administrativa e financeira. § 1º Os tribunais elaborarão suas propostas orçamentárias dentro dos limites estipulados conjuntamente com os demais Poderes na lei de diretrizes orçamentárias”, ele também planeja suas despesas.

No mais, é cediço o acúmulo de serviço nos gabinetes e cartórios das comarcas brasileiras, ante a escassez de recursos que impedem a contratação de novos magistrados, estagiários e serventuários da justiça.

Além disso, convém ressaltar que se o Estado tem a obrigação de legal de garantir o direito a saúde, da mesma forma, o judiciário na qualidade de Estado-juiz, deve garantir a inafastabilidade da jurisdição, respeitando conseqüentemente o princípio do devido processo legal e a duração razoável do processo, disposições estas constantes em nossa Norma Fundamental.

Ademais, é do conhecimento de todos que inúmeras são as decisões diariamente reformadas pelo judiciário, que no atarefamento da rotina não são capazes de prover a tutela satisfativa de direitos, do modo como efetivamente deveriam.

Dessa forma, tendo em vista que os direitos a saúde, ao devido processo legal e a duração razoável do processo são constitucionais, cuja obrigação pela sua efetivação é do Estado, não podemos criar disparidades, obrigando-se ao cumprimento de um e não de outros.

O judiciário, enquanto estado-juiz, cria para os chefes do executivos os mesmos problemas nos quais já está mergulhado, sem observar que suas decisões agravam cada vez mais a situação financeira do Estado como um todo, uma vez que, gastando-se mais recursos orçamentários do que aqueles efetivamente destinados à Saúde, a fim de dar provimento aos comandos judiciais, outras áreas serão afetadas em razão do corte necessário de suas verbas.

Podemos chegar a constatação de que o uso demasiado de recursos destinados a saúde inclusive, afetará ainda mais a disponibilidade de verbas do Poder Judiciário, que poderá ter seu limite orçamentário reajustado de um exercício financeiro para o outro.

Considerando a existência de normas orçamentárias na Constituição, bem como a previsão do direito a saúde, enquanto não desenvolvidas políticas públicas capazes de suprir toda a demanda dirigida ao estado, ficamos impossibilitados de sopesar princípios nos termos propostos por Alexy, visto que todos os direitos constitucionais devem ser concomitantemente respeitados, figurando-se imperiosa a observância ao princípio da reserva do possível.

10. CONCLUSÃO

Findo o presente trabalho podemos concluir pela aplicação do princípio da reserva do possível às decisões judiciais que versem sobre a prestação de serviços de saúde pelos entes públicos, não havendo pois que se falar no sopesamento de direitos constitucionais, uma vez, que referida medida confere discricionariedade ao Judiciário, poder, por sua vez, conferido à Administração Pública quando da prática de atos administrativos.

Ademais, a prática de sopesamento termina por conferir maior importância a um determinado direito constitucional em detrimento de outro, ferindo conseqüentemente a Norma Fundamental de nosso ordenamento jurídico.

Dessa forma, ante a carência de recursos no orçamento público nas diferentes esferas de governo, tem o poder judiciário, o dever de atuar com responsabilidade quando da concessão de liminares, observando a hipossuficiência da parte autora, bem como a amplitude e as conseqüências oriundas do deferimento

do pleito em comento, com o claro objetivo de evitar o esgotamento das receitas necessárias a manutenção de todos os direitos elencados pela Constituição.

Destarte, ante a demanda excessiva, os gestores devem se ater a reserva jurídica, dando fiel cumprimento a legalidade orçamentária.

REFERÊNCIAS

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/busca.html?searchword=desemprego&searchphrase=all>> Acesso em: 11 jan. 2019.

VERDÉLIO, Andréia. BRASIL GASTA 3,8% DO PIB EM SAÚDE PÚBLICA. **Agência Brasil**, Brasília, 1 nov. 2018 Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2018-11/brasil-gasta-38-dopib-em-saude-publica>>, Acesso em: 15 mar. 2019.

BORGES MÂNICA, Fernando. TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas. Disponível em: <http://fernandomanica.com.br/site/wpcontent/uploads/2015/10/teoria_da_reserva_do_possivel.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2019.

VIERIA FIGUEIREDO SAPUCAIA, Rafael. A TEORIA DOS PRINCÍPIOS EM ALEXY E DWORKIN. Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/2405/a-teoria-principiosalex-y-dworkin>>. Acesso em: 15 mar. 2019.

WORLD BANK GROUP. ANÁLISE DA EFICIÊNCIA DO GASTO PÚBLICO COM SAÚDE. Disponível em: <<http://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2017/maio/26/1.a-BancoMundial-Eficiencia-do-Gasto-com-Saude-CIT.pdf>>. Acesso em: 18 mar. 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

MORAES. Alexandre de. **DIREITO CONSTITUCIONAL – 33. ed. rev. e atual. até a EC nº 95, de 15 de dezembro de 2016** – São Paulo: Atlas, 2017.

CARVALHO. Deusvaldo. **ORÇAMENTO E CONTABILIDADE PÚBLICA** – 6. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

DIREITO CONSTITUCIONAL

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E SUA APLICAÇÃO PELOS INTÉRPRETES

Arthur Cavalheri Nunes Zamperlini¹
Flávia Spinassé Frigini²

RESUMO

Discorrer acerca da importância dos princípios constitucionais em nosso ordenamento jurídico, bem como uma perquirir sobre a melhor forma de utilização destes princípios, normas dotadas de abstração, contribuindo com a manutenção da integridade das decisões proferidas pelo Poder Judiciário.

Palavras-chaves: Princípios; Constituição; Valores; Poder Judiciário; Ativismo.

A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

Com a mitigação da influência dos ideais liberais e com o advento do Estado Social de Direito com a primazia na garantia do bem estar social, notou-se uma forte mudança no modo de disposição das normas primárias contemporâneas.

Em um tempo anterior, as Cartas Magnas eram consideradas como simples cartas políticas das intenções as quais o legislador constituinte possuía para a nação. Todavia, tal modo de pensar já não mais se coaduna com o ordenamento jurídico atual.

A Constituição Federal outorgada em 1988 demonstra uma forte aderência às ideias garantistas, visando o bem-estar social e valores democráticos consagrados em âmbito mundial, que nasceram, principalmente, com a Revolução Francesa.

¹ Estudante do Curso de Direito das Faculdades Integradas de Aracruz-FAACZ. E-mail: arthurcavalheri@hotmail.com.

² Mestra em Direito Processual na Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Especialista em Direito Público pela Universidade Anhanguera (Uniderp). Cursa Especialização em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG). Graduada em Direito na Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Professora nas Faculdades Integradas de Aracruz (FAACZ). Advogada.

Para assegurar os direitos inerentes ao Estado Democrático de Direito, o legislador constitucional não poderia simplesmente criar um manifesto de intenções, uma vez que para obtenção de resultados eficazes, estas deveriam vincular a todos que residem ou eventualmente se encontram em território nacional. Decidiu-se, portanto, criar uma carta com poderes normativos, que estabeleceria regras que obrigam a todos os jurisdicionados, ou seja, criou-se texto com força de lei que carrega consigo os princípios a serem pautados pela nação.

Tais fatos se verificam notadamente na lei primária ora vigente no Brasil, eis que de fácil constatação que os mais de 100 artigos e os milhares de incisos nela contidos não se configuram como uma mera “orientação” a seus jurisdicionados, mas sim a imposição de obrigações e também a garantia de direitos mínimos a todos, seja por meio de princípios, seja por meio de regras concretas.

Portanto, por ser a Constituição Federal a lei máxima, em razão da hierarquia, é certo que o legislador infraconstitucional e os aplicadores do direito se vinculam a seu teor principiológico-normativo, devendo seguir à risca os seus ditames, sob pena de cometimento de ilegalidades (MOREIRA, 2009):

Toda norma carrega, direta e potencialmente o elemento disposicional de ser interpretado à luz da Constituição. A tarefa de interpretação, como o conhecimento melhor do texto, equivale à tarefa de aplicação do Direito. Não são dois momentos separados, como se imaginava nos estudos da hermenêutica clássica.

Sendo assim, por ser a norma de força maior, a legislação infraconstitucional deve ser criada de forma que consagre os princípios constitucionais, e em decorrência disso, toda concepção de leis e toda interpretação legal feita pelo Poder Judiciário passam a ser, também, uma interpretação constitucional. É neste íterim que surge a discussão acerca do peso e da importância que devem ser dados aos princípios e o que fazer quando há conflito entre eles.

O constitucionalismo atual passa a ter maior carga normativa, com forte influência de princípios gerados pelas opções políticas do constituinte, sendo que estes possuem força de lei, supremacia e centralidade em relação às demais normas.

Neste contexto, surge um movimento político-doutrinário denominado por alguns de neoconstitucionalismo (acepção criticada por certos juristas), ou simplesmente Constitucionalismo Contemporâneo (nomenclatura utilizada por Lênio Streck), que defende, em síntese, que a Carta Magna exerce uma função de supremacia em relação às regras infraconstitucionais, tendo, conseqüentemente, função de norma diretiva fundamental, que condiciona os entes e poderes públicos e os particulares, de maneira que sejam garantidos os valores ali tutelados.

Quanto à finalidade do movimento constitucional, cabe transcrever o seguinte (TAVARES, 2008):

Ao analisarmos o conceito de constitucionalismo, verificamos que diversos são os sentidos que tal vocábulo apresenta. Podemos vislumbrar quatro sentidos para ele: **i - a princípio pode significar o movimento político social com origens históricas bastante remotas que pretende, em especial, limitar o poder arbitrário;** ii - pode significar imposição de que haja cartas constitucionais escritas; iii - também pode ser utilizada para indicar os propósitos mais latentes e atuais da função e posição das constituições nas diversas sociedades; por fim, pode ter o sentido mais estrito de ser apenas a evolução histórico-constitucional de um determinado Estado (grifos nossos).

Sendo assim é de primordial importância o estudo e a correta aplicação dos princípios em nosso ordenamento jurídico, sendo que suas funções principais apontadas pela doutrina: I – Ser a norma fundamentadora de todo o ordenamento jurídico; II – Função orientadora de interpretação; III – Fonte subsidiária do direito.

A partir da constatação da relevância jurídica dada aos princípios em nosso ordenamento, é de fundamental importância a discussão acerca de como e quando deverão ser usados pelo Poder Judiciário de forma que sua força constitucional seja resguardada, mas que ao mesmo tempo não seja proferida decisão contra lei.

Um tema que muitas vezes é ligado indevidamente aos princípios são os “valores”, chegando-se a alguns constitucionalistas a utilizarem a expressão “jurisdição axiológica”. Não é possível que referidos vocábulos sejam empregados como sinônimo de “princípios”, pois, dar-se-ia uma presunção de que princípios são sinônimos das “vontades e intenções do constituinte”, o que permitiria uma espécie de interpretação subjetiva por parte dos aplicadores da lei no caso concreto. Ao

contrário, os princípios devem ser interpretados como normas que são, ou seja, são Códigos de lícito-ilícito.

Afastar valores pessoais no momento das decisões judiciais não quer dizer que seja possível afirmar que o direito e as vontades da sociedade não possuam qualquer conexão, muito pelo contrário, os valores morais, éticos e sociais possuem papel primordial em nosso sistema normativo, uma vez que são estes, somados com os fatores políticos e econômicos, os fundamentos pelos quais o Poder Legislativo cria uma nova regra e a insere em nosso ordenamento em razão do sistema democrático.

Em favor da coerência do direito, defende-se a aplicação da teoria pura do direito defendida pelo jusfilósofo Hans Kelsen: “*Só uma Moral positiva tem interesse para uma Ética científica, tal como apenas o Direito positivo interessa a uma teoria científica do Direito*” (Teoria Pura do Direito, p. 70).

Ou seja, os fatos valorados socialmente entram em nosso sistema através do devido processo legislativo. Assim, o que antes era uma simples ideia ou pensamento fruto do senso comum passa a ser uma regra com força imperativa, sendo esta regra o objeto do direito aplicado pelo magistrado e não os valores por detrás dela. Nesta linha de pensamento, também escreve Marcelo Neves (1994, p. 119/120):

Nesse contexto o sistema jurídico pode assimilar, de acordo com os seus próprios critérios, os fatores do meio ambiente, não sendo diretamente influenciados por estes fatores. A vigência jurídica das expectativas normativas não é determinada imediatamente por interesses econômicos, critérios políticos, representações éticas, nem mesmo por proposições científicas, ela depende de processos seletivos de filtragem conceitual no sistema jurídico.

No que se refere à introdução de valores no sistema jurídico, assim também se manifesta Paulo de Barros Carvalho (2002, p. 193), *in verbis*:

Bem se vê que o deparar com valores leva o intérprete, necessariamente, a esse mundo de subjetividades, até porque elas se entrelaçam formando cada vez mais complexas que dificultam a percepção da hierarquia e tornam a análise uma função das ideologias dos sujeitos cognoscentes.

A força normativa dos princípios constitucionais desautoriza sua aplicação pura e simples de “fonte subsidiária do direito”, sendo, na verdade, regras primárias, dotadas da função de norma fundamental do Ordenamento, que deve ser utilizada como parâmetro obrigatório para criação de normas posteriores.

Conforme supramencionado, uma das atribuições do poder constitucional é a limitação do poder arbitrário pelas autoridades investidas de poder estatal, especialmente aos intérpretes diretos da norma, isto é, o Estado-Juiz.

Isto posto, os estudiosos defensores da hermenêutica constitucional argumentam que toda interpretação feita por um magistrado deve ter como parâmetro a Constituição Federal e seus princípios.

Desta forma, devido a diversidade sociocultural dos homens, verifica-se que raramente ocorre entendimento uníssono acerca da aplicação de determinada regra. Nestes casos, através da visão constitucional, o entendimento aplicável deverá sempre ser aquele que se adequar aos princípios-norma da lei máxima, garantindo-se assim, além da segurança e uniformidade nas decisões jurídicas, um bloqueio a arbitrariedade dos juízes, já que estes passam não a decidir com suas próprias crenças, mas sim com o conteúdo prescrito em lei.

Sobre esse contexto problemático versam as obras do jusfilósofo Ronald Dworkin, que serão objeto de análise posteriormente.

Importante frisar que não se fala aqui de um positivismo engessado, conforme defendia o movimento liberal, que era marcado por um Estado mínimo. Por possuir a lei constitucional sentido semântico amplo, com regras gerais e abertas, caberá ao legislador infraconstitucional e ao aplicador do direito no caso concreto interpretar de forma racional as regras já definidas pela Constituição.

Nesse ponto, deixar a cargo do juiz a racionalização da aplicação legal, é onde se encontra o perigo da discricionariedade dos magistrados e do ativismo judicial.

Não é possível em nossa jurisdição que o juiz faça as vezes de legislador e decida por suas convicções, mesmo que suas intenções sejam as mais nobres e que visem unicamente aplicação da “melhor justiça”, já que se as decisões fossem assim tomadas, decidir-se-ia de forma contrária ao princípio da legalidade.

Em suma, quando o magistrado decide com base em seus valores e experiências de vida, está transgredindo a repartição de poderes, já que, como membro do Judiciário, não possui como função típica a inserção de novas regras em nosso sistema, função essa atribuída ao Legislativo.

Com a constitucionalização do direito, e com o efeito da forte incidência dos princípios gerais sobre o ordenamento jurídico, possibilita-se a diminuição de espaço para decisões arbitrárias e amplia-se a aplicabilidade das normas constitucionais em nosso sistema jurídico, através de um sistema de integração jurisdicional visando a coerência.

E nesse sentido, ao dar primor aos princípios, o juiz deixa de ser visto apenas como legislador negativo (aquele que somente afasta a aplicação de normas inconstitucionais) e adquire a tarefa de racionalizar o sistema jurídico, adequando-o ao teor da constituição, buscando sempre a sua uniformização.

Caso fosse uma faculdade do juiz de não aplicar a lei por simples convicção pessoal ou por seu senso de justiça, seria criada uma situação na qual o juiz teria o poder de exercer suas atividades sem limites, gerando a solução para casos concretos levados a jurisdição sem amparo legal. Logo, o magistrado somente poderá deixar de aplicar a legislação quando observar inconstitucionalidade.

Enfatiza-se, ainda, que apesar de se dar um maior prestígio aos princípios constitucionais, não se deve associá-los diretamente a ponderação de princípios de Alexy, entendimento seguido majoritariamente pela doutrina e pela jurisprudência brasileira.

Conceder ao magistrado a “liberdade” de decidir acerca da colisão de princípios, adotando como critério a ponderação dos “valores” constitucionais, resultaria em uma “discricionariedade disfarçada”, tendo em vista que, ao final, através do sopesamento dos valores, o juiz decidiria por aplicar a solução a qual entenderia correta segundo suas crenças pessoais e sua noção de justiça, o que, conforme já exposto, deve ser vedado e o que favoreceria a uma imprevisibilidade do direito e a uma falta de coerência, o que fere gravemente a segurança jurídica.

Portanto, busca-se uma solução para que simultaneamente os princípios tenham seu papel reconhecido em nosso Ordenamento, evitando-se ao máximo a discricionariedade e o ativismo judicial.

Dworkin defende que se deve conferir à norma jurídica um sentido mais consistente com a nossa prática jurídica, analisada em uma perspectiva ampla. Assim, apesar das inevitáveis divergências entre os magistrados acerca de qual interpretação das normas do direito deve prevalecer, através da visão do direito como integridade, com a utilização dos princípios e dos precedentes, já não estarão livres para decidir como quiserem, uma vez que através de seu método de interpretação se introduz uma racionalidade na tomada de decisão judicial.

Segundo este doutrinador, através do processo de integração só haverá dúvida quanto a aplicação quando existir indagação quanto ao objetivo da norma, ou seja, a que finalidade determinada norma atende. Ou seja, a partir da análise da finalidade desta norma, e tendo ela como parâmetro limitador é que se deve ser feita a interpretação e aplicação no caso concreto. Portanto, a interpretação construtiva procura tornar uma prática a melhor possível em face de sua finalidade.

Assim, a interpretação não é capaz de descobrir alguma intenção real histórica, mas simplesmente propõe uma forma de ver o que é discutido “*como se este fosse o produto de uma decisão de perseguir um conjunto de temas, visões ou objetivos, uma direção em vez de outra*” (DWORKIN, 1999, p. 71).

Para Dworkin, as regras são aplicadas de forma total quando cabíveis e não aplicáveis quando não previstas, pois são apenas aplicáveis quando surgem determinados requisitos fixados pela própria lei (se for válida para o caso, deve ser aceita, se não é válida, nada contribuirá para a decisão).

Já os princípios são normas que não fixam uma consequência jurídica exata, eles expressam considerações de justiça, equidade ou outras dimensões da moralidade, ou seja, não estabelecem uma solução precisa para as controvérsias, de modo que também diferem das regras em sua forma de aplicação. O princípio é uma razão pela qual se inclina para determinada conclusão decisiva, ou seja, é um elemento argumentativo.

Os princípios são mais fracos do que as regras com a mesma fora hierárquica segundo Dworkin, em se levando em consideração o peso nas decisões (apesar de os princípios constitucionais serem primordiais no momento da criação de regras de segunda importância), já que os primeiros admitem sempre inúmeras exceções, sendo que, quando se trata das regras, as exceções podem ser enumeradas, e tais exceções são previstas por elas mesmas, regras.

Para resolução dos “casos difíceis”, ou casos em que há conflitos de ideia, cabe distinguir os “argumentos de política” e “argumentos de princípio”. Os argumentos políticos justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da sociedade. Os argumentos de princípio justificam uma decisão jurídica, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou grupo. O que distingue as duas é o objeto levado em consideração (valores ou normas, respectivamente).

Dworkin alega que não pode haver discricionariedade se levarmos em consideração que existem princípios e regras, e não somente regras como prevê o positivismo. O positivismo de Hart previa que se não houver uma regra específica que disponha acerca do caso, poderia o juiz criar o direito e aplicá-lo ao caso (modo de decidir muito semelhante ao de aplicação dos valores, ou argumentos de política). Para Dworkin, nestes casos, difíceis, é que se aplicam os princípios de forma mais contundente.

Logo, nos casos mais desafiadores, em que não houver uma regra específica a ser aplicada, devem prevalecer argumentação de princípios e não política, ressaltando-se que as leis infraconstitucionais devem ser vistas como geradas a partir dos princípios e não das políticas.

Sendo assim, através da visão de primazia da coerência das decisões, para haver equidade, deve o juiz observar os argumentos de princípios utilizados pelos tribunais superiores hierarquicamente e replicá-los em casos análogos, sendo concedido, por conseguinte, ao método de homogeneização do direito apresentado por Dworkin, uma grande importância ao sistemas de precedentes para garantia de maior previsibilidade.

Defende uma também “interpretação criativa” no sentido de que o intérprete tente decifrar os propósitos e intenções do criador da norma. Ou seja, além de tudo, deve-se fazer uma espécie de análise do momento histórico o qual a regra ou princípio a ser aplicado foram concebidos.

Há uma preocupação com o propósito e não com a causa. *“De tal modo que as regras estritas devem ser compreendidas, aplicadas, ampliadas, modificadas, atenuadas ou limitadas segundo essa finalidade”*. Há, portanto, na interpretação uma dimensão crítica e uma construtiva.

Levando todos os referidos argumentos em consideração, cria um método interpretativo dividido em três fases.

A primeira etapa é denominada pré-interpretativa, que consiste identificação e qualificação do objeto interpretado como pertencente a certo gênero. É a constatação de quais regras possivelmente descrevem um comando aplicável a situação fática a ser decidida, é uma etapa descritiva.

A segunda etapa é a interpretativa, na qual dá-se a atribuição de significado as informações coletadas na fase anterior, reconstruindo-as, por meio da argumentação,

para que se dê um sentido homogêneo (aqui, por exemplo, leva-se em consideração os precedentes).

E, por fim, a pós-interpretativa, ideia daquilo que a prática realmente requer para a melhor justificativa que ele aceite na etapa interpretativa. Busca-se uma aplicação coerente da melhor justificativa prática, contudo, sem ir além das possibilidades interpretativas constatadas na segunda fase, visando sempre a uniformidade junto as jurisprudências provenientes de tribunais superiores hierarquicamente.

Deve o juiz trabalhar pensando na continuidade do disposto pelo legislador, ou seja, uma homogeneização do direito, não podendo criar novas decisões através de seu senso de justiça, deve manter o consenso da unidade a qual sua tarefa está inserida. Ou seja, a melhor justificativa para uma decisão não é outra senão a manutenção da coerência jurisprudencial.

Diante de todo o exposto, vê-se que é plenamente possível, e recomendável que os princípios fundamentais sejam aplicados em nosso ordenamento, sem que, todavia, ocorra decisão contra lei.

Dworkin propõe um método de racionalização do sistema, com ideais pós-positivistas, no qual os princípios alinhados com as regras e precedentes são capazes de formar um poder judiciário mais coerente em suas deliberações, fazendo prevalecer os ideais constituintes, e ao mesmo tempo sem abusos de poder.

CONSIDERAÇÕES FINAIS:

Ficou evidenciado no presente artigo a importância da construção de uma jurisprudência integrativa, em que os princípios constitucionais tenham seus valores normativos reconhecidos, principalmente como fonte argumentativa do direito.

Através do sistema de Dworkin de racionalização do direito, com a aplicação de maior peso às normas específicas e atribuindo grande força a jurisprudência de tribunais superiores, almeja-se a redução do ativismo judicial, baseado em decisões proferidas

com base em meros valores pessoais, buscando-se uma unificação e integração de nosso ordenamento jurídico.

BIBLIOGRAFIA:

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.

BUSTAMANTE, Thomas. Princípios, regras e conflitos normativos: um modelo para a justificação das decisões contra legem a partir da teoria jurídica de Robert Alexy. **Pensar**, Fortaleza, v. 15, n. 2, p.603-628, dez. 2010. Semestral.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA CIVIL: ALGUMAS REFLEXÕES NO CONTEXTO BRASILEIRO. **Revista Brasileira de Direito Processual**: RBDPro, Belo Horizonte, v. 5, n. 100, p.129-144, out. 2017. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 4.ed. São Paulo: Martins fontes, 2000.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo e Teoria da Interpretação**. Neoconstitucionalismo. Obra coordenada por Regina Quaresma, Maria Lúcia de Paula Oliveira e Farlei Martins Riccio de Oliveira. Editora Forense. Rio de Janeiro. 1º Edição. 2009.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

ROSSI, Amélia Sampaio; PAMPLONA, Danielle Anne. NEOCONSTITUCIONALISMO E ATIVISMO JUDICIAL:: DEMOCRACIA E CONSTITUCIONALISMO EM OPOSIÇÃO OU TENSÃO PRODUTIVA?. **Nomos**: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC, Fortaleza, v. 33, n. 2, p.1-17, 2017. Semestral. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/986/957>>. Acesso em: 10 mar. 2019.

STRECK, Lenio Luiz. **As recepções teóricas inadequadas em terrae brasilis**. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia. vol. 10. n. 10. p. 30. Curitiba, jul.-dez. 2011.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

STRECK, Lenio Luiz; DELFINO, Lúcio. **Novo CPC e decisão por equidade: a canibalização do Direito**. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-dez-29/cpc-decisao-equidade-canabalizacao-direito>>. Acesso em: 29 dez. 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **O pamprincipiologismo e a flambagem do Direito**. 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-out-10/senso-incomum-pamprincipiologismo-flambagem-direito>>. Acesso em: 10 mar. 2019.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é decidir por princípios?**: A diferença entre a vida e a morte. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-ago-06/senso-incomum-decidir-principios-diferenca-entre-vida-morte>>. Acesso em: 10 mar. 2019.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. Editora Saraiva. 6ª edição. 2008.

TAVARES, Rodrigo de Souza; VIEIRA, José Ribas; DO VALLE, Vanice Regina Lírio. **Ativismo jurisdicional e Supremo Tribunal Federal**. Anais do XVII Congresso Nacional do Conpedi, Brasília, 2008.

DIREITO EMPRESARIAL

A PROTEÇÃO LEGAL AOS BENS DE CAPITAL ESSENCIAIS AO ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL

Eduardo Silva Bitti¹

RESUMO: Cuida-se de estudo voltado à conceituação de bens de capital, em sua essencialidade, em meio a cenário jurisprudencial que julga a possibilidade de penhora de estabelecimento. É visto que a jurisprudência que aborda o tema é insuficiente para pacificar um tratamento adequado à defesa de bens mínimos para o exercício da profissão de empresário, mas que, ao menos, quanto a determinadas situações, é notória a presença de avanços.

PALAVRAS-CHAVES: proteção legal; bens de capital; estabelecimento empresarial.

ABSTRACT: This is a study focused on the conceptualization of capital goods, in their essentiality, amid a jurisprudential scenario that judges the possibility of attachment of business establishment. It is seen that the jurisprudence that addresses the issue is insufficient to pacify an adequate treatment for the defense of minimum assets for the exercise of the profession of entrepreneur, but that, at least, in certain situations, the presence of advances is notorious.

PALAVRAS-CHAVES: legal protection; capital goods; business establishment.

¹ Professor da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES) e da Fundação São João Batista - Faculdades Integradas de Aracruz (FAACZ), doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), mestre em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito Milton Campos e advogado.

1 INTRODUÇÃO

O breve estudo contido no presente artigo aborda a conceituação de bens de capital, em sua essencialidade, em meio a cenário jurisprudencial que julga a possibilidade de penhora de estabelecimento.

Justifica-se o tema ante a parca análise do assunto tanto pela doutrina, como pela jurisprudência brasileira, apesar da grande relevância com que os casos que envolvem o assunto se desenham.

Tal abordagem permite o levantamento do seguinte problema: é possível impedir a realização de ativos indispensáveis ao estabelecimento empresarial fora do âmbito do *stay period* da recuperação judicial da recuperação judicial?

Para responder a tal indagação, alcança-se, como objetivo geral, analisar se a referida proteção coaduna com a realidade jurídica existente, principalmente no âmbito processual.

Especificamente, objetiva-se analisar o emprego do conceito do instituto na lei 11.101/2005 durante o *stay period* da recuperação judicial, o que será visto no primeiro item a seguir.

Após, é objeto específico a verificação da possibilidade de alargamento da noção de bens de capital à realidade fora da recuperação judicial, o que, em sentido estrito, significa analisar se bens móveis e imóveis utilizados no exercício da empresa teriam alguma proteção contra a penhora e expropriação decorrente de cobranças judiciais.

2 DA SUSPENSÃO DE LEVANTAMENTO DE BENS DE CAPITAL NA LEI 11.101/2005 DURANTE O *STAY PERIOD* DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Bens de capital são aqueles que compõe o estabelecimento empresarial, ou seja, aqueles organizados em prol do desenvolvimento da empresa. Sobre eles, a parte final do § 3º do artigo 49 da Lei 11.101/2005 dispõe que é proibido que sejam vendidos ou retirados do estabelecimento do devedor os bens assim qualificados, quando essenciais à atividade desenvolvida, durante o prazo suspensivo de 180 (cento e oitenta) dias contados do deferimento do processamento da recuperação,

considerando-se este como um *stay period* a que se refere o § 4º do art. 6º da mesma lei falimentar e recuperacional.

É bem verdade que § 3º do artigo 49 da Lei 11.101/2005 estabelece isso em razão da proteção conferida ao proprietário fiduciário de bens móveis e imóveis, ao preceituar que créditos em tais condições não podem se submeter aos efeitos da recuperação judicial, prevalecendo “os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais”, especificamente, nos casos de credor que seja proprietário fiduciário, arrendador mercantil, proprietário ou promitente vendedor de imóvel sob contrato com cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, “inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio”.

Até por isso, é necessário entender o contexto da norma.

Ricardo Negrão (2013), aliás, elucida que a fidúcia é muito mais eficaz que a garantia real, pois o cedente não tem ação reivindicatória do próprio bem, tendo somente ação pessoal. Qualquer outro raciocínio, assevera, “é construção da norma jurídica dentro da recuperação pela doutrina e pelos tribunais”, o que é exemplificado na Súmula 60 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que afirma que “a propriedade fiduciária constitui-se com o registro do instrumento no registro público de títulos e documentos no domicílio do devedor” e, na Súmula 62, quando se diz que no processo recuperacional seria “inadmissível a liberação de travas bancárias com penhor de recebíveis” o que, em consequência, faria com que o valor recebido em pagamento das garantias devesse permanecer em conta vinculada durante o período suspensivo previsto pelo §4º do artigo 6º da Lei 11.101/2005.

Na mesma fala, porém, Negrão também afirmou que a Lei 11.101/2005 trouxe várias lacunas interpretativas, sendo uma delas a falta de definição legal dos direitos das partes envolvidas, o que geraria uma ausência de eficiência da própria lei. O problema, segundo ele, começaria pela não universalização dos credores submetidos à recuperação e, toda vez que um credor não é submetido, obviamente, faz por defender tal condição.

O resultado dessa constatação seria o de que, na recuperação, os contratos sofreriam influência das relações concursais que estão sendo discutidas, não sendo mais vínculos entre credor e devedor, mas, sim, entre eles e todos os demais credores

que se submeteriam ao plano de recuperação, com a exceção óbvia das instituições financeiras.

A complementação realizada pela parte final do §3º trouxe, contudo, importante relevo à noção de bens de capital essencial, a princípio nociva aos interesses dos credores, mas que na lei de recuperações acaba por ser tratada como instrumento para a manutenção da possibilidade de interessados verem cumpridas obrigações contratadas com o devedor.

É necessário explicar.

Como já afirmado também por Marco Aurélio Bellizze (BRASIL, 2018), de acordo com o dispositivo, por “bens de capital”, na prática, entendem-se aqueles, corpóreos, que servem à manutenção da capacidade produtiva, descartando-se aqueles que poderiam ser retirados do estabelecimento empresarial sem prejuízo à produção, ou seja, por não serem essenciais a tal finalidade. Igualmente, segundo ele, não pode ser perecível, nem consumível.

Assim é que Bellizze traz a conceituação de “bem de capital”, em termos recuperacionais, como sendo um pressuposto lógico ao subseqüente juízo de essencialidade objetiva, amparada em preenchimento de requisitos.

Assim, o primeiro deles estaria na noção de que, na recuperação, para se caracterizar o bem como “de capital” e “essencial”, ele deve ser corpóreo e estar incluso na cadeia produtiva da empresa, já que indispensável ao exercício dessa atividade econômica exercida pelo empresário. Assim, não se poderia confundi-lo com outros bens supostamente supérfluos do empresário.

Há quem divirja do caráter exclusivo da essencialidade aos bens móveis, como fê-lo Lídia Valério Marzagão (2005), que destaca a preocupação do legislador ao estabelecer o prazo de *stay period* como proteção aos maquinários e equipamentos, mas, igualmente, às instalações. A questão dos bens imóveis, no entanto, será objeto de comentário no próximo item.

Segundo, não poderia ser algo consumível, nem perecível, ou seja, deveria ser bem durável que se perpetue na cadeia produtiva como item organizado ao longo de tempo razoável.

Terceiro, haveria uma necessidade de que fosse realizada uma interpretação sistemática que, a um só tempo, atenderia aos ditames da lei de regência e não

descaracterizaria ou esvaziaria a garantia fiduciária que recai sobre o "bem de capital", que se encontra provisoriamente na posse da recuperanda.

Em *espírito*, a intenção da norma seria voltada apenas à proteção do direito de propriedade dos credores, afastando-se de outras situações obrigacionais. Logo, o bem, para ser assim categorizado, deve estar sob domínio possessório da recuperanda, porquanto, como visto, utilizado no processo produtivo do empresário fiduciante.

Finalmente, em quarto lugar, não se poderia atribuir tal qualidade a uma coisa cuja utilização significasse o próprio esvaziamento da garantia fiduciária, como ocorre nos casos de cessão fiduciária de créditos. Isso porque, ao final do *stay period*, o bem deveria ser restituído ao proprietário, o credor fiduciário, e o dinheiro, dada a liquidez, uma vez recebido, mistura-se aos demais valores, podendo se tornar algo indissociável em razão do estado de grave crise econômico-financeira do devedor fiduciante.

Vale dizer, no caso dos créditos em tal condição, além do esvaziamento mencionado acima, eles não são corpóreos, o que não os afasta da essencialidade, mas fá-lo com relação à ausência do primeiro requisito.

Em tempo, com isso, como ironicamente argumenta Manoel Justino Bezerra Filho (2009, p. 128), discorre-se que o que está previsto no §3º da Lei 11.101/2005 foi o ponto que mais diretamente contribuiu para que a Lei deixasse de ser conhecida como "lei de recuperação de empresas" e passasse a ser conhecida como "lei de recuperação do crédito bancário".

As instituições financeiras garantiram com a norma que a propriedade fiduciária de créditos não se sujeitasse à recuperação, ressalva apenas aos bens de capital. Ainda assim, ultrapassado o prazo suspensivo do artigo 6º, §4º, ou seja, de 180 dias, os atos executivos prosseguem independentemente da recuperação judicial em andamento. Embora o princípio norteador seja o da preservação da empresa, não se pode, a pretexto de cumpri-lo, sacrificar a lei e os contratos que o devedor anteriormente tenha celebrado.

O contexto legislativo apresentado, como visto, enquadra-se em hipótese excepcional e provisória.

É excepcional, pois é detectado, de forma explícita, apenas na Lei 11.101/2005. Não se tem no ordenamento nada tão claro com relação à proteção do patrimônio empresarial contra dívidas.

Protege de maneira provisória, pois enquadra-se somente na circunstância do prazo de 180 dias do §4º do art. 6º, deixando várias dúvidas a serem respondidas.

Com isso, é, claramente, utilizado como anteparo contra as chamadas travas bancárias, expressão derivada da ideia de que alguns créditos de instituições financeiras poderiam emperrar o prosseguimento da recuperação judicial, inviabilizando-a por comprometer o patrimônio através da continuação das respectivas execuções por força das referidas normas cogentes acima.

Quando a lei determina a impossibilidade de retirada de bens do devedor durante o período informado, observa-se o interesse positivado de não se permitir que o exercício reivindicatório do direito de propriedade pelo terceiro impeça a recuperação da empresa e prejudique credores.

Ainda assim, o mencionado § 3º do artigo 49 cria com isso uma antinomia entre o princípio da propriedade e o da proteção da empresa, apesar da nota de que o primeiro está positivado no artigo 170, inciso II, da Constituição Federal, ou seja, está posicionado como norma hierarquicamente superiora.

É bem verdade que as discussões sobre o assunto vêm sendo afastadas dos tribunais superiores, eis que, normalmente, o tema da essencialidade dos bens é julgado nos juízos de piso das recuperações², abafando-se discussões técnicas mais profundas.

Além disso, observa-se que, quando o tema chega ao Superior Tribunal de Justiça com relevância, a principal questão levantada diz respeito ao já mencionado afastamento utilização do crédito sob cessão fiduciária.

Ainda assim, a noção de bem de capital essencial, como se vê, tem espaço para uma releitura, seja quanto à abrangência, dentro e fora da recuperação judicial, seja quanto ao conceito em si.

Os requisitos anteriormente abordados revelam-se limitados em ótica sistêmica e merecem análise paralela em questões cotidianas.

² Como exemplo, cite-se o que foi julgado no Agravo interno nos embargos de declaração no conflito de competência 119387, da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 27 de março de 2019.

3 O ALARGAMENTO DA NOÇÃO DE BENS DE CAPITAL À REALIDADE FORA DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

A Lei de Recuperações, como visto, inovou, a partir do princípio da preservação da empresa, ao buscar a defesa dos bens de capital essenciais, mas o ordenamento atual possui outros elementos a serem analisados em relação à questão do patrimônio mínimo.

Alfredo de Assis Gonçalves Neto (2014, p. 615) recorda que a noção de estabelecimento sempre teve ligação à figura do comerciante ou empresário, vindo a ser tratada pelo Direito Comercial e pouco desenvolvida noutras áreas do direito, “embora sendo utilizada para a determinação dos direitos do trabalhador, para a definição de hipóteses de incidência de tributos, para efeito de emancipação etc.”

Na verdade, a proteção ao estabelecimento empresarial veio a ser mitigada em demandas verticais, como as advindas do direito do trabalho ou do consumidor. É fato que, nessas hipóteses, não se fala em proteção ao empresário na exata medida da dominação que este exerce sobre o outro polo da relação jurídica.

Diante dos quadros de responsabilidade direta, solidária, ou subsidiária de sócios, existentes no ordenamento brasileiro, é comum a ausência de proteção ao investidor em razão do fato de que o objetivo daqueles microssistemas seria o pagamento das dívidas.

É possível que, talvez, o esquecimento decorra do fato de que o assunto nunca tenha sido ligado à dignidade do empresário, ou seja, à colocação de critérios mínimos de sobrevivência e proteção ao exercício profissional da empresa por seu desenvolvedor, seja ele pessoa natural, na figura do empresário individual, seja pessoa jurídica, no caso das EIRELI e das sociedades.

Afirmar que o estabelecimento empresarial contém em si o patrimônio mínimo para o exercício da empresa pelo empresário, merecendo ser defendido, soa quase como uma heresia em tempos atuais nos quais o empresário ocupa uma posição de dominador na maioria de suas relações, deixando não profissionais como hipossuficientes.

Por outro lado, contudo, a ausência de proteção ao titular da empresa pode resultar em afastamento do capital externo e interno, em razão da falta de confiança quanto à continuidade dos negócios e a sucumbência de estruturas. E é nesse

contexto que se localiza a situação do próprio estabelecimento comercial, ou seja, como elemento patrimonial a ser atingido pelos interesses dos credores do empresário.

Para fins didáticos, expressa-se a seguir as duas extensões de discurso sobre o tema, mormente sobre os bens móveis e os imóveis.

3.1 A essencialidade dos bens móveis

Inicialmente, recorda-se que a noção de bem de capital não é necessária somente quando da recuperação judicial, estando adstrita à condição de bem vinculado ao estabelecimento empresarial que não esteja em crise econômico-financeira.

Na realidade, o que fomenta a análise do tema fora da recuperação judicial tem origem no próprio §3º do artigo 49 da Lei 11.101/2005, ou seja, a própria expressão “bem de capital essencial”, em virtude da possível redundância.

A questão está no fato de que se o empresário alocou bens móveis para o exercício da empresa, não há como, objetivamente, retirá-lo do conceito da essencialidade, a não ser que seja algo voltado para o descarte.

Tomando-se por base os requisitos apresentados no item anterior, observa-se que o primeiro, quanto à necessidade de ser corpóreo e estar incluso na cadeia produtiva da empresa, somente faria sentido se fosse algo que poderia ser descartado, supérfluo.

Também não se pode concordar com narrativa de que é requisito para o caráter essencial o fato de o bem ser durável, ou seja, não consumível, nem perecível. Aparentemente, a busca para impedir o afastamento da impossibilidade de levantamento de créditos decorrentes de cessão fiduciária no §3º do artigo 49 da Lei 11.101/2005 deve possuir fundamentação própria, que não aquela que desvirtue o real conceito de essencialidade.

Veja-se, *verbi gratia*, o caso das matérias-primas que adentram ao estabelecimento empresarial como insumos. Até para fins de recuperação judicial, seria absurda a possibilidade de levantamento de tais itens antes do término do prazo de 180 dias do §4º do artigo 6º da lei recuperacional. De nada adiantaria o empresário

ter o maquinário e as ferramentas, se nada mais existir para ser transformado ou meramente utilizado.

Outrossim, não se pode entender a essencialidade como algo excepcional. apenas voltado a situações provisórias, como ocorre na recuperação judicial, em relação à garantia fiduciária.

O estabelecimento exercido de maneira regular, ainda que não esteja sob o crivo de um processo concursal, merece atenção quanto ao objeto de interpretações protetivas.

Pensa-se, aqui, na grande necessidade de releitura quanto à possibilidade de sua obtenção, principalmente no que diz respeito à sua paralisação por conta de eventual penhora processual.

Para este ponto, é indispensável o entendimento de que a crise econômico-financeira pode ser não a causa de eventuais bloqueios patrimoniais, mas, sim, seu efeito imediato. Na medida em que o empresário possa vir a ser desapossado de bens de capital, a produção ou os serviços por ele prestados podem vir a ser diretamente afetados.

Tal compreensão deveria ser aplicada sobre o artigo 833 do Código de Processo Civil, que remete o leitor à determinação de impenhorabilidade de:

I - os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução;

(...)

V - os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício da profissão do executado;

(...)

VII - os materiais necessários para obras em andamento, salvo se essas forem penhoradas;

(...)

XII - os créditos oriundos de alienação de unidades imobiliárias, sob regime de incorporação imobiliária, vinculados à execução da obra.

§ 1º A impenhorabilidade não é oponível à execução de dívida relativa ao próprio bem, inclusive àquela contraída para sua aquisição.

(...)

§ 3º Incluem-se na impenhorabilidade prevista no inciso V do caput os equipamentos, os implementos e as máquinas agrícolas pertencentes a pessoa física ou a empresa individual produtora rural, exceto quando tais bens tenham sido objeto de

financiamento e estejam vinculados em garantia a negócio jurídico ou quando respondam por dívida de natureza alimentar, trabalhista ou previdenciária.

As matérias descritas no mencionado dispositivo, ainda que possam ser utilizadas em outras áreas, são também são afeitas ao exercício da empresa. De maneira específica, sabe-se que a elaboração de pensamento em função termo “profissão” também pode ser empresarial.

Vale lembrar, o conceito de empresário, previsto no artigo 966 do Código Civil destaca que o exercício da empresa engloba profissionalismo, ou seja, atuação prática em atividade da qual tenha o ônus de conhecer os riscos de mercado, mormente graças à não eventualidade de sus condutas.

Logo, quando o texto do inciso V do mencionado artigo 833 adverte a impenhorabilidade de máquinas, ferramentas, utensílios, instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício da profissão do executado, é necessário incluir, com cerne em interpretação teleológica, os bens utilizados no exercício profissional da empresa.

É verdade que a jurisprudência ainda engatinha com relação ao avanço hermenêutico acima, mas, ao menos, com relação ao empresário individual, às EIRELI e às sociedades empresárias, desde que tributariamente considerados como microempreendedores individuais, microempresas ou empresas de pequeno porte, é possível diagnosticar que o Superior Tribunal de Justiça já vem considerando-os como sendo beneficiários da referida impenhorabilidade patrimonial (2019).

Crê-se que, em breve, a mudança paradigmática irá atingir também as sociedades, entendidas, também tributariamente, como grandes, eis que a proteção ao bem de capital não significa uma blindagem do empresário, mas da função social da empresa naquilo que ela representa, ou seja, a defesa das relações trabalhistas, consumeristas, ambientais e do próprio mercado no qual a atividade econômica é desenvolvida.

3.2. A dificuldade de qualificação dos bens imóveis como bens essenciais

Deve-se atribuir ao estabelecimento empresarial, como universalidade, noções de que, se o empresário necessita do complexo empresarial para o exercício da empresa, então nada mais normal que ele seja considerado, como um todo, um instrumento de trabalho.

Marcelo Bertoldi e Marcia Carla Pereira Ribeiro (2006, p. 96) comentam que não se concebe a existência de um empresário sem o estabelecimento empresarial, visto que ainda que este seja rudimentar, propicia a consecução dos objetivos empresariais.

Infelizmente, em termos atuais, os imóveis que servem de abrigo aos demais bens de capital e que deveriam entrar nessa conta, nela ainda não estão.

O problema é estabelecido, inicialmente, no artigo 11, § 1º, da Lei 6.830/1980, que determina, excepcionalmente, que a penhora poderá recair sobre o estabelecimento comercial, industrial ou agrícola, regra especial nitidamente aplicável à execução fiscal.

Há tempos, o assunto já vem sendo alvo dos tribunais brasileiros, o que justificou, inclusive, a publicação da Súmula 451 pelo Superior Tribunal de Justiça. Por ela, afirma-se que “é legítima a penhora da sede do estabelecimento comercial”.

Apesar do termo “estabelecimento” ter sido utilizado, erroneamente, como bem imóvel no qual se exerce, mais equivocado é o teor do conteúdo das referidas decisões.

Note-se que, para chegar a tal conclusão sumular, serviram como precedentes os julgamentos dos recursos especiais 354.622, 994.218, 857.327 e do próprio 1114767, além dos agravos 723.984 e 746.461 e, pelo que se observa, em todos eles há pontos discutíveis. É interessante, então, fazer uma breve digressão nos precedentes acima mencionados.

No caso do recurso especial 354.622-SP (2006), julgado pela Primeira Turma, o relator do caso, Ministro Garcia Vieira, chegou à conclusão de que seria inadmissível, na espécie, a determinação da penhora sobre imóvel-sede onde se localizava o empresário executado, na consideração de que, em execução fiscal, a penhora sobre o estabelecimento comercial do executado só poderia ocorrer de

maneira excepcional, devendo ser determinada pelo modo menos gravoso para o devedor.

Em segundo precedente, o agravo regimental no agravo 723.984-PR (2006), julgado pela Primeira Turma, sob relatoria do então Ministro José Delgado, cuidou de situação na qual também se defendia o imóvel sede do estabelecimento comercial novamente contra penhora solicitada por credor fiscal e pelos mesmos argumentos do caso anterior. O voto do relator, assim como no exemplo anterior, foi no sentido de afastar a constrição pela exata excepcionalidade do ato em se tratando de conjunto patrimonial voltado à atividade empresarial.

A mudança se apresentou no terceiro precedente, contido no recurso especial 994.218-PR (2007), outra vez, pela Primeira Turma, desta vez sob relatoria do Ministro Francisco Falcão. Neste, também houve a ratificação do “entendimento de que a penhora sobre o estabelecimento comercial da empresa ou sobre o seu faturamento tem caráter excepcional”, admitida apenas nos casos em que não existam outros bens garantidores da dívida. Entretanto, informou-se que a situação indicava que os bens dados em garantia eram de difícil alienação e que, principalmente, a constrição dos imóveis da empresária não significava o bloqueio das respectivas atividades empresariais. Logo, no caso, supostamente a penhora do imóvel não teria o condão de paralisar as atividades empresariais.

Igualmente, a Terceira Turma entendeu que não havia impenhorabilidade do imóvel sede no recurso especial 857.327-PR³, sob relatoria da Ministra Nancy Andrighi, no agravo regimental nos embargos de declaração no agravo 746.461-RS (2009), sob relatoria do Ministro Paulo Furtado, e no anteriormente citado recurso especial 1.114.767-RS.

De tudo, pode-se afirmar que a Súmula 451, ao legitimar a possibilidade de penhora do imóvel sede, excluiu do intérprete a análise correta do assunto, pois ratificou jurisprudências que se equivocam em relação a terminologias e conceitos.

³ Veja-se a ementa: “PROCESSO CIVIL. PENHORA DE IMÓVEL DE PROPRIEDADE DO EXECUTADO, NO QUAL ESTÁ INSTALADA SUA CLÍNICA MÉDICA. ALEGAÇÃO DE IMPENHORABILIDADE DO BEM FUNDAMENTADA NO ART. 649, VII, DO CPC. AFASTAMENTO. - Consoante precedente da 3ª Turma do STJ, o imóvel onde se instala o estabelecimento no qual trabalha o devedor - seja ele um escritório de advocacia, uma clínica médica ou qualquer outra sociedade - não está abrangido pela impenhorabilidade determinada pelo art. 649, VI, do CPC (com a redação anterior à Lei nº 11.382/2006). Tal dispositivo legal somente atribui impenhorabilidade aos livros, máquinas, utensílios e instrumentos necessários ou úteis ao desempenho de qualquer profissão. Recurso especial conhecido e provido.” (2008).

Em todos os casos, o que se observou foi o fato de que o Superior Tribunal de Justiça adjetivou o imóvel, ponto comercial, tal como o fez o próprio Código Civil, e o chamou, indevidamente, de estabelecimento.

Além disso, quase todos os precedentes tinham por base execuções fiscais, parte do microssistema tributário. E isso significa dizer que as situações precedentes à Súmula 451 foram movidas por legislação especial e não a todas as hipóteses de execução contra o empresário, tanto que o recurso especial 1.114.767-RS foi julgado a partir do princípio da especialidade⁴.

Da leitura dos julgados, discutiam-se os imóveis como elementos externos ao conjunto patrimonial empresarial. Ao se analisar o significado de “utensílios à atividade comercial”, que fazem parte do estabelecimento, não se poderia excluir o imóvel, que se soma aos demais bens agregados e que serve ao exercício da empresa e propiciam condições objetivas de manutenção do empreendimento, que compreendem a dignidade do empresário.

Esta apenas foi uma prova da conjuntura sob a qual se estrutura o Direito Comercial brasileiro. Pelo que se destaca, a Súmula 451 ratifica a subserviência do Direito Comercial aos demais microssistemas, mas, pautada em julgados que se equivocam quanto ao próprio conceito de estabelecimento, revela-se carente de alterações que venham a acompanhar o futuro da disciplina empresarial, em meio à necessidade de regramento claro em prol da dignidade do empresário.

Os equívocos dos paradigmas dos dizeres sumulados pelo Superior Tribunal de Justiça podem vir a ser retificados, por exemplo, para substituir a penhora do imóvel empresarial pela de cotas de sócios ou do faturamento, o que já está regrado no Código de Processo Civil, respectivamente, nos artigos 835, inciso IX, e 861, e nos artigos 835, inciso X, e 862 a 865.

⁴ Eis o trecho principal do voto de Luiz Fux: “A penhora de imóvel no qual se localiza o estabelecimento da empresa é, excepcionalmente, permitida, quando inexistentes outros bens passíveis de penhora e desde que não seja servil à residência da família. O artigo 649, V, do CPC, com a redação dada pela Lei 11.382/2006, dispõe que são absolutamente impenhoráveis os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão. A interpretação teleológica do artigo 649, V, do CPC, em observância aos princípios fundamentais constitucionais da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (artigo 1º, incisos III e IV, da CRFB/88) e do direito fundamental de propriedade limitado à sua função social (artigo 5º, incisos XXII e XXIII, da CRFB/88), legitima a inferência de que o imóvel profissional constitui instrumento necessário ou útil ao desenvolvimento da atividade objeto do contrato social, máxime quando se tratar de pequenas empresas, empresas de pequeno porte ou firma individual.”

Afinal, se a empresa sofrer exercício saudável, nada mais coerente do que se penhorar os direitos de propriedade como os representativos da titularidade do capital, protegendo-se bens móveis ou imóveis necessários ao cumprimento da função social, mormente, a manutenção de empregos e da viabilidade econômico-financeira do estabelecimento.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo possibilitou averiguar a amplitude da proteção ao patrimônio destinado à atividade empresarial e o tratamento conferido pela jurisprudência.

Em resposta ao problema apresentado, é, sim, possível impedir a realização de ativos indispensáveis ao estabelecimento empresarial fora do âmbito do *stay period* da recuperação judicial da recuperação judicial.

A questão desenhada no artigo 833 do Código de Processo Civil, especificamente sobre a impenhorabilidade de bens voltados à profissão, pode e deve ser aplicada aos empresários, empresas individuais de responsabilidade limitada e às sociedades empresárias eis que exercem a profissionalmente atividades econômicas organizadas para a produção ou circulação de bens e serviços, na forma do artigo 966 do Código Civil.

Não se pode olvidar da importância disso: os bens que tais pessoas naturais e jurídicas utilizam para o desenvolvimento das empresas são indispensáveis à continuidade destas e, ainda que isso não fosse possível, em razão de falência ou recuperação judicial, a penhora de tais itens seria, como é, nociva à proteção dos interesses dos demais credores, devendo ser afastada em qualquer hipótese não falimentar.

A saída seria entender que, se o sujeito não tem condições técnico-financeiras para a manutenção de estabelecimento, que se permita, ou force, que outro o faça, o que ocorreria em benefício da empresa e, mais ainda, em prol do mercado.

É verdade que faltam mecanismos intervencionistas para tanto.

E mais verdadeira ainda é afirmação de que, ao contrário da penhora de cotas sociais, a de bens de capital é inútil à manutenção da empresa e uma aresta à segurança jurídica. Não serve para assegurar o pagamento integral dos débitos, nem

permite que o empresário continue a ter condições de exercer sua atividade econômica.

REFERÊNCIAS

BERTOLDI, Marcelo; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Curso avançado de direito comercial*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 96.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de Recuperação de Empresas e Falências Comentada*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 128.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial 1758746, Terceira Turma. Recorrente: Itau Unibanco S.A. Recorrido: Regia Comercio de Informática LTDA "Em Recuperação Judicial". Relatora: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília, 25 set. 2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 07 abr. 2019.

_____. Agravo interno nos embargos de declaração no conflito de competência 119387, *Segunda Seção*. Agravante: Caixa Econômica Federal. Agravado: Fertimourão Agrícola Ltda. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti. Brasília, 27 mar. 2019. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 07 abr. 2019.

_____. *Agravo regimental nos embargos de declaração no agravo 746.461 - RS*. Recorrente: Antônio Cláudio Gomes Pires. Recorrido: Banco do Estado do Rio Grande do Sul S/A - BANRISUL. Relator: Ministro Paulo Furtado. Brasília, 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 01 maio 2014. Acesso em: 01 maio 2014.

_____. *Recurso especial 354.622 - SP*. Recorrente: Tonolli do Brasil Indústria e Comércio de Metais LTDA. Recorrida: Fazenda Nacional. Relator: Ministro Garcia Vieira. Brasília, 2006. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 01 maio 2014.

_____. *Recurso Especial Nº 723.984 - PR*. Recorrente: Indústria Trevo LTDA. Recorrida: Fazenda Nacional. Relator: Ministro José Delgado. Brasília, 2006. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 01 maio 2014.

_____. *Recurso especial Nº 857.327 - PR*. Recorrente: Antônio Prestes e cônjuge. Recorrido: José Lazarotto de Melo e Souza e outro. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 01 maio 2014.

_____. *Recurso Especial Nº 994.218 - PR*. Recorrente: Santa Clara Indústria De Cartões LTDA. Recorrido: Estado do Paraná. Relator: Ministro Francisco Falcão. Brasília, 2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 01 maio 2014.

_____. *Recurso especial 1.114.767/SP. Corte Especial*. Recorrente: Valdomiro Moreira Carpes. Agravado: Fazenda Nacional. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 02 dez. 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 14 abr. 2019.

CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira et al. A cessão fiduciária na recuperação judicial. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO COMERCIAL, 3. 2013. São Paulo. *Anais eletrônicos*. São Paulo: AASP, 2013. Disponível em: <<http://www.congressodireitocomercial.org.br/site/anais-eletronicos-do-3o-congresso/videos-do-3o-congresso/170-a-cessao-fiduciaria-na-recuperacao-judicial.html>>. Acesso em: 29 mar. 2019.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 615.

MARZAGÃO, Lídia Valério. *A recuperação judicial*. In: MACHADO, Rubens Approbato (Coord.). *Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

DIREITO PENAL

PERSONALIDADE PSICOPÁTICA NO ÂMBITO DO DIREITO PENAL

Aluna: Débora Possatti Moura¹

Professor Orientador: Dolivar Gonçalves Junior²

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo analisar a figura do psicopata no judiciário brasileiro, colocando em pauta os tipos de personalidades psicopáticas juntamente com o seu cometimento de crime, no que se refere à culpabilidade. Além disso, deve-se observar a forma que o Estado intervém quando esses indivíduos agem em desconformidade com a legislação brasileira.

No primeiro momento, será feita uma breve relação entre a Psicologia Jurídica, Criminologia e Direito. No segundo momento, serão abordadas as psicopatologias, a conduta do indivíduo e os distúrbios psicológicos. Após, serão apresentados os aspectos jurídicos, com base no Direito Penal. Por fim, o enfoque será sobre como o Direito aplica determinada sanção penal aos infratores com psicopatia.

Palavras-chave: Direito Penal. Criminologia. Psicopatologia. Psicopatia. Culpabilidade. Sanção Penal.

INTRODUÇÃO

A personalidade do ser humano é definida como um conjunto de características psicológicas que definem o indivíduo. Ao sofrer de um transtorno de personalidade, o

¹Estudante de Graduação do Curso de Direito das Faculdades Integradas de Aracruz- FAACZ. E-mail: deborapossatti@hotmail.com

² Possui graduação em bacharel em direito pela Faculdade de Direito do Vale de Rio Doce (2004). Tem pós-graduação na área de Direito Público, com ênfase no Direito Processual Penal Constitucional (2007). Advogado criminalista desde 2006. Membro da Procuradoria de Aracruz/ES. Professor do Curso de Direito na FAACZ-Faculdades Integradas de Aracruz/ES.

indivíduo passa a contemplar variações emocionais e comportamentais, já que sua personalidade é inflexível e funciona de forma distorcida.

A lista de transtornos de personalidade é vasta, porém o enfoque desse artigo é a personalidade psicopática. A psicopatia é uma anomalia psíquica, no qual a conduta social do indivíduo se encontra patologicamente alterada, afetando o seu comportamento em sociedade.

O instituto da psicopatia foi abordado, especificadamente, pela primeira vez em 1941, pelo psiquiatra americano Hervey Milton Cleckley, em seu livro “A Máscara da Sanidade”. Outra informação relevante vem da psiquiatra Ana Beatriz Babosa Silva, médica graduada pela UERJ (Universidade Estadual do Rio de Janeiro), afirmando que a cada 25 pessoas no Brasil, uma é psicopata, e em sua maior parte, são homens.

Destaca-se que existem vários tipos de psicopatas na sociedade, que serão abordados mais a frente. A partir dessa análise, serão abordadas as características desses indivíduos, como essas alteram seu comportamento, para que, ao final, conclua-se sobre sua culpabilidade.

RELAÇÃO ENTRE PSICOLOGIA JURÍDICA, CRIMINOLOGIA E DIREITO

A **Psicologia** e o **Direito** apresentam um importante ponto em comum, qual seja o estudo da conduta humana, cada uma atuando em uma área específica. A Psicologia é a ciência responsável por estudar elementos psíquicos do comportamento humano, procurando compreender como estes podem interferir no decorrer da vida. Já o Direito, preocupa-se com as relações do homem em sociedade, objetivando analisar o comportamento em relação às leis estabelecidas e a aplicação das normas e regras, estudando como essas serão aplicadas no caso concreto em situações do cotidiano.

Entre o Direito e a Psicologia temos a Psicologia Jurídica, que é justamente o conhecimento especializado que comporta as duas áreas. A Psicologia Jurídica tem uma grande importância no âmbito criminal, pois seu objetivo principal é, além de

avaliar o comportamento do ser humano, analisa como este pode afetar a conduta ao ponto de levá-lo a infringir as normas legais vigentes no ordenamento jurídico.

Em paralelo com essas duas ciências, destaca-se a Criminologia, conceituada por Sutherland como “o conjunto de conhecimentos sobre o delito como fenômeno social.

A Criminologia vem a ser a ciência que se ocupa do delito e do delinquente como fenômeno individual e social”. Dessa forma, a mesma estuda o fenômeno e as causas da criminalidade, juntamente com a personalidade do delinquente, conhecendo o criminoso a partir da sua vida psíquica, bem como compreendendo o motivo que levou o indivíduo a praticar tal ato, e quais foram os fatores capazes de influenciarem sua conduta.

Identificar possíveis distúrbios de personalidade que podem levar o sujeito à prática de um ato delituoso é condição *sinequanon* da atuação da Psicologia no campo do Direito. Todavia, essa tarefa não é fácil, e para que isso seja possível se faz necessária à utilização de outra ciência, a Psicopatologia.

Segundo Elie Cheniaux (2002, p.11) “a psicopatologia é uma ciência autônoma, e não meramente um ramo da psicologia. Enquanto esta tem sua origem na filosofia, a psicopatologia nasce com a clínica psiquiátrica”.

Portanto, a Psicopatologia estuda a doença mental em seus diversos aspectos, como sua natureza, suas causas, suas formas de manifestações, identificando os comportamentos e experiências que podem indicar um estado mental ou psicológico anormal.

Apesar dos mesmos comportamentos estarem presentes em diferentes criminosos, não é possível estabelecer um padrão delituoso para todos, tendo em vista que cada indivíduo é psicologicamente diferente do outro, e assim podem apresentar condutas divergentes.

A partir das ciências citadas nesse capítulo, é possível analisar e buscar os fatores que contribuem para a conduta delitativa, estudando não só as causas da criminalidade, mas também a personalidade e o comportamento do criminoso.

DA CRIMINOLOGIA

O vocábulo "criminologia" vem do latim *crimino* e do grego *logos*, sendo definido como estudo do crime. Para Roberto Lyra³, criminologia é:

A ciência que estuda: a) as causas e as concausas da criminalidade e da periculosidade preparatória da criminalidade; b) as manifestações e os efeitos da criminalidade e da periculosidade preparatória da criminalidade; c) a política a opor, assistencialmente, à etimologia da criminalidade e da periculosidade preparatória da criminalidade, suas manifestações e efeitos.

Atualmente o objeto da Criminologia está dividido em quatro vertentes: delito, delinquente, vítima e controle social. O delito, também chamado de crime é o “fenômeno social, comunitário e que se mostra como um problema maior, a exigir do pesquisador uma empatia para se aproximar dele e o entender em suas múltiplas facetas”. O delinquente, por sua vez, é o indivíduo que contrariou a norma maior, sendo estudado aqui, a sua personalidade. A vítima é quem sofreu a atitude delituosa. Por fim, o controle social é justamente mecanismos que buscam sujeitar os indivíduos a determinadas normas de convivência social.

No que diz respeito à classificação, segundo a doutrina dominante, a criminologia poderá ser geral e clínica. Segundo Paulo Sumariva (2017, p.12), a Geral “consiste na sistematização, comparação e classificação dos resultados obtidos no âmbito das ciências criminais acerca do crime, criminoso, vítima, controle social e criminalidade”.

Já a Criminologia Clínica, estuda o indivíduo em suas peculiaridades, sua personalidade, especificadamente quanto a sua conduta, bem como o seu comportamento, utilizando métodos e técnicas para o devido conhecimento do indivíduo.

³ LYRA, Roberto. **Criminologia**. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1995.p.06.

Sendo a Criminologia uma das áreas que estuda a personalidade do delinquente, tal ciência objetiva os distúrbios de personalidade, que serão abordados posteriormente no presente artigo.

DAS PSICOPATOLOGIAS – OS PSICOPATAS

A personalidade está sujeita a transtornos em seu desenvolvimento, que poderá acarretar desvio de personalidade, refletindo sobre o comportamento do indivíduo perante a sociedade, e, inclusive acarretar consequências na esfera do mundo jurídico.

A Psicopatologia é a ciência que estuda as anormalidades psíquicas do ser humano, englobando também suas doenças mentais. Os psicopatas estariam dentro das causas psíquicas decorrentes de traumas sofridos em determinado momento de sua vida que ocasiona um quadro patológico grave.

Assim sendo, o indivíduo portador dessa psicopatia possui como características básicas o temperamento e caráter totalmente variável, visto que não priorizam seu lado emocional e agem, na maioria das vezes, sem qualquer culpa ou remorso.

O renomado Néelson Hungria⁴ define os psicopatas como:

Portadores de psicopatias a escala de transição entre psiquismo normal e as psicoses funcionais. Seus portadores são uma mistura de caracteres normais e caracteres patológicos. São os inferiorizados ou degenerados psíquicos. Não se trata propriamente de doentes, mas de indivíduos cuja constituição é *ab initio*, formada de modo diverso da que corresponde ao *homo medius*.

Considera-se que o ser humano possui uma conduta normal a partir do momento que ele respeita a norma e o padrão social do meio em que vive. A anormalidade, ao

⁴ Néelson Hungria, Conferência realizada na Sociedade Brasileira de Criminologia, em 29/09/1942 (apud Heitor Piedade Júnior. *Personalidade Psicopática, Semi-Imputabilidade e Medida de Segurança*, p. 140).

contrário, seria justamente o desvio do padrão de comportamento socialmente aceitável.

A avaliação de um comportamento anormal, segundo João Farias Júnior (2008, p.311) se baseia resumidamente em três aspectos: I) pela frequência das ocorrências anormais; II) pelas características dos indivíduos; III) pela aferição das características através de testes e exames psicológicos. Dessa forma, conclui-se que o ser humano é a feição do meio em que habita.

Diz Frank Costin⁵ sobre o assunto:

Ao avaliar-se a anormalidade como base nos desvios dos padrões socialmente aceitáveis de comportamento, está sujeito a ideias do relativismo cultural, pois o que é julgado como comportamento desajustado e inadequado numa sociedade, pode não sê-lo em outra. Tais julgamentos podem também variar dentro de uma dada sociedade, dependendo particularmente do lugar onde o comportamento ocorre.

A partir do diagnóstico etiológico, o criminalista João Farias Junior, em seu “Manual de Criminologia” (2008, p.317), classificou o delinquente do seguinte modo:

1. Exógeno mesológico: apresenta como características principais a falta do senso de dever, não distingue a atividade lícita da ilícita, a ameaça penal ou o castigo não lhe infundem nenhum temor e dificilmente estrutura família segundo os padrões sociais.
2. Mesoendógeno: portadores de conduta anônima, personalidades psicopáticas ou neuróticas. Dentre as classificações, estes são considerados os mais perigosos.
3. Petoendógeno: possuem uma doença ou seu desenvolvimento mental retardado ou incompleto, acarretando na insanidade mental.

O presente artigo, objetiva analisar as personalidades psicopáticas que incidem no crime, ou seja, os mesoendógenos. Essa personalidade é marcada pelo desajustamento social, perturbações constitucionais, tendências de reação às

⁵ COSTIN, Frank. Psicologia anormal. São Paulo: Brasiliense, 1978.

normas, e quanto às dificuldades de adaptação ao meio em que vive, intensificando-se com o desenvolvimento do indivíduo.

Para facilitar o estudo, destacam-se as características principais dessa patologia sendo elas: I) **encanto superficial, sendo capazes de manipular as pessoas que estão a sua volta;** II) **mentiras sistemáticas, usando delas como “base” para sua vida;** ausência de sentimentos afetuosos; III) **ausência de consciência moral, ou seja, não importa o meio que ele utilizará para atingir seu objetivo;** IV) **comportamentos Impulsivos; incorrigibilidade;** V) **falta de adaptação social, tendo dificuldades de socializar com outros indivíduos.**

Segundo Kurt Schneider, renomado psiquiatra alemão e um dos fundadores do estudo do **transtorno de personalidade**, em seu livro “As Personalidades Psicopáticas”, de 1923, descreveu e destacou sobre a pessoa cuja personalidade foge à média normal, bem como aquela que sofre ou causa sofrimento por causa de sua anormalidade.

Assim, ele distingue os tipos de personalidades psicopáticas, quais sejam:

1. Psicopatas hipertímicos: indivíduos alegres que apresentem ataques de fúrias repentinamente e possuem sexualidade exaltada.
2. Psicopatas depressivos: indivíduos melancólicos, pessimistas e descontentes.
3. Psicopatas explosivos: apresentam ataques de fúrias repentinamente e são altamente irritáveis.
4. Psicopatas fanáticos: seus ideais estão acima e prevalecem sobre qualquer coisa, sendo estes usados como fundamento para cometimento de algum delito.
5. Psicopatas lábeis de estado de ânimo: altera entre a alegria e tristeza facilmente, acarretando em oscilações de ânimos.
6. Psicopatas astênicos: são sensitivos, insatisfeitos e assustadiços, considerando-se inferiores aos demais grupos.
7. Psicopatas anancásticos: possuem complexo de inferioridade e são altamente inseguros.
8. Psicopatas necessitados de Valorização: suas idealizações são fanáticas, conhecidos também por terem personalidade narcisista.

9. Psicopatas abúlicos: facilmente influenciáveis por não possuir vontade própria.
10. Psicopatas desalmados: não possuem qualquer tipo de sensibilidade.

DIREITO PENAL E SEUS CONCEITOS

Segundo Cezar Roberto Bittencourt, o Direito Penal “é um conjunto de normas jurídicas que tem por objeto a determinação de infrações de natureza penal e suas sanções correspondentes”, ou seja, é o estudo dos crimes, proibindo e impondo condutas, e em contra partida, apresenta sanções para quem o comete.

Para início de estudo, é de suma importância conceituar o que vem a ser “crime”. Este seria uma conduta (ação ou omissão) humana que gera reprovação social, violando a lei penal em vigor. Atualmente, três são os elementos básicos para a constituição do crime: fato típico, ilicitude ou antijuricidade e culpabilidade (objeto principal de análise no presente artigo).

O fato típico é o substrato do crime, o fato humano que se enquadra nos elementos descritos no tipo penal, sendo eles a conduta, o resultado naturalístico, nexos causal e, por fim, a tipicidade.

A ilicitude, também chamada de antijuricidade, é descumprimento de um determinado dever jurídico imposto pelo ordenamento jurídico, à contrariedade entre a conduta do agente e a norma imposta.

Culpabilidade é o juízo de reprovação pessoal que se realiza sobre a conduta típica e ilícita praticada pelo agente, em desconformidade com o ordenamento jurídico. Dentre as teorias presentes no Direito Penal, a cerca da culpabilidade a adotada no ordenamento jurídico é a ação final (sistema finalista). Nessa concepção, trazido por Hans Welzel, a culpabilidade se distingue em três elementos normativos: imputabilidade, potencial consciência sobre a ilicitude do fato e exigibilidade de conduta diversa. Na falta desses, não irá subsistir a culpabilidade.

Segundo o Código Penal, excluem a culpabilidade: I) inimputabilidade por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado (artigo 26, caput); inimputabilidade por menoridade penal (artigo 27); II) inimputabilidade por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior (artigo 28, § 1º); III) erro de proibição (artigo 21, caput); coação moral irresistível (artigo 22, 1ª parte); IV) obediência hierárquica (artigo 22, 2ª parte).

A imputabilidade é a capacidade para responder penalmente por seus atos, de entender o a ilicitude do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento. Rogério Greco aduz ainda que a imputabilidade é a regra e a inimputabilidade é a exceção.

Para aferir a inimputabilidade do indivíduo, existem três critérios. O critério biológico “reside na aferição da doença mental ou no desenvolvimento mental incompleto ou retardado”, não sendo necessário estabelecer se no tempo da ação ou omissão o indivíduo estava lucido. O critério Psicológico observa a capacidade de entendimento do agente no momento da conduta, ou seja, suas condições psíquicas no momento do ato. Por último, o critério Biopsicológico (adorado pelo Direito Penal), que faz a junção dos dois critérios anteriormente citado, ou seja, o desenvolvimento mental do agente e de sua capacidade de entendimento no momento da conduta.

Nesse sentido, o posicionamento dominante sobre os critérios relativos a inimputabilidade, é do Supremo Tribunal de Justiça (STJ):

Em sede de inimputabilidade (ou semi-imputabilidade), vigora entre nós, o critério biopsicológico normativo. Dessa maneira, não basta simplesmente que o agente padeça de alguma enfermidade mental, faz-se mister, ainda, que exista prova (v.g. perícia) de que este transtorno realmente afetou a capacidade de compreensão do caráter ilícito do fato (requisito intelectual) ou de determinação segundo esse conhecimento (requisito volitivo) à época do fato, i.e., no momento da ação criminosa”; (HC 33.401-RJ, 5ª T., rel. Felix Fischer, 28.09.2004, v.c., DJ 03.11.2004, p.212).

Aduz ainda o artigo 26 do Código Penal sobre os inimputáveis:

Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Por fim, o ordenamento prevê a hipótese do semi-imputável, que se refere ao agente que possui discernimento parcial de seus atos praticados, não possuindo plena capacidade de entender o caráter ilícito, diminuindo sua responsabilidade, tendo como consequência a diminuição de pena.

Art. 26 – [...]

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

SANÇÕES PENAIS ADEQUADAS AOS PSICOPATAS

Na atualidade, o Código Penal permite que o magistrado siga por dois caminhos: classificar o psicopata como imputável ou semi-imputável, o que, neste último, no que diz respeito à aplicação da sanção penal, terá redução de pena.

Destaca-se que a doutrina e jurisprudência majoritária estabelece o psicopata como um ser semi-imputável, aplicando ao caso o parágrafo único do art. 26 do Código Penal.

No entanto, o tema não se encontra pacificado até o momento, sendo que a jurisprudência é vaga sobre o assunto e o ordenamento jurídico é totalmente omissivo quando a responsabilidade penal dos psicopatas, já que não existe nenhum dispositivo legal específico que aborde o tema.

Sobre o assunto, Sadalla (2017, p. 165), afirma que:

Verificamos grande dificuldade de a doutrina admitir a imputabilidade do psicopata. Tratá-lo como imputável, ou seja, propor sanção penal igual à do criminoso 'normal', seria colocá-lo no mesmo plano de igualdade jurídica e moral da sociedade. A coletividade tende a estigmatizar tais indivíduos. Outrossim, tende a chamar de psicopata qualquer criminoso que praticou de forma cruel determinado crime. Nomear alguém de psicopata é reconhecer que sua moralidade caminha por outros caminhos que a sociedade preferiu não adotar.

Ademais, é rara a contratação de profissionais capacitados para identificar e fazer um diagnóstico correto desses indivíduos portadores de psicopatia. Além disso, destaca-se que não há qualquer tratamento específico (prisão especial) e que, muitas vezes não possuem nem um acompanhamento médico adequado.

Por conseguinte, insta destacar que a sanção penal divide-se em duas espécies: pena (aplicada aos imputáveis e semi-imputáveis) e medida de segurança (aplicada aos inimputáveis e excepcionalmente aos semi-imputáveis).

Pena é a punição estabelecida pela lei penal, decorrente de um fato típico, antijurídico e culpável, podendo ser classificada, conforme o artigo 32 do Código Penal como: privativa de liberdade, restritiva de direito ou pecuniária. Já a medida de segurança, é aplicada ao agente inimputável quando acometido de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto/retardado.

Duas são as medidas de segurança preceituadas no Código Penal, sendo elas:

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.

Na hipótese de reconhecer o agente como semi-imputável, o juiz poderá substituir a pena por medida de segurança para o semi-imputável, conforme preceitua o Código Penal, em seu artigo 98, caput, qual seja:

Art. 98. Na hipótese do parágrafo único do art. 26 deste Código e necessitando o condenado de especial tratamento curativo, a pena privativa de liberdade pode ser substituída pela internação, ou tratamento ambulatorial, pelo prazo mínimo de 1 (um) a 3 (três) anos, nos termos do artigo anterior e respectivos §§ 1º a 4º.

Conforme o entendimento citado acima, o STJ posicionou-se da seguinte forma:

PENAL E EXECUÇÃO PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 121, § 2º, INCISO IV, DO CP. CONDENAÇÃO. SEMI-IMPUTABILIDADE. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUBSTITUÍDA POR MEDIDA DE SEGURANÇA DE INTERNAÇÃO. ALTERAÇÃO PARA TRATAMENTO AMBULATORIAL. IMPOSSIBILIDADE. I - O art. 98 do Código Penal autoriza a substituição da pena privativa de liberdade por medida de segurança ao condenado semi-imputável que necessitar de especial tratamento curativo,

aplicando-se o mesmo regramento da medida de segurança para inimputáveis. II - O juiz deve aplicar a medida de segurança de internação ao condenado por crime punível com reclusão, possibilitada a posterior desinternação ou liberação condicional, precedida de perícia médica, ex vi do art. 97 do CP (Precedentes do STJ e do STF). Recurso especial provido. (STJ, REsp 863.665/MT, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 22/05/2007, DJ 10/09/2007, p. 296).

Menciona ainda que é preciso ter muita cautela para que, no caso concreto, identifique o autor de um delito como psicopata. Tal identificação somente poderá ocorrer mediante laudos psiquiátricos.

A todo o momento, o psicopata foi tratado aqui, como um indivíduo que sofre com transtorno de personalidade, e não como um portador de doença mental, devido ao fato de que esses agentes tem total ciência de seus atos (parte cognitiva racional perfeita), entendendo que esses estão infringindo as regras sociais, conforme preceitua Robert Hare (2013, p. 189).

Segundo a *médica e psicanalista* Soraya Hissa de Carvalho, o transtorno de personalidade da psicopatia não tem cura, destacando que esses agentes não possuem problema cognitivo, apenas não se importa os resultados de sua ação. Destaca ainda, que estes, em geral, não se arrependem das consequências de seus atos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo abordou sobre a responsabilidade penal do psicopata a luz do ordenamento jurídico penal. Para isso, verifica-se a necessidade da atuação das três ciências mencionadas (Psicologia, Criminologia e Direito Penal), em conjunto.

Dessa forma, percebe-se que, no que diz respeito à semi-imputabilidade, o juiz poderá reduzir a pena ou impor medida de segurança. Já nos casos de privação de liberdade, o agente, portador de psicopatia estará no mesmo ambiente prisional dos demais sujeitos.

Existe ainda omissão legislativa em relação à psicopatia, já que não há norma específica para tratar de psicopatas no atual modelo de execução penal brasileiro,

além de faltar especialistas para lidar com estes e apresentarem a devida avaliação periódica do indivíduo.

Além disso, verificou-se que fica a critério do livre convencimento do juiz, atuando com discricionariedade, se o agente será enquadrado como imputável ou semi-imputável, em decorrência da falta de embasamento teórico sobre o tema.

Dita as várias fundamentações e diante análise do tema, chega-se a conclusão que a psicopatia não é conceituada como uma doença, mas meramente um transtorno de personalidade, sendo o indivíduo enquadrado como imputável, recebendo uma sanção adequada ao caso, além de acompanhamento e execução da pena diferenciada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal - Parte geral**. 18.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

CHENIAUX, Elie. **Manual de Psicopatologia**. 5.ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2015.

AUGUSTO DE SÁ, Alvino. **Criminologia Clínica e Psicologia Criminal**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MAÍLLO, Afonso; PRADO, Luiz. **Curso de Criminologia**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FARIAS JÚNIOR, João. **Manual de Criminologia**. 4.ed. Curitiba: Juruá, 2015.

SUMARIVA, Paulo. **Criminologia: teoria e prática**. 4.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017.

Psicopata: 7 Características Centrais. **Psicologia Free**, 2012. Disponível em: <http://www.psicologiafree.com/conselhos_praticos/psicopata-7-caracteristicas-centrais/>. Acesso em: 15 de maio de 2018.

PAGAN, Manuela. **Psicopata: características e como identificar quem tem o transtorno.** Disponível em: <<https://www.vix.com/pt/bdm/saude/psicopata-caracteristicas-e-como-identificar-quem-tem-o-transtorno>>. Acesso em: 15 de maio de 2018.

Lilienfel, SCOTTI; Arkowitz, HAL. **O que é o psicopata?**, 2008. Disponível em: <http://www2.uol.com.br/vivermente/artigos/o_que_e_um_psicopata_.html>. Acesso em: 17 de outubro de 2018.

COELHO, Gabriel. **A figura do psicopata no Direito Penal**, 2017. Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=18826>. Acesso em: 17 de outubro de 2018.

CASTRO, Mylla. **Psicopatia**, 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/54917/psicopatia>>. Acesso em: 01 de novembro de 2018.

De cada 25 pessoas no Brasil, uma é psicopata, diz autora de best-sellers. **Revista corpo e mente**, 2015. Disponível em: <<http://www.revistacorpoe mente.com.br/noticias/a-cada-25-pessoas-no-brasil-uma-e-psicopata-diz-autora-de-best-sellers>>. Acesso em: 01 de novembro de 2018.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>.

A REPERCUSSÃO DO FENÔMENO DAS FALSAS MEMÓRIAS DA PROVA TESTEMUNHAL NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

Giovanna Altoé Silva¹
Dolivar Gonçalves Júnior²

RESUMO

Os direitos fundamentais conferidos pela Constituição Federal de 1988 é de suma importância para a população que depende do sentimento de proteção garantido pelo Estado. Além disso, o Estado garante tal sentimento através da previsão de condutas ilícitas, que uma vez praticadas geram a punição aos infratores visando manter a ordem pública na sociedade, recolhendo-os do meio social, privando-os do direito à liberdade e buscando reeducá-los. Todavia, para que se tenha uma punição justa e adequada, sem ferir princípios constitucionais garantidos àquele que é acusado e sem causar uma insegurança jurídica quanto ao ato e à conduta praticados pelo Estado, tem-se que observar todos os aspectos que envolvem a colheita de prova no sistema penal, especialmente quando se tratar de prova testemunhal como único meio de prova disponível em determinada demanda. Neste aspecto, se realizará uma abordagem sobre a incidência do fenômeno das falsas memórias no processo penal, trazendo estudos acerca da memória humana, dos princípios previstos na constituição e no processo penal, do livre convencimento do juiz e o efeito do tempo no processo.

Palavra-chave: Falsas Memórias. Provas. Testemunhas. Juiz. Processo. Princípios. Insegurança Jurídica.

¹ Estudante do Curso de Direito nas Faculdades Integradas de Aracruz-FAACZ. E-mail: giovanna.altoe10@gmail.com.

² Possui graduação em bacharel em direito pela Faculdade de Direito do Vale de Rio Doce (2004). Tem pós-graduação na área de Direito Público, com ênfase no Direito Processual Penal Constitucional (2007). Advogado criminalista desde 2006. Membro da Procuradoria de Aracruz/ES. Professor do Curso de Direito na FAACZ-Faculdades Integradas de Aracruz/ES.

1 INTRODUÇÃO

Ha décadas a prova testemunhal é considerada um dos mais relevantes meios de produção de provas no processo penal, dada a confiabilidade na credibilidade do depoimento da testemunha, com efeito, há presunção de que essa auxilia de modo idôneo e eficaz a comprovar o fato alegado pelas partes, confiando-se em sua memória como elemento de convicção fundamental para formar o livre convencimento do julgador. Outrossim, a prova testemunhal é entendida como um meio pelo qual se pretende demonstrar a verdade real dos fatos através do depoimento de pessoa estranha à lide que possivelmente possa ter presenciado o evento ocorrido.

No ordenamento jurídico pátrio, a prova testemunhal é considerada um dos meios mais antigos de prova, não perdendo sua importância processual desde então. Todavia, em que pese a referida prova oral ser um dos meios mais comuns de prova e ter sua valorização no âmbito processual, também, é a que traz maior insegurança jurídica, haja vista as circunstâncias nas quais podem se encontrar as testemunhas quando do seu depoimento em juízo, podendo alterar as declarações prestadas em razão da fragilidade de sua memória, o decurso do tempo ou de influências psicológicas sofridas, fenômeno esse conhecido por “Falsas Memórias”.

Nesse contexto, Baldasso e Ávila 2018 afirmam que as “Falsas Memórias” se tratam das lembranças de um acontecimento que não ocorreu ou que tenha ocorrido, porém não da maneira que a testemunha ou vítima se recordam.

Em alguns casos submetido à apreciação do órgão julgador, o único meio de prova utilizado pelas partes para se corroborar os fatos é a testemunhal, que será examinado pelo magistrado para a formação da sua convicção quando do julgamento da demanda. Contudo, como já mencionado acima, esse meio de prova não se pode ser tido como o mais confiável, em virtude da possibilidade de existência do fenômeno das falsas memórias, daí a necessidade de se abordar a repercussão de tal fenômeno na prova testemunhal no sistema penal.

No mais, insta salientar que, tendo a prova testemunhal como um dos meios de provas mais utilizado no processo penal, há de se ressaltar que o objetivo geral do presente trabalho é analisar a possibilidade de contaminação da prova penal em virtude da falsa memória da testemunha, tendo ainda como alvo de estudo a credibilidade dada pelo julgador à prova testemunhal sem análise da possibilidade das

falsas memórias, o perigo de violação do direito de liberdade do acusado ocasionado pela fragilidade da memória da testemunha e a alteração ou perda da memória em razão do transcurso do tempo, dado o intervalo entre o fato e a audiência de instrução e julgamento.

Assim, a pesquisa será fundamentada em análise bibliográfica, buscando embasamento científico em artigos, livros, monografias, entre outros, para assim formar um método de examinação de conteúdo trabalhando com um conjunto de normas flexíveis a serem seguidas.

2. CONCEITO DE PROVA TESTEMUNHAL E SUA PREVISÃO LEGAL NO SISTEMA PENAL

O termo prova deriva do latim *Probatio*, que significa prova, ensaio, verificação, inspeção e exame e tem por escopo mostrar a existência e a veracidade de um fato.

No processo penal, a prova tem o fito de influenciar no julgamento a partir de técnicas elaboradas para se obter o convencimento do julgador a respeito da ocorrência de um fato criminoso e o modo como foi praticado.

Entre os meios de provas adotados no processo penal, cumpre destacar a prova testemunhal, a qual pode ser resumidamente conceituada como um gênero de prova oral com o depoimento pessoal de uma pessoa estranha à lide. Essa modalidade de prova consiste na inquirição de pessoas, que embora não sendo parte, presenciaram os fatos narrados na ação penal ou obtiveram conhecimento dos mesmos através de outros meios e que não possuem interesse na demanda e nem estejam no rol das pessoas suspeitas ou impedidas.

A respeito da pessoa da testemunha, conceitua Nestor Távora (2010, p. 411):

“Testemunha é a pessoa desinteressada que declara em juízo o que sabe sobre os fatos, em face das percepções colhidas sensorialmente. Quanto à natureza jurídica, é mais um meio de prova que conta com a colaboração daqueles que, escolhidos pelo destino, acabam tendo conhecimento do acontecimento delitivo”.

Dessa forma, a prova testemunhal é de suma importância e possui respaldo legal no sistema penal brasileiro, uma vez que o legislador dispôs no Código de

Processo Penal Brasileiro, em seus artigos 202 a 225, Capítulo VI, quem poderá testemunhar em juízo, sob quais condições e vedações.

3. O DIREITO À LIBERDADE E A LIVRE CONVICÇÃO DO JULGADOR

A Constituição Federal de 1988 prevê o princípio da legalidade, no qual dispõe que não há crime sem lei anterior que o defina, bem como o princípio do devido processo legal, que determina a prática de todos os atos processuais de acordo com a respectiva legislação processual, afastando assim o arbítrio do Estado-Juiz, o qual deverá agir com razoabilidade e proporcionalidade quando do julgamento.

Recepcionou-se, ainda, por meio da Carta Magna, o direito à liberdade, o qual permite ao homem conviver em sociedade, agindo de maneira lícita, ao passo que o Código de Processo Penal encampou, em seu art. 386, inciso VII, de forma implícita, o princípio do *in dubio pro reo*, que consiste na prevalência da liberdade sobre a pretensão punitiva do Estado quando se há dúvida quanto a prova suficiente para condenação.

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal conferiu às partes da ação penal, entre tantas outras prerrogativas, o direito à prova. Tal direito deve ser visto como uma oportunidade de se comprovar, em fase de instrução processual, a existência de um fato e o modo como esse foi praticado, afastando, se possível, um julgamento com meios muito gravosos ao acusado.

A produção de provas no processo penal não tem como alvo prejudicar o estado no qual se encontra o acusado, mas sim buscar a verdade real dos fatos, para se for o caso, absolvê-lo ou condená-lo na medida do delito praticado, de modo que, se provado não haver indícios suficientes da autoria e materialidade do crime, o acusado não terá ferido seu direito à liberdade, não sofrendo as restrições legais.

Assim, vê-se que a prova testemunhal tem sido o meio mais comum de prova utilizado no sistema penal brasileiro, isso porque há valorização desse método de prova nas ações penais, sendo as testemunhas vistas como pessoas idôneas, que se comprometem a dizer a verdade perante ao Órgão Julgador, para assim passar a depor sobre os fatos de acordo com o que se recordam desses, a fim de formar o convencimento do juiz, o aproximando da verdade real dos fatos.

Nesse ínterim, o juiz deve ouvir as testemunhas, inquirindo-as, se assim entender necessário, obedecendo o devido processo legal e os princípios garantidos pela Constituição Federal, destacando-se o da imparcialidade, uma vez que a análise das provas testemunhais partirá da livre convicção do juiz, ou seja, de acordo com a consciência judicial, conforme previsto no art. 155 do Código de Processo Penal.

Ademais, após a colheita dos depoimentos das testemunhas, o juiz com fito de formar um julgamento considerado o mais correto e razoável possível, aproximando-se da justiça através das técnicas do direito, utilizará a técnica da livre convicção, que consiste na interpretação minuciosa das provas colhidas no decorrer do processo. Para tanto, o magistrado não pode deixar se conduzir ao erro diante das provas, extirpando-se da sua mente prejulgamentos e ouvindo as testemunhas com imparcialidade.

A respeito do ato de provar, conceitua Mirabete (2000, p. 256):

“[...] produzir um estado de certeza, na consciência e mente do juiz, para sua convicção, a respeito da existência ou inexistência de um fato, ou da verdade ou falsidade de uma afirmação sobre uma situação de fato, que se considera de interesse para uma decisão judicial ou a solução de um processo”.

No mesmo sentido, assevera Lopes Junior (2015, p. 352):

“O processo penal inserido na complexidade do ritual judiciário, busca fazer uma reconstrução (aproximativa) de um fato passado. Através – essencialmente – das provas, o processo pretende criar condições para que o juiz exerça sua atividade recognitiva, a partir da qual se produzirá o convencimento externado na sentença. É a prova que permite a atividade recognoscitiva do juiz em relação ao fato histórico (storyofthe case) narrado na peça acusatória. O processo penal e a prova nele admitida integram o eu se poderia chamar de modos de construção do convencimento do julgador, que formará sua convicção e legitimará o poder contido na sentença”.

É mister, ainda, salientar que a prova testemunhal, embora recepcionada pelo Código de Processo Penal, possui muitas fragilidades e a credibilidade pelo julgador a ela conferida nem sempre é algo que pode ser considerada como boa, pois, dependendo da memória daquela testemunha e o que foi dito por ela como verdade, a decisão judicial pode vir ferir gravemente direitos do acusado se não analisada com cautela. Daí, questiona-se a demasiada importância conferida por alguns juízes a esse meio de prova que por vezes geram dúvidas quanto sua veracidade sobre os fatos.

Ora, se somar a importância distribuída a prova testemunhal por um magistrado junto a sua necessidade em “fazer justiça” sobre um determinado fato praticado, por exemplo, os cometidos por motivo torpe, ter-se-á ferida o direito à liberdade, o *in dubio*

pro reo, assim como outros direitos fundamentais que lhe são conferidos pela Constituição.

Sendo assim, é mais que notório que a livre convicção do juiz ao analisar as provas testemunhais colhidas na instrução processual deve ser rigorosamente ponderada por esse, com senso crítico a idoneidade do que está sendo dito pela testemunha e o modo como ela fala e se porta diante das recordações dos fatos ocorridos, a fim de não prejudicar ou comprometer seu julgamento.

4. COMPREENSÃO ACERCA DAS FALSAS MEMÓRIAS

Charchat e Moreira (2008) afirmam que a memória é constituída pelo processo de aprendizagem de novas informações, seu armazenamento e a disponibilidade de acesso às informações armazenadas. Trazem ainda que essa pode ser subdividida em operações básicas, onde se inclui a codificação, que se trata da entrada da informação ou o aprendizado, armazenamento onde ocorre a manutenção da informação absorvida e a evocação, a qual consiste na ação de acesso as informações armazenadas e tentativa de reproduzi-las, onde muitas vezes acabam havendo perdas de fragmentos desse acontecimento devido ao tempo desde o seu acontecimento, podendo até mesmo ser alterada em seu subconsciente.

Nesses termos, assevera Dalgalarondo (2008, p.127):

“A memória é a capacidade de registrar, manter e evocar as experiências e os fatos já ocorridos. A capacidade de memorizar relaciona-se intimamente com o nível de consciência, com a atenção e com o interesse afetivo. Tudo o que uma pessoa aprende em sua vida depende intimamente da capacidade de memorização”.

As Falsas Memórias podem ser entendidas como uma lembrança de um acontecimento que não chegou a acontecer ou uma situação que tenha ocorrido, mas não da maneira que a pessoa se recorda.

A pessoa ao presenciar um evento consegue se recordar com riquezas de detalhes o que ocorreu durante o mesmo, devido ao impacto da situação e a maneira que a afeta emocionalmente, isso ocorre devido a nossa memória de curto prazo, porém com o passar do tempo consegue-se perceber a perda dessa riqueza de detalhes.

Já as memórias de longo prazo não permanecem em nossa memória de maneira estável ou permanente logo após a absorção da informação, podendo sofrer diversas ingerências até a consolidação do armazenamento da mesma e assim se alterando cada vez mais com o passar do tempo.

Esse processo de formação das falsas memórias nem sempre acontece de forma involuntária, vários fatores podem induzir a esse fenômeno, como as influências externas, informações falsas que aparentam ser coerentes com o testemunhado, o meio social, os estigmas e indagações que possam desorientar a pessoa, podendo assim gerar as memórias falsas e contorcer a veracidade da declaração dessa.

Dessa forma, os aspectos que envolvem a mente humana merecem uma atenção especial no meio jurídico, pois o decurso do tempo pode alterar as lembranças dos fatos e as influências sofridas na memória de uma testemunha podem prejudicar severamente seu depoimento, levando a um julgamento equivocado dos fatos, afastando-se da verdade real desses, gerando o fenômeno das falsas memórias.

5. INSEGURANÇA JURÍDICA EM VISTA DAS FALSAS MEMÓRIAS

A ação penal é complexa, demanda tempo para seu deslinde, uma vez que ao ser ajuizada a demanda, essa precisa passar por uma série de atos processuais seguindo o devido processo legal até se findar.

Entretanto, memória é algo frágil, passível de falhas e influências, de modo que o decurso do tempo não lhe parece favorável. Com o passar do tempo, a mente vai modificando e/ou excluindo as memórias daquilo que foi ouvido, presenciado e até mesmo vivenciado, principalmente quando sofre algum tipo de influência, podendo criar falsas memórias a respeito de um evento ocorrido.

Para o momento de colheita de provas, na ação penal, espera-se que a testemunha se recorde ao máximo os detalhes do ocorrido, para que assim transmita ao magistrado a segurança necessária para ter a convicção quanto à absolvição ou uma justa condenação do acusado, gerando uma segurança jurídica até mesmo para os envolvidos na ação.

Essa segurança que se busca está prevista de forma implícita na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, uma vez que os direitos fundamentais tutelados pelo Estado no referido dispositivo legal e em todos os seus incisos, garante a formação de uma segurança jurídica, inclusive na legislação infraconstitucional. Desse modo, de acordo com Canotilho 2002, quando essa segurança for considerada de forma subjetiva consistirá na confiança das pessoas nos atos e nas condutas adotadas pelo Estado, preservando os direitos previstos em nossa Carta Magna.

No mais, destaca-se que, segundo Tavares 2009, dois dos três elementos essenciais para segurança jurídica é a necessidade de certeza e a possibilidade de conhecer, de antemão, as consequências pelos atos adotados, prevenindo assim restrições dos direitos fundamentais.

Ao se tratar dessa segurança jurídica na esfera penal, vê-se que quando da colheita da prova oral, sendo essa a única modalidade de prova possível, deve-se ponderar a importância da veracidade do que é dito pelas testemunhas, da verificação da ocorrência de falsa memória naquele que depõe sobre fatos relevantes que podem restringir o direito fundamental à liberdade do acusado e a certeza do magistrado sobre a conduta da testemunha.

As falsas memórias daquelas testemunhas que são imprescindíveis à instrução criminal, é algo que merece atenção, embora pouco estudadas, tendo em vista que a ausência do estudo do psicológico da testemunha, da verdade de suas lembranças e das influências sofridas sobre suas memórias, podem formar uma convicção equivocada do magistrado, eliminando a confiabilidade nos atos do poder punitivo, acarretando na insegurança jurídica às pessoas, principalmente àquelas que conhecem de fato o ocorrido.

Nesse sentido, Rosa 2013, defende que se os argumentos jurídicos utilizados para fundamentar uma condenação a transcenderem, em busca da segurança jurídica, no intuito de formatar o acusado, podem ferir a lógica de garantias de direitos e se constituírem em fundamentos retóricos e deslegitimado da condenação.

Dessa forma, a condenação para ser tida como justa não deve se basear em algo incerto, com coisas que a transcendem, tão somente para buscar manter uma ordem que acreditam ser necessária pela colheita de provas orais onde o fenômeno das falsas memórias é evidente, não devendo o magistrado satisfazer sua convicção com sede de justiça ou com incerteza sobre o depoimento tomado.

Ademais, o decurso do tempo entre o fato ocorrido e a audiência de instrução para colheita das provas testemunhais, é prejudicial a uma produção de prova segura, dada a modificação cada vez maior da memória acerca daquilo que está sendo testemunhado em juízo, causando uma incerteza ou uma certeza equivocada ao magistrado que está presidindo a audiência, ao passo que prejudicará o julgamento do processo e acarretará na insegurança jurídica, seja pela condenação errônea do acusado, seja pela ausência da garantia dos direitos fundamentais.

6. CONCLUSÃO

Efetivamente, a análise aprofundada da atuação das falsas memórias no processo penal vai muito além do que uma forma de se garantir os direitos fundamentais conferidos ao acusado, mas também da possibilidade de aperfeiçoar cada vez mais as decisões proferidas pelos juízos, de formar uma certeza para a livre convicção do julgador e para segurança jurídica das pessoas que confiam no poder punitivo Estatal.

Pelo que foi estudado e pelas pesquisas realizadas sobre o tema, vê-se que há poucas doutrinas que se aprofundam nos estudos relativos às falsas memórias e pouca utilização de tal fenômeno como tese de defesa em ação penal, considerando que essa não é ao todo aceita pelos tribunais pátrios, sendo esse tema pouco abordado nas atividades práticas do poder judiciário, uma vez que demanda um trato maior com a presença de outras áreas de conhecimento, como a criminologia.

Há de se notar que, as falsas memórias é um fenômeno presente no cotidiano da população, eis que cada pessoa é capaz de sofrer fortes influências, até mesmo pelo seu meio social ou por estigmas, que a podem levar a um reconhecimento equivocado do autor do delito apurado.

Além disso, as falsas memórias das testemunhas ao influenciarem no que dirão quando do respectivo depoimento, de certa forma atuam na formação de um convencimento equivocado do juiz, que poderá embasar sua sentença na prova oral produzida nos autos junto a outros elementos que se aproximam do que foi dito, ainda mais se o que estiver em jogo for a falsa sensação de segurança jurídica em prol da

sociedade, esquecendo-se dos direitos conferidos ao acusado pela Constituição Federal.

Neste compasso, uma capacitação dos profissionais do direito à maior identificação da influência do fenômeno das falsas memórias, quando das entrevistas daqueles que auxiliam a justiça com seus depoimentos, estudando como ela se apresenta e atua na mente humana, seria uma solução inicial para resolução da problemática apontada.

Assim, é de suma importância que haja um estudo, pelos operadores do direito que atuam nas audiências de instrução, de um conhecimento mais aprofundado a respeito da conduta humana e de como identificar a ocorrência de falsas lembranças em quem está depondo.

Além disso, se faz necessária uma observação na possibilidade de análise mais aprofundada ou com um viés mais profissional quando levantada como tese a existência de falsa memória em determinada testemunha, evitando assim o risco de um julgamento baseado em uma distorção da verdade real dos fatos, que se acredita não ser falsa.

Desse modo, evita-se o risco do operador do direito a ofensa aos direitos e garantias do acusado e de uma insegurança jurídica as pessoas envolvidas na ação, ora dada pela manobra do poder punitivo Estatal conforme seus interesses, ora dada pela ausência de observação das garantias constitucionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. p. 9-11.

BRASIL. Lei nº 3.689, de 1941. Poder Executivo. **Código de Processo Penal**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 01 mai 2019.

CANOTILHO, J.J, Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2002. p. 257-266.

CHARCHAT, Helenice F.; MOREIRA, Irene de F. H. Memória e Envelhecimento. **Revista Hospital Universitário Pedro Ernesto**, Rio de Janeiro, V. 7, N. 1, p. 52-56, 2008.

DALGALARRONDO, Paulo. **Psicopatologia e semiologia dos transtornos mentais** 2. Ed. Porto Alegre: Artmed, 2008. p. 127.

LOPES JUNIOR, Aury. **Manual de Direito Processual Penal**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 352.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 256.

ROSA, Alexandre Morais. **Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 64.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 728-73

A MATERNIDADE E CÁRCERE: A EXPERIÊNCIA DE SER MÃE NO SISTEMA PRISIONAL

Aluno (a): Lays Souza Santos¹

Professor Orientador: Prof. Dolivar Gonçalves Júnior²

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo analisar as mulheres em situação de privação de liberdade, as quais padecem com as desigualdades de um sistema feito por homens e para homens. Porém, essa disparidade aumenta no momento em que são inseridas no contexto criminal e passam a ser denominadas como infratoras. A sociedade corrobora o repúdio à mulher encarcerada, uma vez que oriundas de uma estrutura patriarcal, presumem uma conduta adversa da mesma, voltada para os afazeres domésticos e não para a possibilidade do crime.

Palavras-chave: Cárcere. Sistema Prisional. Maternidade. Mulher. Direitos Humanos. Execução Penal.

INTRODUÇÃO

Os presídios brasileiros são mundialmente reconhecidos pelas múltiplas e mais intensas formas de violação dos direitos humanos. A falência do sistema penitenciário brasileiro é notória e os principais problemas existentes, como a superlotação, violência e estabelecimentos em estado degradante, são resultados da adoção de um sistema punitivo repressivo pelo Estado, que vislumbra o encarceramento em massa como a única resposta aos atos delituosos praticados pelos seus cidadãos. O

¹Estudante de Graduação do Curso de Direito das Faculdades Integradas de Aracruz, Estado do Espírito Santo. E-mail: lays.ss@hotmail.com

² Possui graduação em bacharel em direito pela Faculdade de Direito do Vale de Rio Doce (2004). Tem pós-graduação na área de Direito Público, com ênfase no Direito Processual Penal Constitucional (2007). Advogado criminalista desde 2006. Membro da Procuradoria de Aracruz/ES. Professor do Curso de Direito na FAACZ-Faculdades Integradas de Aracruz/ES.

resultado já era previsto: a cultura de encarceramento adotada foi se solidificando ao longo do tempo e a população carcerária alcançou um ritmo de crescimento jamais experimentado.

Com aproximadamente 622 mil pessoas presas, o Brasil assumiu a posição da quarta maior população privada de liberdade. Os números continuam crescendo e o falido sistema penitenciário brasileiro não mais consegue corresponder à constante demanda, revelando-se incapaz de cumprir sua principal finalidade de reeducação do condenado para ressocializá-lo, reinseri-lo e reintegrá-lo na sociedade.³

Por ora, o cárcere é apenas um palco de tortura. É neste contexto que a prisão feminina vem se revelando uma das práticas punitivas mais brutais já vistas.

Segundo os dados do DEPEN (Departamento Penitenciário Nacional), somente entre os anos de 2000 e 2014, a população feminina sofreu um aumento de 579,4%, alcançando o patamar de mais de 37.800 mulheres no sistema prisional brasileiro. Vale destacar ainda, que no mesmo intervalo de tempo o aprisionamento masculino cresceu 220%.

Em geral, as mulheres submetidas ao cárcere são jovens, mães, de baixa renda, responsáveis pelo sustento familiar, possuem baixa escolaridade e exerciam trabalho informal. E, diferentemente do público masculino, a prática de delitos violentos não predomina entre as acusações femininas, sendo o envolvimento com o tráfico de drogas apontado como o maior responsável pelo aprisionamento do gênero e o fato de serem responsáveis pelo sustento do lar com a principal motivação.

A questão das mulheres encarceradas, especialmente aquelas que experimentam a gravidez e o nascimento de seus filhos na prisão, constitui um dos aspectos mais perversos da opção por uma política criminal repressiva, com foco preferencial na pena privativa de liberdade. O contexto se dá pelo fato de que tanto as instituições, como as próprias práticas penitenciárias, não levam em consideração as

³ DA SILVA, Ezequiel Aparecido. **O cárcere e a maternidade**. 2017. Disponível em: <https://ezequielapsilva.jusbrasil.com.br/artigos/117687982/o-carcere-e-a-maternidade>. Acesso em: 08/02/2019.

especificidades inerentes ao gênero. Os presídios foram pensados por homens e para homens. Desta forma, o exercício da maternidade no ambiente carcerário se torna um desafio para estas mulheres, representando uma experiência potencialmente dramática.

No Brasil, em sua grande maioria, as prisões femininas são escuras, encardidas e superlotadas. Dormir no chão, fazendo revezamento para ficar um pouco mais confortável, é praticamente regra. Os banheiros exalam mau cheiro, a higiene nem sempre é a mais desejável, os espaços para banho de sol são inadequados e não existe a mínima estrutura para acomodar uma criança. Por tudo isso, nos presídios, não há espaço para sonhos, ideais, muito menos para maternidade.⁴

Nesse sentido, cabe ressaltar que a “Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres”, aprovada em 1979 pela Assembleia Geral das Nações Unidas, foi o primeiro tratado que teve como finalidade a proteção e a declaração da mulher como detentora de direitos humanos fundamentais.

Os movimentos feministas foram essenciais para a conquista de novos direitos, fato que resultou na incorporação significativa de reivindicações ao texto constitucional promulgado em 1988, dentre eles: a paridade entre homens e mulheres, proibição da discriminação no mercado de trabalho, por motivo de sexo ou estado civil, entre outros.

A investida da mulher no campo de trabalho e a sua saída da esfera privada de domínio do homem contribuiu diretamente para a sua entrada na criminalidade. Desconstituiu-se a construção ideológica e social da figura dócil, submissa, frágil e incapaz da mulher, para vê-la como um ser delinquente. Ao ocuparem espaços antes exclusivamente masculinos, as mulheres também se firmam no mundo criminoso, seja em condições subalternas ou de liderança.

⁴ SEIXAS, Taysa Matos. **Os filhos da outra: A mulher e a gravidez no cárcere**. 2016. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/tag/amamentacao/>. Acesso em: 09/02/2019.

O trabalho apresentará quais foram os primeiros esboços sobre a criminalidade feminina e a história das prisões femininas no país, além de pôr em foco os presídios femininos atualmente, apresentando dados atuais e traçando o perfil da mulher encarcerada.

Por fim, será abordado o tema da maternidade no cárcere, analisando-a em diversos momentos e observando os textos legais que trazem o assunto à tona, destacando entre os temas mais polêmicos e discutidos a Resolução nº 3, de 15 de julho de 2009, do Conselho de Política Criminal e Penitenciária e o tempo de convivência entre mães e bebês dentro dos estabelecimentos prisionais, e o art. 318, IV, do CPP e a possibilidade de conversão da prisão preventiva em prisão domiciliar. Ao final, serão apresentadas algumas propostas de melhorias e decisões recentes que são significativas para o tema.

1 CONSTRUÇÃO DE PRESÍDIOS FEMININOS NO BRASIL E A EVOLUÇÃO NO TRATAMENTO PENAL DA MULHER

1.1 BREVE HISTÓRICO DOS ESTUDOS SOBRE A CRIMINALIDADE FEMININA.

A relação da mulher com o cárcere nunca foi o alvo das discussões que envolviam a prisão como um todo. Isso se dá pois antigamente o espaço da mulher era muito limitado ao âmbito doméstico e, conseqüentemente, sua tendência a cometer condutas criminosas era menor, sendo que não possuía grande poder de decisão na sociedade.⁵

Porém, com o passar do tempo e uma maior inclusão da mulher, reconhecendo igualdade nos direitos e deveres, surgiu a necessidade de estudar a criminalidade feminina com suas peculiaridades, além de pensar o espaço da prisão para mulheres.

⁵ GOMES, Aline Barbosa Figueiredo. **As prisões do feminino e as mulheres nas prisões**: um recorte sobre a maternidade encarcerada. Niterói, 2010. p. 33.

Os primeiros esboços significativos para o estudo da criminalidade feminina surgiram com o psiquiatra Cesare Lombroso, o criminologista Enrico Ferri e o jurista Raffaele Garofalo, que estudaram cientificamente o crime e o criminoso.

Cesare Lombroso dedicou a obra “La Donna Delinquente, La Prostituta e La Donna Normale”, que escreveu junto com o historiador Guglielmo Ferrero, ao estudo da mulher no crime, na qual tentaram traçar o perfil da mulher tida como normal à época, a prostituta e a mulher criminosa. Cesare Lombroso acreditava que as mulheres cometiam menos crimes, pois eram inferiores aos homens: menos inteligentes, mais sensíveis e fracas. Preconizava que a mulher desviante era assim por uma falha mental, sendo que seu primeiro instinto seria o de ser prostituta e, se fosse ainda mais grave, o de ser criminosa. ⁶

É possível fazer uma análise dos estudos de Michel Foucault⁸ quando fala que a sociedade deseja a perseguição daqueles que não se encaixam em uma certa conduta social: as mulheres desviantes, à essa época, eram as doentes mentais (ou tidas como), as prostitutas e as delinquentes juvenis. ⁷

Em ambiente nacional, o comportamento se repetia. No Brasil do século XX era clara a estigmatização de determinados grupos na sociedade: as mulheres envolvidas com o baixo meretrício, as negras e as moradoras de cortiços e favelas. Anuários estatísticos da Polícia Civil do Estado de São Paulo, apresentados entre as décadas de 1930 e 1940, e um artigo escrito por Hilda Macedo e publicado no periódico “Arquivos da Sociedade de Medicina Legal e Criminologia de São Paulo” permitem traçar o perfil da criminosa à época, predominando as mulheres jovens (entre 18 e 30 anos) e solteiras, sendo que a maioria tinha como profissão ser doméstica ou criada de servir. ⁸

⁶ FERRERO, Guglielmo; LOMBROSO, Cesare. **La donna delinquente, la prostituta e la donna normale**. Firenze: Torino, 1903. Disponível em: Acesso em: 09/02/2019.

⁷ FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade**. A vontade de saber. São Paulo: Graal, 2006. v. 1. p. 47.

⁸ MACEDO, Hilda. **Criminalidade feminina e sua prevenção**: 1º CONGRESSO BRASILEIRO DE MEDICINA LEGAL E CRIMINOLOGIA. Arquivos da Sociedade de Medicina Legal e Criminologia de São Paulo. Suplemento do Volume XXII de 1953. Anais. São Paulo, 1953. v. 1.

1.2 SURGIMENTO DOS PRESÍDIOS FEMININOS NO BRASIL.

O Brasil, inaugurou seu primeiro estabelecimento prisional feminino em 1937, foi o primeiro no país totalmente separado do presídio masculino, situado em Porto Alegre, Rio Grande do Sul - Instituto Feminino de Readaptação Social. Logo em seguida vieram o Presídio de Mulheres de São Paulo, situado no bairro Carandiru, de 1941 e a Penitenciária Feminina do Distrito Federal, em Bangu - Rio de Janeiro (então capital federal), de 1942. Entre eles, apenas a Penitenciária de Mulheres de Bangu foi construída com este fim, as demais foram adaptações de espaços já existentes.⁹

Sediada em uma casa, a primeira penitenciária feminina do país previa, em seu decreto de criação, que a pena das internas deveria ser executada com trabalho e instrução domésticos, sendo então a execução da pena.

É uma insistência de que a mulher era um ser doméstico, do lar, e que, se ela cometeu algum desvio, foi porque não estava nesse lugar. Dessa forma, a punição sobre ela deveria ser treinada de modo a voltar para o lugar de onde ela nunca deveria ter saído: uma casa, realizando as atividades domésticas.¹⁰

Ao ingressar nos presídios, a profissão das internas já estava pré-definida: se não tinham uma ocupação, as mulheres eram chamadas, automaticamente, de domésticas, buscando reforçar os papéis sociais, em especial no que dizia respeito à manutenção da mulher no espaço privado.

A administração dos primeiros presídios exclusivos às mulheres foi realizada pela Congregação de Nossa Senhora do Bom Pastor d'Angers, que já possuía casas de acolhimento de mulheres sem amparo familiar e social, e a partir de 1924 foi responsável pelos cuidados das menores infratoras no Rio de Janeiro. Desde 1921 foi criado o Patronato das Presas, por senhoras da sociedade carioca e irmãs da Congregação, que almejava solucionar a situação em que se encontravam as criminosas, com o lema "Amparar, regenerando". Inspirado nas prisões para mulheres

⁹ PAIXÃO, Mayara. **Primeira Penitenciária feminina no Brasil**. 2017. Disponível em: <https://paineira.usp.br/aun/index.php/2017/10/02/primeira-penitenciaria-feminina-do-brasil-era-administrada-pela-igreja-catolica/> . Acesso em: 14/02/2019.

¹⁰ Idem.

nos países vizinhos, Argentina e Uruguai, a ideia tinha suporte legal e apoio de governantes, ainda assim demorou em se concretizar, em 1937.¹¹

Antes dessas instituições, às mulheres aprisionadas era destinado, quando muito, um espaço reservado num estabelecimento masculino. Há relatos de descaso, abuso sexual, promiscuidade, doenças e problemas com guardas, que eram quase de totalidade masculina. Um dos motivos da lentidão para tirar do papel tais projetos, era o pequeno número de mulheres encarceradas em todo o Brasil. Segundo Lemos Britto, penitenciário responsável por entregar um relatório da situação prisional brasileira ao ministro da Justiça, nesta época o país contava com menos de 400 mulheres presas, entre condenadas e processadas detidas. Isso contribuiu diretamente à negligência da situação dessas mulheres, constituindo um grupo marginalizado, de mulheres criminosas, inserido num grupo maior já marginalizado, de criminosos.¹²

A pressão de criminólogos e penitenciário, além da situação mais avançada dos países vizinhos, influenciaram na promulgação do Código Penal, de 1940, e do Código de Processo Penal, de 1941. Esse “novo tempo penitenciário” trazia o projeto de cárcere modelo. Nesse ínterim foi determinado pelo parágrafo 2º do artigo 29 do Código Penal de 1940 que: “as mulheres cumprem pena em estabelecimento especial, ou, à falta, em seção adequada de penitenciária ou prisão comum, ficando sujeitas a trabalho interno”.¹³ Forçando assim a execução dos projetos que estavam no papel.

E, a partir da positivação da norma, a separação do espaço físico exclusivo para a mulher encarcerada, deixa de ficar a critério da autoridade responsável pela instituição prisional, e passa a ser obrigação legal.

¹¹ ANDRADE, Bruna Soares Angotti Batista de. **Entre as leis da ciência, do Estado e de Deus: O Surgimento dos presídios femininos no Brasil.** 2011. p. 26.

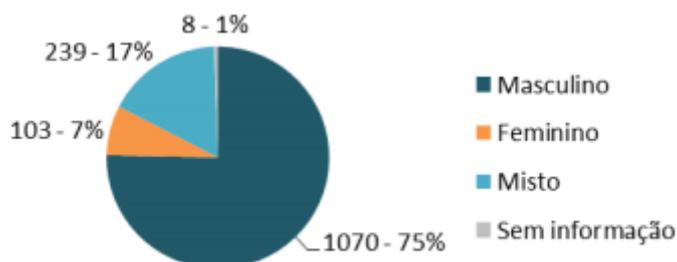
¹² BARCINSKI, Mariana. **Mulheres no tráfico de drogas: a criminalidade como estratégia de saída da invisibilidade social feminina.** 2012. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-34822012000100007. Acesso em: 14/02/2019.

¹³ BRASIL. Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. Código Penal. Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm Acesso em: 14/02/2019.

1.3 ATUAL SITUAÇÃO CARCERÁRIA.

É inegável reconhecer que um dos mais graves problemas das unidades prisionais brasileiras diz respeito a sua própria estrutura física. Instalações superlotadas, com graves condições de ventilação, iluminação, higiene e outras tantas mazelas não são incomuns. A separação de estabelecimentos prisionais em masculinos e femininos é prevista pela Lei de Execução Penal (lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984). A destinação dos estabelecimentos segundo o gênero, portanto, é um dever estatal, e representa aspecto fundamental para a implementação de políticas públicas específicas, voltadas a esse segmento.¹⁴

A Figura abaixo mostra a distribuição dos estabelecimentos prisionais de acordo com o gênero a que ele se destina. Existiam em junho de 2014 1.420 unidades prisionais no sistema penitenciário estadual. A maior parte dos estabelecimentos (75%) é voltada exclusivamente ao público masculino. Apenas 7% são voltadas ao público feminino e outros 17% são mistos, no sentido de que podem ter uma sala ou ala específica para mulheres dentro de um estabelecimento anteriormente masculino.¹⁵



Os problemas enfrentados nos presídios femininos vão desde a infraestrutura até ausência de itens básicos de higiene pessoal. O Brasil ocupa o 5º lugar no ranking dos países com maior população prisional feminina, atrás dos Estados Unidos, China, Rússia e Tailândia. São mais de 37 mil mulheres que diariamente vivem com essas mazelas. O perfil das encarceradas mostra que 31% das mulheres gestantes e com

¹⁴ ANDRADE, Bruna Soares Angotti Batista de. **Entre as leis da ciência, do Estado e de Deus: O Surgimento dos presídios femininos no Brasil.** 2011. p. 26.

¹⁵ NACIONAL, Departamento Penitenciário. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias.** Infopen Mulheres. 2014. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf>. Acesso em: 14/02/2019.

filhos ou filhas em situação de cárcere são chefes de família, 57% são pardas, 13% são pretas, 45% têm menos de 25 anos, 51% têm menos de oito anos de estudo, 83% têm mais de um filho e 57% relatam estar na primeira detenção.¹⁶

Assim como em penitenciárias masculinas, as mulheres sofrem com a superlotação, a precariedade e a insuficiência de sanitários, carência de itens de higiene pessoal, esgoto a céu aberto, alimentação inadequada e falta de água. Segundo o Relatório Sobre Mulheres Encarceradas no Brasil a assistência médica destinada às internas é precária e quase inexistente, fato que agrava a situação de quem ingressa no sistema prisional com algum problema ou que adquire em seu interior.

Além da falta de assistência mínima, existe ainda a escassez de remédios, tanto simples analgésicos quanto para resolver qualquer problema de saúde, o que compromete a eficiência de qualquer tratamento, inclusive, de depressão. De acordo com o mesmo relatório, dos 17 estados pesquisados, 08 afirmaram abrigar presas que fazem uso de remédios controlados, sendo que a insuficiência dessa medicação pode acarretar em outros problemas, como o suicídio.

2 REGRAS DE BANGKOK - REGRAS DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O TRATAMENTO DE MULHERES PRESAS E MEDIDAS NÃO PRIVATIVAS DE LIBERDADE PARA MULHERES INFRATORAS.

Preliminarmente, é preciso destacar que as Regras de Bangkok vêm a dar mais corpo a uma série de resoluções editadas pelos diferentes órgãos das Nações Unidas ao longo de mais de 30 anos sobre justiça criminal e prevenção de crimes, como as Regras Mínimas para Tratamento de Reclusos [**Regras de Mandela**], Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas Submetidas a Qualquer Forma de Detenção ou Prisão, Regras Mínimas das Nações Unidas Sobre Medidas Não Privativas de Liberdade [**Regras de Tóquio**], Princípios Básicos Sobre a Utilização de Programas de Justiça Restaurativa em Matéria Criminal.

¹⁶ MOURA, Renan Gomes. **Gênero e família: a mulher brasileira chefe de família. Que mulher é esta?** 2016. Disponível em: file:///C:/Users/PESBIBLI.PESBIBLI-02/Downloads/430-2644-1-PB.pdf. Acesso em: 14/02/2019.

O princípio básico das Regras de Bangkok é a necessidade de considerar as distintas necessidades das mulheres presas. Com efeito, são estabelecidas regras de ingresso, registro, alocação, higiene pessoal, cuidados à saúde, atendimento médico específico, cuidados com a saúde mental, prevenção de doenças sexualmente transmissíveis, revistas, instrumentos de contenções, capacitação adequada de funcionários, priorização do contato com o mundo exterior, individualização da pena, flexibilização do regime prisional, foco nas relações sociais e assistência posterior ao encarceramento, cuidados especiais com gestantes e lactantes, estrangeiras, minorias e povos indígenas e deficientes.¹⁷

O governo brasileiro engajou-se nas negociações para a elaboração das Regras de Bangkok e a sua aprovação na Assembleia Geral das Nações Unidas, porém no âmbito interno pouco tem sido feito para aplicação dessas diretrizes. As medidas mais significativas que podemos citar são:

- a) a inclusão dos incisos IV, V e VI no art. 318 do Código de Processo Penal;**
- b) o indulto especial e comutação de penas às mulheres presas que menciona, por ocasião do Dia das Mães, e dá outras providências; e**
- c) inserção do parágrafo único no art. 292 do Código de Processo Penal, que veda o uso de algemas em mulheres em trabalho de parto, durante o parto e no período imediatamente posterior.**

3 MATERNIDADE E O CÁRCERE.

A frequência de mulheres grávidas no Brasil apresentou-se regular no universo prisional, sendo exemplo o período compreendido entre os meses de fevereiro e março de 2008, no qual havia 1,24% de mulheres encarceradas grávidas, sendo que neste mesmo lapso de tempo existia 0,91% de mulheres presas amamentando seus filhos e 1,04% do total desta população possuía filhos em sua companhia, com tempo de permanência deste contato, variando entre quatro meses e sete anos de idade.

¹⁷ BRASIL. Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. Código Penal. Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm Acesso em: 14/02/2019.

As mães podiam ficar durante o período integral com seus filhos, em 81,25% dos casos, sendo que em 12,50% deles, elas permaneciam no local durante o dia e retornavam para as celas no período noturno junto com seus filhos; e 6,25% delas permanecia no local durante o dia, com retorno à noite para as celas, sem a companhia de seus filhos.

O Estado tem a responsabilidade de prestar várias formas de assistências, uma delas está prevista no art. 6º da Constituição Federal: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. A pessoa presa, pode exercer os direitos fundamentais que são inerentes à pessoa humana. Sendo assim, a gestão penitenciária não pode confundir a privação da liberdade com a exclusão de outros direitos e garantias a que faz jus o ser humano.

No Brasil, várias são as entidades que estão envolvidas em questões relacionadas as mulheres encarceradas. As violações contra os direitos das mulheres custodiadas pelo Estado brasileiro indicam o desrespeito aos tratados e às convenções internacionais pertinentes aos Direitos Humanos, a Constituição Federal e a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210 de 1984).

Durante a Revisão Periódica Universal do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, o Brasil foi repreendido por desrespeitar os direitos humanos em seu sistema carcerário, especialmente por ignorar questões de gênero.

É internacionalmente reconhecido que o sistema penitenciário feminino brasileiro é inadequado. É até mesmo difícil dizer exatamente quantos locais abrigam detentas no Brasil hoje, já que muitas delas são mantidas em delegacias de polícia e carceragens superlotadas e com estrutura inadequada pelo Brasil afora.

Em dezembro de 2012, porém, um levantamento do Ministério da Justiça apontou que existiam 53 penitenciárias, 4 colônias agrícolas, 7 casas de albergados, 9 cadeias públicas e 5 hospitais de custódia (para presas com problemas mentais) no país.¹⁸

3.1 O MOMENTO DO PARTO

A mulher no período gestacional e de amamentação encontra-se em uma situação singular, ocupa posição diferenciada e deve receber condições especiais de tratamento, como estabelecem normas internas e internacionais.

A exigência de uma atenção diferenciada às mulheres nessas situações específicas decorre, portanto, das próprias condições inerentes à gestação e lactância, e deve ser observada em quaisquer espaços – público ou privado – quanto mais ainda em estabelecimentos de total confinamento sob custódia direta do Estado, como são os cárceres.

O Programa de Humanização no Pré-Natal e no Nascimento, lançado pelo Ministério da Saúde do Brasil, em 2002, buscou instituir as condições básicas de tratamento para toda e qualquer mulher gestante, garantindo que toda mulher grávida tenha direito à assistência e atendimento dignos durante a gestação, durante o parto e após.

Um estudo realizado pela Fundação Oswaldo Cruz, que analisou a situação dos casos apresentados nos censos nacionais realizados entre 2012 e 2014, indicou, sobre o parto na prisão, que 16% das puérperas contaram ter sofrido maltrato ou violência durante o trabalho de parto pelos profissionais da saúde e, além disso, o uso de algemas na internação e/ou no parto foi contado por 36% das gestantes.¹⁹

¹⁸ RIBEIRO, Ludmila Mendonça Lopes. **Análise da política penitenciária feminina do Estado de Minas Gerais**: o caso da Penitenciária Industrial Estevão Pinto. 2003. Disponível em: <http://ittc.org.br/como-e-a-vida-nas-prisoas-femininas-no-brasil/> Acesso em: 11/03/2019.

¹⁹ BRASIL. Ministério da Justiça. Gabinete do Ministro. Portaria Interministerial nº 210, de 16 de janeiro de 2014. **Institui a Política Nacional de Atenção às Mulheres em Situação de Privação de Liberdade.** Disponível em: http://www.lex.com.br/legis_25232895_PORTARIA_INTERMINISTERIAL_N_210_DE_16_DE_JANEIRO_DE_2014.aspx Acesso em: 11/03/2019.

É um momento em que a mulher não tem como fugir, ela está parindo. Ela não precisa disso, **é só mais uma humilhação**. Elas também são algemadas na volta, quando carregam o bebê no colo, no carro, para voltar para o presídio.

Veja-se que o uso de algemas durante o parto pelas detentas constitui um ato cruel e desumano que não encontra amparo legal em nenhuma norma nacional e internacional e atenta contra os princípios constitucionais de dignidade humana. No que diz respeito à legislação nesse aspecto, a recente Lei nº 13.434, de abril de 2017, adicionou um parágrafo ao art. 292 do Código de Processo Penal, que versa sobre o uso de algemas, proibindo seu uso em mulheres grávidas nos procedimentos preparatórios, durante o parto e logo após, o que é considerado uma grande conquista, visto que diversos abusos já foram relatados.

LEI Nº 13.434, DE 12 DE ABRIL DE 2017

Acrescenta parágrafo único ao art. 292 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para vedar o uso de algemas em mulheres grávidas durante o parto e em mulheres durante a fase de puerpério imediato.

Art. 1º O art. 292 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único:

Parágrafo único. É vedado o uso de algemas em mulheres grávidas durante os atos médico-hospitalares preparatórios para a realização do parto e durante o trabalho de parto, bem como em mulheres durante o período de puerpério imediato.²⁰

3.2 ANÁLISE DA ESTRUTURA DOS PRESÍDIOS PARA MÃES E BEBÊS.

A estrutura oferecida para as gestantes e mães é de extrema importância não só para o bem-estar da detenta, mas para o melhor desenvolvimento do feto e recém-nascido. O Ministério da Justiça realizou, em 2014, Relatório de Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, no qual analisou a infraestrutura dos presídios e apresentou os seguintes resultados: menos da metade dos estabelecimentos femininos dispõe de cela ou dormitório adequado (13%) e, nos estabelecimentos

²⁰ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Lei nº 13.434 de 12 de abril de 2017**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2017/lei-13434-12-abril-2017-784610-publicacaooriginal-152355-pl.html> Acesso em: 11/03/2019

mistos, só 6% conta com esse espaço; apenas 32% das unidades femininas possui berçário ou centro de referência materno-infantil, e 3% das unidades mistas contemplava, e no que diz respeito à creche, 5% dos estabelecimentos conta com uma, sendo que nenhum misto possui.²¹

Em Porto Alegre, a Penitenciária Feminina Madre Pelletier é dividida em galerias, sendo uma delas destinada às mães acompanhadas de seus filhos. As detentas, ao ingressarem na prisão, passam por uma triagem, na qual fazem um atendimento psicossocial e nela é verificada se possui filhos e qual a situação dos mesmos, além de fazer contato com a família para informá-la sobre a prisão. Em São Paulo, na Penitenciária Feminina do Butantã, as gestantes ficam no mesmo local que as demais; porém, em uma ala especial e as puérperas, com bebês de até seis meses, ficam em outra ala, denominada “Casa Mãe”, que conta com pequenos quartos individuais, sala comum equipada com tapete emborrachado e televisão e, além disso, possuem fralda, leite NAN, produtos de higiene e camas.²²

De modo geral, observa-se uma total falta de estrutura e despreparo dos estabelecimentos prisionais para abrigar indivíduos em estado de desenvolvimento tão especial como recém-nascidos e crianças pequenas.

Concernente à relação da mulher presa com sua família, é vivenciada uma experiência de abandono afetivo da mulher gestante ou mãe, sendo que muitas das presas não recebem visitas, ficando desamparadas e isoladas. Também é comum, quanto à mulher presa que possui filho fora da prisão, que o contato seja muito dificultado, gerando aflição nas mães que ficam muito tempo sem notícias dos filhos. A consequência disso, muitas vezes, são filhos que ficarão abandonados, tendo grandes chances de retroalimentar a cadeia do crime.

²¹ Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias** – Infopen Mulheres. Junho/2014. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf> Acesso em: 11/03/2019.

²² PEREIRA, Larissa Urruth; ÁVILA, Gustavo Noronha. **Aprisionamento feminino e maternidade no cárcere – uma análise da rotina institucional na Penitenciária Feminina Madre Pelletier**. Disponível em: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina36337.pdf> Acesso em: 11/03/2019.

3.3 TEMPO DE CONVIVÊNCIA ENTRE MÃE E BEBÊ DENTRO DO ESTABELECIMENTO PRISIONAL E SUA SEPARAÇÃO.

O recém-nascido pode permanecer no sistema prisional, seja por nascer durante o cumprimento da pena da mãe ou durante o período de definição de sua sentença, pelo tempo mínimo de seis meses para o aleitamento materno. Tal possibilidade é amparada pelo direito da mãe reclusa até que esse período se encerre e a criança seja entregue aos cuidados de um terceiro, familiar ou instituição, direitos estes preconizados pela Constituição Federal e pela Lei da Execução Penal - LEP, e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Ainda segundo a Lei da Execução Penal - LEP, embora seja estabelecido como tempo mínimo para o aleitamento o sexto mês de vida da criança, no texto, apresenta-se em aberto a idade máxima, sendo esta normatizada em torno dos sete anos de idade enquanto limite para essa permanência no sistema penitenciário. Dessa maneira, não ficam estabelecidas regras claras, sendo que em cada estado, e até mesmo em cada unidade em um mesmo estado, há variações nos períodos de permanência das crianças com suas mães. Esse tempo pode ser até inexistente, a depender dos dirigentes e gestores responsáveis, que utilizam a justificativa de falta de vagas, ausência de infraestrutura adequada, entre outros.

Segundo os dados colhidos pela Pastoral Carcerária nas unidades prisionais do Espírito Santo (Penitenciária Estadual Feminina), Distrito Federal (Penitenciária Feminina), Bahia, Amapá há informações que as crianças podem permanecer até seis meses com suas mães. No Rio Grande do Sul (Penitenciária Feminina Madre Pelletier), as crianças podem permanecer até os 3 anos de idade, já no Rio de Janeiro (Instituto Materno Infantil), até 12 meses. No Estado do Amazonas, as mães podem ficar com os filhos apenas 15 dias após o seu nascimento e em Pernambuco até 10 meses.²³

²³ IRACY, Sonia. “**Vamos aplicar a lei do ventre livre**”. Estadão Jornal Digital. Disponível em: <http://cultura.estadao.com.br/blogs/direto-da-fonte/vamos-aplicar-a-lei-do-ventre-livre-diz-carmen-lucia/>. Acesso em: 11/03/2019.

Outro importante apontamento são as incertezas em torno do destino das crianças nascidas no cárcere, especialmente ante às possíveis condições sociais desfavoráveis e de riscos nas redes familiares, possibilidade de acolhimento institucional da criança, e especialmente, em relação aos laços com a mãe, que podem não se sustentar ao longo do tempo em que a mulher permanece detida.

Tal condição trará, possivelmente, impactos diretos nas histórias dessas crianças e mulheres. Na perspectiva da separação entre a mulher e seu(sua) filho(a) nascido(a) no cárcere, bem como de outros filhos, barreiras são problematizadas em torno da continuidade desses laços e da convivência com a mãe, especialmente acerca das visitas.

A saber, as longas distâncias entre a unidade em que essas mulheres se encontram detidas e seus locais de origem e familiares; os dias destinados para as visitas que, em geral, são dias úteis, dificultando tal prática para os familiares em relação aos seus trabalhos; a recusa dos familiares em passar pela revista íntima e vexatória, prática rotineira e comum nas unidades prisionais brasileiras; e, por fim, as dificuldades financeiras.

3.4 ART.318, IV DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E A POSSIBILIDADE DE CONVERSÃO EM PRISÃO DOMICILIAR

A gravidez no cárcere é assunto problemático e existem duas situações diferenciadas: aquela que ingressa no sistema prisional grávida e aquela que engravida após ter adentrado no sistema prisional. Em ambas situações a saúde e o bem-estar da mãe devem ser resguardados em ambientes adequados para a permanência de ambos.

Caso não existam condições adequadas, o artigo 318 do Código de Processo Penal, no capítulo IV que trata da prisão domiciliar, nos termos da redação incluída pela lei 12.403 de 04 de maio de 2011, disciplina a questão da seguinte maneira:

[...] poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for [...]III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; IV - gestante a partir do 7o (sétimo) mês de gravidez ou

sendo está de alto risco. Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo.

Tal dispositivo deverá ser observado se o juiz reputar conveniente, uma vez que há previsão legal para dar guarida à mulher no cárcere inclusive para a amamentação do filho. Especificamente, a Lei de Execução Penal em seu artigo 117, disciplina a respeito do recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular. A redação do inciso III do artigo da Lei de Execução Penal é muito clara quando menciona que será admitido o regime aberto em residência particular “condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental”.

Diante disso, fica evidente que a prisão domiciliar deve ser concedida quando o Estado não proporcionar estrutura adequada para alojar a mãe e o bebê. É exatamente o que não é visualizado no seguinte julgado:

AGRAVO EM EXECUÇÃO. PRISÃO DOMICILIAR. APENADA GESTANTE. NASCIMENTO APÓS A INTERPOSIÇÃO DO RECURSO. AGRAVO PREJUDICADO, NO PONTO. Apesar de não constar nos autos nenhum documento informando sobre o nascimento do filho da agravante, presume-se, pela prova produzida, que o parto tenha ocorrido após a interposição do presente recurso, razão pela qual o pedido de prisão domiciliar fundado na gravidez de risco resta prejudicado. PRISÃO DOMICILIAR. FILHO RECÉM NASCIDO. NECESSIDADE DE CUIDADOS ESPECIAIS NÃO COMPROVADA. REGIME FECHADO. REQUISITOS DO ART. 117 DA LEP E 318 DO CPP NÃO CONFIGURADOS. Não restou comprovado que o filho recém-nascido da agravante necessita de cuidados especiais, a justificar o deferimento do pleito defensivo com base no inciso III, do art. 318 do CPP. Ademais, ausentes os requisitos legais, previstos no art. 117 da LEP, para deferimento do pedido de prisão domiciliar, uma vez que a apenada cumpre pena em regime fechado. AGRAVO CONHECIDO, EM PARTE, E NESTA, DESPROVIDO. (Agravo Nº 70049114010, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Catarina Rita Krieger Martins, Julgado em 18/06/2012).

Não deveria haver nenhum tipo de dúvida acerca do fato de que um recém-nascido precisa de cuidados especiais, uma vez que toda criança recém-nascida precisa dos cuidados maternos para fazer com que esta criança e sua respectiva mãe estabeleçam vínculos afetivos, de segurança, que proporcionem o desenvolvimento cognitivo saudável. O problema é que ainda que a deliberação esteja proposta de modo expresse, o judiciário raramente profere decisão favorável a fim de efetivar e proporcionar a essas mulheres e conseqüentemente também a essas crianças as condições que foram a elas asseguradas. A não concessão da prisão domiciliar e a falta de estrutura adequada para alojar a mãe e o bebê é totalmente ilegal, arbitrária e inconstitucional.

As penas não precisam necessariamente ser limitadas ao cárcere. Existe a possibilidade de aplicação de penas alternativas à privação da liberdade, como por exemplo, as restritivas de direitos, prestação de serviços à comunidade, dentre outras. Há casos em que a prevenção criminal secundária pode acontecer sem a exclusão do convívio social, a fim de aumentar as soluções pacíficas de conflitos e manter a integração social desta pessoa na comunidade e no mercado de trabalho. Medidas alternativas à prisão existem, só resta aumentar sua abrangência e exigir a sua aplicação.

3.5 CÁRCERE FEMININO NO ES

Segundo a Secretaria de Estado da Justiça (Sejus), já são 1.090 mulheres no sistema prisional capixaba, sendo que 637 estão condenadas e outras 450 em regime provisório. Em relação à maternidade na prisão, o Estado possui 19 mulheres grávidas e 10 que estão amamentando, de acordo com informações apuradas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em dezembro de 2017.

Com esses dados, o Espírito Santo ocupa o 5º lugar no ranking dos estados com mais grávidas em presídios no país. Ainda segundo o CNJ, em todo o Brasil existem 622 mulheres grávidas ou lactantes no sistema penitenciário. O estado com maior número é São Paulo, com 235 detentas nessa situação, seguido de Minas Gerais, com 56.

Conforme o site da Sejus, o Espírito Santo possui ao todo 35 unidades prisionais distribuídas em 15 cidades do interior; e 20 na Grande Vitória. Dessas unidades, três são femininas e estão localizadas nos municípios de Cariacica, Colatina e Cachoeiro de Itapemirim. Ou seja, a média local de presídios femininos (8,5%) não está tão distante da média nacional (7%). Dos três dedicados às mulheres, somente a Penitenciária Feminina de Cariacica (PFC) tem infraestrutura adequada para receber detentas grávidas ou com filhos recém-nascidos. Foi na PFC, na ala especial e única no Estado, que o filme C(ELAS) foi gravado. A cor lilás nas paredes, os objetos coloridos espalhados pelo cômodo e as roupas de bebês estendidas em varais

improvisados não afastam a ideia de que ali, na Ala Materno Infantil da PFC, ainda é, de fato, uma prisão. E é nesse ambiente que mulheres – a maioria jovem e negra – carregam a dor e angústia da indagação do que é ser uma boa mãe.²⁴

4 CENÁRIO ATUAL E MELHORIAS

O modelo prisional brasileiro demonstra seu esgotamento. As transformações ocorridas no sistema, durante todo o século XX até os dias atuais, têm demonstrado que os avanços conquistados no campo dos Direitos Humanos não têm se refletido no sistema prisional brasileiro.

Esta constatação advém da atual situação a que estão submetidos homens e mulheres, apenadas ou não, que se encontram em prisões superlotadas e que não têm respeitados seus direitos básicos. Hoje, bastaria apenas que os Estados cumprissem o que determina a Lei de Execução Penal para conseguirmos provocar muitas mudanças.

Ocorre, no entanto, que apesar de caber aos Estados a responsabilidade de administrar o sistema e de fazer cumprir a Lei de Execução Penal, o que se vê são administrações ineficientes, processos judiciais lentos, o desrespeito à Lei de Execução Penal, o preconceito social, de gênero, raça, orientação sexual e uma falta de capacidade para promover a reabilitação destas pessoas.

A política de encarceramento deve ser repensada da forma que é feita, visando um julgamento mais humano, com um reconhecimento da realidade pessoal de quem está no banco dos réus e os reflexos que isso trará em sua vida e, no presente caso, na vida de suas famílias.

É necessário que se tente aplicar, sempre que possível, medidas cautelares ou prisões domiciliares, pois a experiência da maternidade no cárcere causa grande

²⁴ ROSA, Evandro. **Maternidade e o Cárcere: a experiência de ser mãe no sistema prisional.** Disponível em: <https://blog.ufes.br/revistauniversidade/2018/06/07/maternidade-e-carcere-a-experiencia-de-ser-mae-no-sistema-prisional/>. Acesso em: 27/02/19

sofrimento nas presas: desde o momento da gravidez, passando pelo convívio com os filhos dentro da prisão, o momento da separação e, ainda, no difícil contato posterior à separação entre mãe detenta e filho/família.

Recentemente foi concedido pelo Ministro Ricardo Lewandowski a uma detenta, por pedido da Defensoria Pública paulista, o direito a cumprir prisão preventiva de maneira domiciliar.

Destaca-se que, no caso em tela, a detenta sofria com problemas de saúde, além de estar em estágio avançado da gravidez e se encontrar presa preventivamente pelo crime de tráfico de drogas.

O Ministro suscitou, em sua decisão, que os danos seriam grandes para o nascituro, que sofreria com as consequências da pena, sendo que sua mãe ainda não havia sido sequer condenada pelo crime.

Destacou, em sua justificativa, as regras de direito internacional dos direitos humanos e o princípio da pessoalidade constante no art. 5º, inciso XLV, da CF. Além disso, pediu para que o Depen (Departamento Penitenciário Nacional) liste todas as mulheres que se encontram na situação de prisão preventiva e estão grávidas ou são mães de crianças.²⁵

Vale destacar recente caso que tomou as mídias: no começo de 2017, Adriana Ancelmo, esposa do Governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral, teve prisão preventiva decretada pelos crimes de corrupção, lavagem de dinheiro e organização criminosa.

Todavia, ela foi autorizada pelo juiz federal do caso a cumprir a prisão de maneira domiciliar, baseando-se na hipótese prevista no art. 318, do CPP, pois a mulher possui filhos menores.

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Imprensa. Notícias STF. **Regras internacionais de direitos humanos garantem prisão domiciliar a gestante** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=283125>. Acesso em: 12/03/2019.

O Ministério Público Federal recorreu da decisão, sendo que o benefício foi cessado por desembargador do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, que justificou tal ação dizendo ser uma quebra de isonomia com as diversas outras mães presas no sistema penitenciário brasileiro que não são beneficiadas por essa medida. Sobreveio decisão do Superior Tribunal de Justiça, na figura da ministra Maria Thereza de Assis Moura, que restabeleceu a prisão domiciliar.²⁶

Ambos os casos citados são de extrema importância para o tema abordado, uma vez que abrem precedentes para que mais pedidos de liberdade para mulheres grávidas, puérperas ou mães com crianças fora da prisão sejam realizados e concedidos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O intuito deste artigo foi refletir sobre a atual situação das mulheres encarceradas e da permanência ou não das crianças no interior das unidades prisionais femininas brasileiras. Poucos estudos e pesquisas relacionados aos direitos das mulheres e a convivência familiar em situações de privação de liberdade são realizados.

Nota-se que, há uma visível disparidade entre as determinações oficialmente declaradas e o que este realmente ocorre no sistema. Essas mulheres tem um perfil muito parecido, a maioria é negra, pobre e com baixa escolaridade, rés primárias, presas principalmente por tráfico de entorpecentes, com filhos e responsáveis pelo sustento familiar produzindo consequências para toda a família.

As mulheres que chegam grávidas ou as que engravidam no cárcere têm que conviver com a incerteza de quanto tempo irão permanecer com os seus filhos.

A penitenciária não deveria e não pode impedir a garantia constitucional que mães presidiárias e crianças possuem quanto à convivência familiar, mas linha é muito tênue na hora de decidir a permanência das crianças.

²⁶ GRELLET, Fábio. **STJ autoriza mulher de Cabral a cumprir pena de prisão domiciliar**. O Estado de São Paulo, março de 2017. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,stj-autoriza-mulher-de-cabral-a-cumprir-pena-em-prisao-domiciliar,70001713486> . Acesso em: 12/03/2019.

A realidade é muito cruel, a maioria das penitencias não oferece condições mínimas de habitabilidade como um local adequado para dormir, alimentação com o mínimo de higiene, saneamento básico, educação e, principalmente, a saúde.

Deveria ser colocado em prática o artigo 318, IV do Código de Processo Penal, permitindo o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar, a fim, de preservar uma relação tão importante mãe e filho, garantindo a convivência familiar, tendo em vista que muitas vezes ocorre à impossibilidade de ter seus filhos cuidados por outros membros da família o vínculo materno-infantil é rompido de uma maneira abrupta na primeira etapa do desenvolvimento da criança.

DIREITO INFANTO-JUVENIL: TEORIA DO ATO INFRACIONAL E O GARANTISMO

Thamara de Souza Araújo¹

Dolivar Gonçalves Júnior²

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo tecer breves considerações sobre a evolução do Direito Infanto-Juvenil, com ênfase em seu desenvolvimento Constitucional e Infraconstitucional, no ordenamento jurídico brasileiro, no que diz respeito ao tratamento oferecido ao menor em conflito com a lei.

Tratar-se-á do procedimento de apuração do ato infracional sob uma perspectiva garantista, apresentando uma crítica as decisões que tem sido proferidas neste campo do direito, em desconformidade com as garantias positivadas em prol das crianças e adolescente, no intuito de meramente atender o chamado “clamor social”.

PALAVRAS-CHAVE: Ato Infracional. Garantismo Processual. Direito Infanto-juvenil.

1 INTRODUÇÃO

Nos primeiros modelos de civilização crianças e adolescentes não eram tidos como sujeitos de direitos, motivo pelo qual viviam pura e simples guiados pela vontade e desejos de seus pais que direcionavam suas vidas, fazendo escolhas relativas a profissão que estes seguiriam, no que trabalhariam e até mesmo com que este iriam se casar, ao alcançar idade para tanto.

¹ Estudante do Curso de Direito das Faculdades Integradas de Aracruz-FAACZ.

² Possui graduação em bacharel em direito pela Faculdade de Direito do Vale de Rio Doce (2004). Tem pós-graduação na área de Direito Público, com ênfase no Direito Processual Penal Constitucional (2007). Advogado criminalista desde 2006. Membro da Procuradoria de Aracruz/ES. Professor do Curso de Direito na FAACZ-Faculdades Integradas de Aracruz/ES.

Com o passar do tempo a sociedade e os moldes de convivência em sociedade foram gradualmente evoluindo passando a fazer algumas distinções entre adultos e crianças e adolescentes, até mesmo reconhecendo que estes últimos detinham alguns direitos para as crianças. O reconhecimento de direitos para os menores de idade se deve em muito pela forte influência da fé cristã e da Igreja Católica que apregoam a igualdade entre todos, inclusive entre as crianças e adolescentes com relação aos adultos.

No Brasil crianças e adolescentes só ganharam maiores direitos e garantias a partir de 1959 com o advento da Declaração Universal dos Direitos das Crianças, aprovada pela Organização das Nações Unidas (ONU, marco a partir do qual tais indivíduos tiveram seus direitos tutelados através da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988.

Dois anos mais tarde, no ano de 1990 em 1990, sob um sistema garantista da doutrina da proteção integral, entra em vigor a Lei 8.069/90 – o Estatuto da Criança e do Adolescente, conferindo a crianças e adolescente uma ampla gama de direitos de e garantias, prevendo ainda em seu texto o procedimento para apuração da prática de ato infracional, a ser adotado para os casos que envolvessem menores em conflito com a Lei, passando o adolescente a receber um tratamento diferenciado do adulto, em razão de sua condição de ser em desenvolvimento.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

2.1 Considerações gerais

Nos moldes das civilizações antigas, a família fundava-se em princípios religiosos arcaicos, e as relações familiares regiam-se de acordo com o sistema do *pater familiae*, o poder paterno, assim, o pai figurava como uma autoridade religiosa e familiar que ditava as regras de comportamento de sua prole, independentemente da idade do filho, visto que inexistia a distinção entre maiores e menores de idade.

Sobre o assunto, destaca Andréia Rodrigues Amin (2010), no livro “Curso de Direito da criança e do adolescente: aspectos práticos”:

Filhos não eram sujeitos de direitos, mas sim objeto de relações jurídicas, sobre os quais o pai exercia um direito de proprietário. Assim, eram-lhe conferido o poder de decidir, inclusive, sobre a vida e a morte dos seus descendentes.

Com a evolução histórica e social, alguns povos, como por exemplo os romanos, passaram, ainda que indiretamente, a resguardar alguns interesses da população infanto-juvenil. Destaca-se a contribuição romana para a distinção entre menores impúberes e púberes, de forma muito aproximada a distinção atual de incapacidade absoluta e relativa.

Na idade média, com a expansão do Cristianismo, há um grande avanço em relação ao reconhecimento dos direitos para as crianças, visto que tal religião prega a igualdade entre todos, inclusive entre as crianças e adolescentes com relação aos adultos, e passou a nortear de forma mais igualitária e harmoniosa as relações familiares.

A Igreja Católica exerceu um importante papel na proteção dos menores, proteção esta que fora gradualmente outorgada nos diversos concílios por ela realizados, que passaram prever punições para os pais que abandonassem seus filhos. Entretanto, em contra partida, a mesma Igreja discriminou, ainda que indiretamente, os filhos havidos fora da constância do sagrado matrimônio, limitando o acesso destes a determinados direitos.

2.2 Da evolução dos Direitos das Crianças e Adolescentes no Brasil

No Brasil, a preocupação com os infratores, maiores ou menores, surgiu durante a fase imperial. Dos 07 (sete) aos os 17 (dezesete) anos o tratamento era similar ao aplicado ao adulto infrator, com uma tímida atenuação na aplicação da pena. Dos 17 (dezesete) aos 21 (vinte e um) anos, eram considerados jovens adultos, portando estavam sujeitos a incidência das penas máximas.

A Constituição Política do Império do Brasil de 1824, não faz menção alguma a direitos inerentes às crianças e aos adolescente, não havendo sequer menção a estes em seu texto.

Contudo, seis anos mais tarde, em 1830, entrou em vigor o primeiro Código Penal, que equiparava o tratamento conferido aos adolescentes àquele que seria dado ao adulto, visto que a ideia de “adolescência” ainda estava em fase de construção, razão pela qual não havia para estes qualquer tipo de tratamento diferenciado ante uma violação aos preceitos legais.

Com o crescimento e desenvolvimento social do País, houve uma crescente preocupação com as crianças e os adolescentes, o pensamento social da época oscilava entre assegurar os direitos dos menores ou se “defender” destes. Casas de recolhimento são inauguradas em 1906 dividindo-se em escolas de prevenção, destinadas a educar menores em abandono, escolas de reforma e colônias correccionais, cujo objetivo era regenerar menores em conflito com a lei. (Kátia Regina F.L.A Maciel, 2009, p. 06).

No ano de 1927 entra em vigor a primeira legislação a tratar especificamente da infância e juventude no Brasil, o chamado “Código de menores” (decreto 17.943-A), a partir da vigência do referido Código, surgiu um novo padrão de conduta institucional acompanhada de diversas mudanças que resultaram na formação de um sistema de justiça juvenil tutelar e paternal ao redor da categoria “menor”, uma vez que este instituiu algumas garantias básicas aos menores, prevendo que a família tinha o dever de suprir adequadamente as necessidades básicas destes, além do mais trouxe a previsão de medidas assistenciais e preventivas para as crianças em estado de abandono.

Quanto as infrações o “Código de menores” dispunha que, crianças com até 14 (quatorze) anos de idade seriam passíveis de medidas punitivas com finalidades educacionais, já sobre os maiores de 14 (quatorze) anos incidiriam as punições previstas para os maiores de idade, entretanto com a responsabilidade atenuada.

Através da declaração Universal dos Direitos das Crianças, aprovada pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 1959, o Direito brasileiro deu um salto em relação a proteção de crianças e adolescentes, que tiveram seus direitos tutelados através da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, que trouxe significativas mudanças em nosso ordenamento jurídico.

Em 1990 fora editada uma Lei específica para a tutela dos direitos e garantias das crianças e adolescentes, fundada sob um sistema garantista da doutrina da proteção integral, qual seja a Lei 8.069/90 – o Estatuto da Criança e do Adolescente, passando o adolescente a receber um tratamento diferenciado do adulto, não sendo mais considerado um incapaz, lhe sendo garantida uma autonomia progressiva, em razão de sua condição de ser em desenvolvimento.

3 PRINCÍPIOS E GARANTIAS GERAIS DO DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Na lição do Professor Humberto Ávila: *Regras e princípios são espécies de normas, sentidos construídos a partir da interpretação sistêmica de textos normativos.* (HUMBERTO ÁVILA, 2005, p. 22).

Na esfera do Direito Infanto-juvenil brasileiro, são três os princípios gerais e orientadores: I) Princípio da prioridade absoluta; II) Princípio do melhor interessante e III) Princípio da Municipalização.

3.1 Princípio da Prioridade Absoluta

Em síntese, o Princípio da Prioridade Absoluta, consolida a doutrina de “Proteção Integral”, tornando crianças e adolescente sujeitos de direito, e não meros objetos da lei. Sendo “prioridade” entendida como um direito a primazia, preferência, e “absoluta” aquilo e/ou aquele que não sofre nem comporta restrição.

Tal princípio tem origem na Inglaterra, por volta do século XIV, quando, em razão da existência do instituto *parens patrie*, o Rei detinha a prerrogativa de conferir proteção aos incapazes, dentre eles as crianças.

No âmbito internacional o Princípio da Prioridade Absoluta fora instituído como um dos princípios da Declaração Internacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (1959), pela Assembleia Geral das Nações Unidas – ONU, ao dispor nos seguintes termos:

A criança gozará de proteção especial e disporá de oportunidades e serviços, a serem estabelecidos em lei, por outros meios, de modo que possa se desenvolver física, mental, moral, espiritual e socialmente de forma saudável e normal, assim como em condições de liberdade e dignidade. Ao promulgar leis com este fim, a consideração fundamental a que se atenderá será o interesse superior da criança. (Declaração Internacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, 1959)

Em mesmo sentido fora o entendimento firmado pela Convenção Internacional sobre os Direitos Infanto-juvenis, aprovada em Assembleia da ONU, em 1989, que dispôs em seu art. 3º que todas as ações que versarem sobre crianças, serão levadas a efeito por instituições públicas ou privadas, que devem considerar com prioridade, o maior interesse da criança.

Na qualidade signatário dos tratados supramencionados, o Brasil incorporou tal princípio à sua legislação, sendo expressamente previsto no art. 227 da Constituição Federal de 1988, sendo confirmado pelo art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei. 8.069 de 1990). Vejamos:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, crueldade e opressão.

Art. 4º - É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

a) a primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;

- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Por tanto, temos que a criança e o adolescente deverão sempre ocupar o primeiro lugar no hall de preocupações, cuidados e deveres do Estado, que deverá a todo tempo assegurar que todas as necessidades das crianças e adolescentes, sejam integralmente asseguradas e atendidas.

3.2 Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente

O Princípio do melhor interesse de igual forma encontra-se positivado junto à Constituição Federal, no *caput* do já mencionado art. 227, bem como no artigos 4º, *caput* e 6º da Lei 8.069/90 (ECONOMIA).

Ressalte-se que tal princípio já se encontrava previsto na Convenção de Direito da Criança e do Adolescente da ONU em 1959, que já consagrava o entendimento de que em todo o tempo, em ações que versem sobre direitos de crianças e adolescentes, deverá ser considerado o melhor interesse da criança, razão pela qual tal princípio já se encontrava presente no Código de Menores, ainda que sob a égide da doutrina irregular.

A respeito de tal princípio preleciona Andréa Rodrigues Amin que:

Trata-se de princípio orientador tanto para o legislador como para o aplicador, determinando a primazia das necessidades da criança e do adolescente como critério de interpretação da lei, no deslinde de conflitos, ou mesmo para elaboração de futuras regras.” (KÁTIA REGINA F. L. A. MACIEL, 2009, p. 28).

Por conseguinte, pode-se concluir que o princípio em comento se revela um importante indicador que orientará a todos aqueles que se defrontarem com exigências naturais do Direito Infante-juvenil.

3.3 Princípio da Municipalização

A Constituição Federal de 1988, ao tratar sobre a assistência social prestada pelo Estado em seus artigos 203 e 204, o fez de forma a descentralizar e ampliar a política assistencial, atribuindo competência concorrente aos entes da União, no intuito de tornar mais simples a fiscalização, implementação e cumprimento dos Direitos de que gozam crianças e adolescentes, atribuindo aos Estados e aos Municípios a execução de programas de políticas assistencialistas.

Tal atribuição aos Estados e Municípios se justifica pelo fato de serem estes mais aptos a criar Programas de Assistência Social que se adequem melhor a realidade local, tornando-os assim mais efetivos no cumprimento de suas funções, bem como criando uma rede de atendimento, que se compõe pelos Conselhos dos Direitos das Crianças e Adolescentes, Conselho Tutelar, Ministério Público e Poder Judiciário, que possa melhor atender as demandas infanto-juvenis de forma satisfativa.

Por fim, insta frisar ser de competência exclusiva da União dispor sobre as normas gerais e a coordenação de programas assistências.

4 TEORIA DO ATO INFRACIONAL

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), disciplina em seu “Capítulo III” a “Prática do Ato Infracional”, bem como estabelece as quais as consequências jurídicas advindas de tal prática, bem como apresenta uma série de direitos e garantias atribuídas aos adolescentes em conflito com a lei.

Considera-se ato infracional a prática de uma conduta descrita como crime ou contravenção penal (art. 103, ECRAD).

Ao prever no art. 104 do ECRID de que “São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às medidas previstas nesta Lei”, não visava o legislador criar meios de que o menor em conflito com a Lei ficasse impune, muito pelo contrário, o que de fato se pretende é que este menor seja responsabilizado, entretanto lhe garantindo uma responsabilização compatível e coerente com o seu grau de responsabilização e com os requisitos normativos provenientes da seara criminal, considerando a idade deste à data dos fatos.

Neste sentido, é a lição de João Batista Costa Saraiva:

O garantismo penal impregna a normativa relativa ao adolescente infrator como forma de proteção deste face à ação do Estado. A ação do Estado autorizando-se a sancionar o adolescente e infligir-lhe uma medida socioeducativa, fica condicionada à apuração, dentro do devido processo legal, que este agir típico se faz antijurídico e reprovável – daí culpável. (JOÃO BATISTA COSTA, 2002, p. 32).

Para os efeitos da aplicação do referido artigo são considerados adolescentes aqueles que possuem faixa etária de 12 (doze) anos de idade completos à 18 (dezoito) anos de idade incompletos, não sendo alcançadas as crianças, assim compreendidos os indivíduos com até 12 (doze) anos de idade incompletos, assim definiu a lei infanto-juvenil fixa uma idade mínima e máxima para que o menor em conflito com lei seja submetido a aplicação de medidas socioeducativas.

Assim, havendo fato típico, antijurídico e culpável, praticado por um indivíduo com idade superior a 12 (doze) anos de idade completos e inferior a 18 (dezoito) anos completos, estaremos diante da prática de um ato infracional, que dará ensejo ao procedimento conhecido como “Processo de Apuração de Ato Infracional”.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, estabelece em seus artigos 171 a 190, um rito processual próprio para a apuração do ato infracional praticado pelo adolescente, que se subdividirá em 03 (três) momentos distintos.

Em um primeiro momento, considerado pré-processual, será instaurada a fase policial, que será realizada perante a delegacia especial, se houver, para que seja lavrado o auto (art. 172/173 do ECRID).

Nos casos que tratem de atos infracionais cometidos mediante violência ou grave ameaça a pessoa, ou ainda em se tratando de conduta prevista no art. 12 da Lei 6.368/76 (tráfico de drogas) ficará a autoridade policial autorizada a adotar as providências elencadas no art. 173 do Estatuto em comento e, entendendo ser o caso de não liberação do adolescente, a autoridade policial deverá encaminhar, desde logo, o adolescente ao Ministério Público ou entidade de atendimento especializada, que o encaminhará ao MP no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, casos nos quais será lavrado auto de infração.

Nos casos de delitos que não se amoldem as hipóteses supramencionadas, a autoridade policial deverá lavrar boletim de ocorrência circunstanciada, liberando o adolescente diante do comparecimento dos pais ou responsáveis, sob termo de compromisso e responsabilidade de sua apresentação ao representante do Ministério Público.

Deverá a autoridade policial instruir o auto de infração ou o boletim de ocorrência circunstanciada com a completa identificação do adolescente e seus pais ou responsáveis, com informações bastantes a permitir a posterior localização destes, deverá ainda instruir o auto com a descrição detalhada dos fatos, com a oitiva do adolescente e testemunhas, todos devidamente qualificados a fim de embasar a configuração de autoria e, após, encaminhá-los ao Ministério Público para que sejam tomadas as providências cabíveis.

Ainda em fase pré-processual, inicia-se o segundo momento que constitui o procedimento de apuração do ato infracional, tendo como parte principal o Ministério Público que, nos termos do art. 180 do ECRAD poderá i) promover o arquivamento dos autos, desde que o faça de maneira fundamentada, quando entender ser o fato inexistente ou que não houve o envolvimento do menor na prática do ato; ii) conceder remissão como forma de exclusão do processo (art. 180 c/c 126 *caput* e 127 do ECRAD) ou; iii) representar à autoridade judiciária para aplicação de medida socioeducativa, sendo a ação socioeducativa de natureza pública e incondicionada. Oferecida a representação, caberá ao Juiz competente recebê-la ou não.

Recebida a representação, estará instaurada a fase processual da apuração do ato infracional, inaugurando assim o terceiro e último momento do procedimento de apuração do ato infracional.

5 GARANTISMO NO PROCESSO DE APURAÇÃO DO ATO INFRACIONAL

Em um sentido amplo, pode-se entender o vocábulo *Garantir* como “Assegurar, afirmar, afiançar, propiciar, tutelar algo (Dicionário Aurélio). Juridicamente o *Garantir* pode ser entendido como um meio de proteção do direitos humanos contra a atuação do Estado, conciliando os poderes punitivos deste com a proteção aos direitos fundamentais.

Atualmente tem se tornado comum a existência de decisões proferidas por alguns Tribunais que são pautadas pura e simples em convicções pessoais de Juízes, quando não raro são baseadas em “senso comum” ou no chamado “clamor social”. Ocorre que, decisões que tenham como base o senso comum e o clamor social são decisões que, na esmagadora maioria das vezes, deixam de observar as regras constitucionais, os pilares do devido processo legal, fragilizando assim as garantias constitucionais do Processo, configurando o que alguns jurista chamam de “Ativismo Judicial”, sendo este uma mal que pode ser combatido por meio do “Garantismo Processual”.

Ao discorrer sobre o sobre o Processo como uma instituição de garantia Eduardo José da Fonseca Costa (2016) diz que não se pode conceber uma processualística que não se anteceda de uma constitucionalística do processo. Assim, não poderá haver uma “ciência processual” que desrespeite ou viole preceitos e garantias constitucionais.

Em um manifesto elaborado durante o *Colóquio Internacional – No ensejo do primeiro ano de vigência do CPC-2015* realizado em Jundiaí, no dia 19 de agosto, que é capitaneado pelo Instituto Pan-americano de Direito Processual (IPDP), pela Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro) e pela Revista Brasileira de Direito Processual (RBDPro), um grupo de juristas filiado ao “Garantismo Processual”, apresentaram a seguinte definição do que este viria a ser de fato:

O *Garantismo* é uma forma de pensar o Processo em suas dimensões *analítico-legal*, *semântico-conceitual* e *pragmático-jurisprudencial* como efetiva GARANTIA do indivíduo e da sociedade perante o poder estatal de exercer a Jurisdição. Se processo é *garantia*, jurisdição

é *poder*, e este só será legitimamente exercido quando concatenar as regras de garantia estabelecidas no plano constitucional, como o devido processo, o contraditório (=direito das partes, não do juiz), a ampla defesa, a imparcialidade, a imparcialidade, a *acusatoriedade*, a liberdade, a dispositividade, a igualdade, a segurança jurídica, a separação dos poderes, a presunção de inocência etecetera. (CARTA DE JUNDIAÍ: *Pela compreensão e concretização do Garantismo Processual*, 2017).

No que diz respeito ao garantismo no processo de apuração do ato infracional, o professor Alexandre Morais da Rosa, em sua obra “Introdução crítica ao ato infracional – Direitos e Garantias Constitucionais”, assevera que reduzir o Processo Infracional a um papel acessório, de fazer acontecer a lei é insuficiente e superficial (DA ROSA, 2011), porquanto o garantismo exige uma interpretação das normas conforme a Constituição.

O procedimento instaurado para fins de apuração do cometimento de um ato infracional por um adolescente deverá respeitar os princípios de contraditório e ampla defesa, tratando o adolescente em conflito da Lei como parte do processo, e não meramente um objeto, aplicando a este medidas que sejam de fato cabíveis, por meio da comprovação da autoria e da materialidade delitiva, e não medidas extremas que visem apenas atender ao “clamor social” por “justiça”.

Ademais, considerando-se que crianças e adolescentes são seres em formação, a necessidade de uma interpretação da lei a partir dos princípios e garantias constitucionais torna-se ainda mais evidente com o intuito de que não se puna o adolescente em conflito com a lei para ostentar irresponsavelmente o fato de que este não ficou impune, ou para trazer um sentimento à sociedade de que “a justiça fora feita”, pois, a partir da análise das garantias constitucionalmente previstas para este grupo, deve-se discutir o porquê do punir, para que punir e como punir, considerando o fato de se tratar de um indivíduo em pleno desenvolvimento.

CONCLUSÃO

Ao final do presente trabalho podemos concluir que juntamente com a evolução da sociedade tivemos a evolução dos direitos das crianças e adolescentes, que passaram a receber um papel de maior destaque e atenção dentro de seus núcleos familiares bem como dentro da sociedade em geral, deixando de serem vistos como meros objetos sujeitos à vontade de seus pais, para serem vistos como sujeitos autônomos e detentores de direitos e garantias fundamentais.

No Direito brasileiro estes indivíduos receberam atenção especial na Constituição Federal de 1988 bem como no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90).

No que diz respeito ao campo infracional o que temos visto em relação aos adolescentes em conflito com a lei, é que a sociedade, em sua grande maioria, vê como “justiça” uma punição severa, equipara àquela que é aplicada aos adultos, pois são tomados por um sentimento de injustiça. Sabendo de tal “clamor social” alguns Juízes e Tribunais tem deixado de lado princípios e garantias constitucionais e têm proferido decisões descabíveis e desproporcionais.

Não se pretendeu aqui defender um sistema de impunidades, tampouco pretendeu-se criar uma imagem de que os adolescentes em conflito com a lei são vítimas das mazelas sociais que não devem sofrer punições por seus atos e escolhas, mas apenas demonstrar que, embora tenham praticado uma conduta tida como ato infracional, não poderão sofrer sanções que visem meramente apresentar uma resposta à sociedade, pois devem ser entendidos como sujeitos de direitos, que gozam de direitos e garantias fundamentais.

REFERÊNCIAS

Ávila, H. *Teoria dos princípios - Da definição à aplicação dos Princípios Jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 4ª Ed., 2005.

ROSA, Alexandre Moraes da, LOPES, Ana Christina Lopes. *Introdução crítica ao ato infracional: princípios e garantias constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris LTDA, 2ª Ed., 2011.

MACIEL, K. R. F. L. A. *Curso de direito da criança e do adolescente*, Rio de Janeiro: Lumen Juris LTDA, 4 Ed., 2010.

COSTA, João Batista. *Direito Penal Juvenil - Adolescente e ato infracional – Garantias Processuais e Medidas Socioeducativas*. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

Em defesa do garantismo, juristas fazem manifesto contra ativismo judicial **CONSULTOR JURÍDICO**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-ago-29/defesa-garantismo-juristas-fazem-carta-ativismo-judicial/>>. Acesso em: 23 de abr.de 2019.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. O processo com instituição de garantia **CONSULTOR JURÍDICO**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-nov-16/eduardo-jose-costa-processo-instituicao-garantia/>>. Acesso em: 23 de abr.de 2019.

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

PANORÂM A DOS FUNDAMENTOS E CONSEQUÊNCIAS DA INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO.

Jhonnatan Ralyston Barcelos Ferreira Dos Santos¹

Diego Crevelin de Sousa²

RESUMO

A Instrumentalidade do Processo, de Cândido Rangel Dinamarco, é a teoria de maior destaque no ensino das universidades brasileiras e nos escritos doutrinários. Apesar dessa abrangência, grande parte dos acadêmicos não têm a visão mínima da teoria, devido à dinâmica de estudos e objetivos próprios, que não se alinham a pesquisa no âmbito da Teoria Geral do Processo. Dito isto, com a pretensão de contribuir para que a instrumentalidade do processo seja, de fato, examinada e refletida, o trabalho aborda pontos centrais da teoria do autor, organizados analiticamente em fundamentos e consequências. O referencial teórico utilizado foi DINAMARCO, 2000.

Palavras-chave: Instrumentalidade do Processo. Atuação Judicial. Fundamentos.

1 INTRODUÇÃO

A Instrumentalidade do Processo é a teoria processual que predomina nas cadeiras acadêmicas desde os anos 90, aproximadamente. Atualmente outra teoria, o garantismo processual, vem contrapondo-se à Instrumentalidade do Processo, promovendo um debate dialogal, sendo representado, entre outros, por Eduardo José

¹ Estudante do Curso de Direito nas Faculdades Integradas de Aracruz – FAACZ.

² Graduado em Direito pela Faculdade de Aracruz (2007). Pós Graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera-Uniderp em parceria com o IBDP - Instituto Brasileiro de Direito Processual (2012). Mestrando em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Membro efetivo da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro). Parecerista ad hoc da Revista Brasileira de Direito Processual (RBDPro). Professor do curso de direito das Faculdades Integradas de Aracruz-ES (FAACZ). Assessor judicial.

da Fonseca Costa, Diego Crevelin, Georges Abboud e Glauco Gumerato Ramos, este, precursor do tema em “terrae brasilis”.

Não estabelecemos um posicionamento entre uma ou outra teoria processual, mas tentamos contribuir para o debate da forma mais incipiente possível, demonstrando o que é a instrumentalidade do processo. Para isso, estruturamos o trabalho em três perguntas: (i) *O que é o direito na instrumentalidade do processo?* (ii) *Por que a instrumentalidade se coloca como adequada ao ordenamento brasileiro?* (iii) *Como se estrutura materialmente o processo para dar eficácia ao direito, na forma vista pela instrumentalidade?* Nossa reflexão descreve como a teoria instrumental responde esses três questionamentos. Os tópicos (i) e (ii) são, ao cabo, aspectos hermenêuticos fundamentais da própria Teoria do Direito.

Esperamos que, ao final, o mais calejado teórico possa revisitar a teoria e o acadêmico visualizar a instrumentalidade a partir dessas três perguntas, para a partir delas produzir suas reflexões e questionamentos teóricos.

2 TESES CENTRAIS DA INSTRUMENTALIDADE

A instrumentalidade do processo é uma teoria que se estrutura a partir de três teses centrais:

(i) A primeira tese tem nitidamente um corte de teoria de Estado, que possui uma nova feição, publicista-social, interventor e responsável pela realização dos interesses da sociedade. Esse fundamento atrai uma primeira consequência: a superação do sincretismo e da autonomia processual, por serem posturas individualistas e privatistas, não compatíveis com o novo modelo de Estado brasileiro, publicista-social. Em detrimento da ação e o processo como centro teórico do sincretismo e autonomia, respectivamente, na instrumentalidade, a centralidade é posta na categoria jurisdição.

(ii) A segunda tese é a constatação que o processo não possui um fim em si mesmo, ao contrário, é instrumento da jurisdição, devendo ser estudado a partir de um método teleológico, apto a cumprir três escopos concebidos: Social, Político e Jurídico.

(iii) Após a análise teleológica, definidos os escopos e posta a Jurisdição ao centro (visão externa do processo), a Teoria Geral do Processo deverá voltar-se para a reflexão do procedimento, devendo assegurar condições para o exercício da liberdade, o contraditório e a participação dos interessados no processo (visão interna do processo).

3 O DIREITO INSTRUMENTAL

3.1 Conteúdo da sentença: Mutações das normas constitucionais e legais; Normas substanciais e processuais. A justiça do Juiz.

O que é direito? O que pode ser direito? Quem pode fazer direito? O que é lei? Quem pode criar lei? Como poder ser lei ou direito? Essas são perguntas retóricas e que, intuitivamente, indicam duas referências analíticas: *a ideia de conteúdo do direito e da forma institucionalmente aceita para se tornar direito* (a noção de procedimentos e competências). Análise distintas, portanto. Com esses questionamentos, não pretendemos discutir o direito pelas posturas epistemológicas, mas estabelecermos um critério de pensamento para a avaliação da atuação do juiz instrumental.

Iniciamos daqui, porquê Dinamarco imputa ao magistrado duas funções gerais: estabelecer o conteúdo do texto legal (*atividade interpretativa - função processual antecedente*); e aplicar a lei ao caso concreto (*função processual concomitante à resolução do conflito*).

Em relação à atividade interpretativa do juiz, o autor suscita na sua obra a tendência metodológica do controle de constitucionalidade, porém com uma especificidade: antes de verificar o conteúdo das leis “ordinárias”, ao juiz é dado estabelecer o melhor sentido dos princípios da carta magna. Trata-se, portanto, de ato prévio, que não se

configura no controle de constitucionalidade, mas na determinação do que é, substancialmente, a constituição. Com efeito, a determinação do conteúdo passa a ser variado no tempo e espaço, aderente aos valores e condições sócio-cultural, mesmo que eventualmente inalterada a formulação verbal do texto. Essa é uma síntese da ideia de mutação constitucional, como vemos na seguinte fala:

“O processo que nos serve hoje há de ser o espelho e salvaguarda dos valores individuais e coletivos que a ordem constitucional vigente há de cultivar. Os princípios que ela inclui podem não ter no presente a mesma extensão e significado de outros tempos e regimes políticos, apesar de eventualmente inalterada a formulação verbal. O que há de perdurar nos princípios é a ideia mestra que cada um contém: e eles são sujeitos a variações histórico-culturais e políticas no tempo e no espaço, no tocante à sua extensão e interpretação que merecem dentro de cada sistema constitucional [...]” (DINAMARCO, 2000, p. 30).

A despeito dessa mutabilidade, o juiz possui total ingerência interpretativa e construção do conteúdo constitucional e, havendo disputa de valores, pode arbitrar o valor que deve prevalecer no caso concreto. Repisando, não se trata, ainda do controle de constitucionalidade, mas sim de determinação do conteúdo da constituição, *a priori da aplicação no litígio processual*.

Outro aspecto da ingerência conferida ao magistrado é a escolha do valor que melhor atenda ao seu senso de justiça. Esse controle de conteúdo normativo proposto possui seu limite no sentimento do juiz e a interpretação é o mecanismo que permite essa ingerência, pois “ao juiz cabe o papel de árbitro do equilíbrio das tensões sociais, que no processo se manifestam” (DINAMARCO, 2000, p. 294). Nesta passagem, o autor posta a indisponibilidade do sentido de justiça do juiz, perante o aparente sentido textual:

“Se o texto aparente apontar para uma solução que não satisfaça o seu senso de justiça, isso significa que provavelmente as palavras do texto ou foram mal empregadas pelo legislador, ou o próprio texto, segundo a *mens legislatoris*, discrepa dos valores aceitos pela nação no tempo presente. Na medida em que o próprio ordenamento jurídico lhe ofereça meios para uma interpretação sistemática satisfatória perante o seu senso de justiça, ao afastar-se das aparências verbais do texto e atender aos valores subjacentes à lei, ele estará fazendo cumprir o direito.” [...] (DINAMARCO, 2000, p. 294 e 295).

3.1 Apontamentos sobre o Direito à disposição do juiz.

Antes de sintetizar o que Dinamarco dispõe sobre o Direito em outras palavras, cabe alguns apontamentos.

Pensando em reduções conceituais, podemos definir o direito e a norma jurídica, quanto ao conteúdo, como sendo a *moral social institucionalizada*. Segundo Abboud, Carnio e Oliveira (2015), o direito pode ser definido como a justificação moral para a atividade estatal. Significa que determinado comportamento valorado como *certo* ou *errado*, *válido* ou *inválido*, só será justificável e legítimo, se imposto pelos mecanismos definidos nas normas jurídicas. (grifo nosso).

Voltando à instrumentalidade, afirmamos que, previamente ao controle de constitucionalidade pelo juiz, a teoria institui a pragmática instrumental da definição do conteúdo das normas constitucionais, tendo como vetor o sentido que melhor atenda aos valores morais sociais, mesmo que não institucionalizados, ou contrários ao aparente sentido e solução apontada pela lei.

Trata-se de um problema de um problema de *conteúdo* da aparência da lei, na medida em que a moral institucionalizada pela forma e competências previstas nas normas da nação, podem ser obsoletas, perante a moral vigente e não institucionalizada, captada pelo sentido do juiz. “Por isso é que, quando os Tribunais interpretam a Constituição ou a lei, eles somente canalizam a vontade dominante, ou seja, a síntese das opções axiológicas da nação.” (DINAMARCO, 2000, p. 33).

A respeito disso, o livro *Introdução à Teoria e Filosofia do Direito* aborda a problemática que conceitos de liberdade, democracia, etc. Igualdade (grifo nosso), não podem ser descritos sem uma carga valorativa, sendo que “o significado descritivo não pode ser removido da força valorativa porque o primeiro depende sempre do segundo desse modo particular”. (ABBOUD, CARNIO E OLIVEIRA, 2015, p. 193). Conceitos interpretativos como justiça, liberdade, igualdade, moralidade, boa-fé objetiva e função social podem ter qualquer atribuição de sentido e, fora da casuística determinada constitucional e legalmente, não há possibilidade de contestação do conteúdo a eles atribuídos.

Diferente das propostas de Ferrajoli e Dworkin, com seu garantismo e leitura moral da Constituição, em que os direitos e garantias fundamentais representam limitação conteudística às decisões judiciais, os valores na instrumentalidade permitem a alteração do conteúdo substancial do texto constitucional. Não mais o dever ser constitucional, mais o dever ser moral, mesmo contrariando as do constituinte e do legislativo representante do povo, porque o judiciário é o representante da nação. Assim:

"Assim inserido nas estruturas estatais do exercício do poder, o juiz é legítimo canal através de que o universo axiológico da sociedade impõe as suas pressões destinadas a definir e precisar o sentido dos textos, a suprir-lhes eventuais lacunas e a determinar a evolução do conteúdo substancial das normas constitucionais." (DINAMARCO, 2000, p. 294).

Dinamarco (2000) afirma que por outro lado, o juiz é independente para realizar os juízos axiológicos, não precisando aferrar-se nem mesmo às linhas jurisprudenciais, podendo estabelecer o seu conservadorismo ou a sua interpretação progressista, a depender da sua posição axiológica. Assim continua o autor:

"A relevância política da interpretação judicial mediante o processo revela-se, ainda, nas pressões sobre o legislador e sobre o próprio constituinte, no sentido de alterar os textos do direito positivo." (DINAMARCO, 2000, p. 294).

Mais do que uma visão de conteúdo, trata-se de uma posição de *poder* político conferido à jurisdição, para dar à lei valorações distintas das institucionalizadas pelo legislador. O juiz pode instituir as definições que atendam ao seu senso de justiça, à sua posição ideológica (porque possui independência política).

Independentemente do conteúdo, a instrumentalidade põe na conta do juiz o papel de institucionalizar a moralidade do *certo* e *errado*: portanto, a posição do autor é que o juiz possui a função *política* de dizer se o conteúdo aparente da lei é válido ou inválido, no confronto com a moral não institucionalizada. O controle de constitucionalidade instrumental é isso: o juiz tem liberdade para dizer o que é *o contraditório, o devido processo legal, a dignidade da pessoa humana*, da forma que melhor atenda ao seu sendo de justiça.

Finalizamos com uma das falas do autor, que posta o juiz como legislador dos interesses e valores ainda não institucionalizados:

“A ideia de *poder*, que está ao centro da visão moderna do direito processual, constitui assim fator de aproximação do processo à política, entendida como o processo de *escolhas axiológicas e fixação dos destinos do Estado*. ” (DINAMARCO, 2000, p. 83)

4 FUNDAMENTOS DA INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO (OS PORQUÊS)

4.1 A superação do sincretismo e da autonomia e o vento publicista.

O *porquê* primário da instrumentalidade como adequada ao ordenamento jurídico brasileiro se dá no nível da Teoria de Estado. Com efeito, estabelece como pano de fundo do processo o Estado contemporâneo ocidental com feição social, publicista-interventor responsável pelo destino dos seus cidadãos e bem-estar do seu povo, atuando por dever para a concretização dos fins da nação. Nas palavras do autor:

“Desempenha papel significativo, nesse contexto de tomada de consciência para o caráter público do direito processual e seus institutos, também a teoria geral do processo. Constitui poderoso fator de superamento dos resíduos privatistas de que imbuído o processo civil a unidade metodológica e conceitual que ela propõe.” (DINAMARCO, 2000, p. 52).

“De qualquer modo e apesar das vicissitudes e retardamentos apontados, o caráter público do processo hoje prepondera acentuadamente, favorecido pelo vento dos princípios constitucionais do Estado social intervencionista e pelo apuro técnico das instituições processuais.” (DINAMARCO, 2000, p. 53).

Posto o fundamento, a consequência prática é o afastamento das posturas metodológicas anteriores: o sincretismo e, mais recente, a autonomia processual (não no sentido de um abandono completo, mas de continuação das conquistas já realizadas).

Em apertada síntese, o sincretismo é a postura metodológica que identifica (unifica) a relação de direito material e processual, define a ação como o direito subjetivo lesado e centro da teoria, ao passo que a autonomia identifica sujeitos, pressupostos e objetos distintos da relação substancial, colocando o processo como centro, com caráter abstrato e feição própria.

A instrumentalidade, por sua vez, parte da constatação de que as posturas anteriores, por serem individualistas e adequadas às sociedades com ideologia liberal-privatista, não atendem às exigências do novo modelo de Estado ocidental contemporâneo, de caráter publicista-social. Nas palavras do autor, “*o processo do estado liberal não pode sobreviver nos regimes socialistas, nem deve estar mais presente no Estado ocidental contemporâneo, de cunho social*”.

O legislativo, a dogmática processual e a pragmática judiciária devem observar essa mensagem da superação do privatismo, que corresponde ao abandono da postura meramente gnosiológica da autonomia processual, com natureza e objetivos puramente técnicos. Conforme:

“Não só a lei tende a dar-lhe expressamente esse poder, como ainda a consciência dos juízes vai se amoldando a essa tendência publicista e instrumental: sem contar a grande dose de liberdade investigatória praticada pelo juiz penal, mesmo o civil tende a sair da indiferença instrutória, especialmente em causas relacionadas com o direito de família, onde maior é a projeção ultrapartes dos efeitos da sentença e, portanto, menor a disponibilidade do direito substancial.” (DINAMARCO, 2000, p. 55)

Outra implicação prática desse posicionamento é a necessidade de afastamento ou aproximação do princípio dispositivo: imperaria o princípio inquisitivo, herança do publicismo processual? Impende-nos então, verificar a extensão do princípio inquisitivo na instrumentalidade, podendo ser vislumbrada três possibilidades: *princípio inquisitivo puro* (o processo penal autoritário) ou *inquisitivo mitigado pelo procedimento*. A esta reflexão retornaremos, quando falarmos de como o processo se projeta para concretizar os fundamentos da instrumentalidade, antecipando, porém, que o autor não posta seu posicionamento entre um ou outro princípio, mas propõe uma mitigação entre ambos, conforme será demonstrado.

4.2 O método teleológico da instrumentalidade. Escopos: social, jurídico e político

O segundo *porquê* da instrumentalidade constitui novamente, consectário lógico do fundamento político assumido pelo autor. A jurisdição e o processo têm seu conceito e extensão definidos a partir da noção do publicismo como política imperante e,

portanto, da inserção no quadro político-social da nação, com reflexos para além da individualidade do processo, projetando-se as decisões em toda sociedade.

Se a autonomia propunha uma feição introspectiva, com fim em si mesmo, a instrumentalidade coloca o processo a serviço dos fins da jurisdição (que são os fins da sociedade a que pertencem). Pensar de forma contrária, afirma o autor, “é negar a potencialidade política da jurisdição e sua inserção no universo da sociedade, não conferindo conteúdo substancial ao processo como instrumento”.

Aceito que o processo é instrumento, o processualista deve orientar-se por uma estrutura metodológica inicial, o estudo do processo a partir de um caráter teleológico, que consiste na “fixação dos escopos do processo ou seja, dos propósitos norteadores da sua instituição e das condutas dos agentes estatais que o utilizam”. (DINAMARCO, 2000, p. 149). É destacado, porém, que a atividade investigativa deve estar atenta ao fato de que os fins não são eternos, em função variantes histórico-políticas no espaço e no tempo. Vejamos:

Inexiste estabilidade histórica quanto aos fins do Estado: cfr. Dallari, nn 48-49, pp. 90 ss. Dos “fins limitados” do Estado Liberal passou-se à expansão dos fins, hoje sintetizados na fórmula bem-comum, no Estado social contemporâneo. Naturalmente, outro é o telos reconhecido, proclamado e tomado por base das instituições políticas e jurídicas, nos Estados socialistas. (DINAMARCO, 2000, p. 150).

A teoria estabelece três escopos do processo: social, político e jurídico.

O escopo social é o objetivo do Estado em organizar a vida em sociedade, traduzindo-se em dois aspectos: *a pacificação com justiça e educação para o exercício dos direitos*. A pacificação é levada a efeito por um dado forte: a reiteração das decisões estatais que eliminam a insatisfação causada pelo conflito. Por sua vez, a educação para o exercício dos direitos ocorre quando, “na medida em que a população confie em seu Poder Judiciário, cada um de seus membros tende a ser mais zeloso dos seus próprios direitos e se sente mais responsável pela observância dos alheios”. (DINAMARCO, 2000, p. 162).

O escopo político tem uma forte noção material do processo. Estabelecidos os escopos, “é preciso definir o modo pelos quais o poder é predisposto a influir politicamente”. (DINAMARCO, 2000, p. 168). Três elementos da ciência política são conjugados no escopo político: o *poder*, revestido na necessidade geral que o Estado tem de impor as suas decisões e atos, a fim de organizar a vida na sociedade; a *liberdade*, como elemento limitador do poder e do seu exercício; e por último, a *participação*, como direito dos cidadãos de participar das decisões.

O *escopo jurídico* diz respeito às relações entre processo e direito, desenvolvendo-se em dois sentidos: o primeiro traduz o processo é ditado por normas disciplinadoras do exercício da jurisdição, enquanto o segundo confere que as normas processuais concorrem para a vida para a conformação do direito substancial – “normas e princípios que atribuem bens da vida às pessoas, disciplinam condutas e ditam a organização da convivência social”. (DINAMARCO, 2000, p. 181).

4.3 Apontamentos Sobre os Escopos

A pragmática instrumental confere ao juiz o poder-dever de investigar os fins sociais e atuar a significação das normas processuais e substanciais à concretização desses fins.

Demonstrados os escopos, cabem alguns apontamentos reflexivos: Quais os fins do estado brasileiro? Esses são mutáveis ou imutáveis? Em caso de mutáveis, a quem é conferida a legitimidade para estabelecer a alteração? Esses são aspectos fundamentais da teoria política e ciência política, ao mesmo tempo em que apêndice da teoria instrumental.

Aceitando acriticamente o posicionamento do autor de que os fins são imutáveis, a legitimidade da jurisdição ainda passa pelo crivo da seguinte afirmação: considerar o juiz como agente legítimo a “investigar os fins” – e alterá-los, se as condições históricas- sociais sofrerem alterações – pressupõe a aceitação da jurisdição como autônoma e desvinculada dos fins instituídos pelo legislativo, mecanismo jurídico para definição institucional dos fins.

Concluindo, a instrumentalidade confere ao juiz o poder de estabelecer o conteúdo das normas de acordo com os escopos definidos; e o poder de definir os escopos.

5 A ESTRUTURA MATERIAL DO PROCESSO INSTRUMENTAL

A estrutura material do processo instrumental é o ponto final da teoria, o lugar onde todas as premissas dispostas ganham efetividade.

A jurisdição é colocada ao centro da teoria processual, com uma conotação nitidamente política, inserindo-se na vida social da nação. Com efeito, o processo, como instrumento, “é a disciplina do exercício do poder estatal pelas formas do processo legalmente instituídas e mediante a participação do interessado ou dos interessados.” (DINAMARCO, 2000, p. 334). São três elementos acima, portanto: o poder, a legalidade e a participação. O autor esboça o poder como primeiro elemento do exercício do processo:

“Prestabelecidos os fins do Estado, ele não dispensa o poder para caminhar na direção deles; e, precisando exercer o poder, precisa também o Estado-de-direito estabelecer as regras pertinentes, seja para endereçar com isso a conduta dos seus numerosos agentes (no caso, os juízes), seja para ditar condições limites e formas de exercício de poder. Em torno deste, portanto (no caso, em torno da jurisdição) é que gravitam os demais institutos do direito processual e sua disciplina” (DINAMARCO, 2000, p. 78)

E depois estabelece que existem limitações ao exercício desse poder, ao afirmar que além do veto ao exercício espontâneo da jurisdição, “limitações generosas e de grande alcance político são também aquelas inerentes à garantia do juiz natural, do contraditório, ampla defesa, isonomia”. (DINAMARCO, 2000, p. 80)

Se o juiz possui o poder-dever de definir o conteúdo do texto constitucional, nada mais natural do que este se desamarrar das formalidades rígidas instituídas pelo legislador, pois, repisando, o processo não possui um fim em si mesmo, mas é legítimo em que tenha capacidade de cumprir os fins preestabelecidos pelo juiz. Desta forma é instituída a legalidade:

Isso não significa, também, que a estrita legalidade dos atos do processo seja uma inerência do Estado-de-direito, nem que seja conveniente para os bons resultados do processo. A liberdade das formas, deixada ao juiz entre parâmetros razoavelmente definidos e mediante certas garantias fundamentais aos litigantes é que, hoje, caracteriza os procedimentos mais adiantados. (DINAMARCO, 2000, Op. 128)

[...]

A ampla liberdade formal, estabelecida lá e defendida aqui, não é limitada, nem abre campo ao arbítrio. A ruptura de velhos hábitos, nessa preconizada mudança de mentalidade proposta na revolucionária lei especial, pretende demolir somente a estrutura formal do processo tradicional, para não imolar princípios, mas justamente para oferecer melhores condições à sua plena realização. O juiz *criará* modos de tratar a prova, de colher a instrução ou de sentir as pretensões das partes: interrogá-las-á livremente, dialogará com elas e permitirá o diálogo entre elas ou delas com as testemunhas; visitará o local dos fatos, ou examinará coisas trazidas com sinais ou vestígios de interesse para a instrução; [...] (DINAMARCO, 2000, p. 129)

Percebemos que, na estrutura processual o juiz é duplamente livre: (i) é livre para atuar no procedimento instrutório. Isso diz respeito aos próprios fatos que as partes têm a pretensão de trazer como verdade do processo. Mas não só isso: (ii) é livre para estabelecer o próprio procedimento, para legislar os critérios e padrões da sua própria atuação.

O juiz, investido por critérios estabelecidos na ordem constitucional e mediante as formas que a lei institui, é também um agente político do Estado, portador do poder deste e expressão da democracia indireta praticada nos Estados ocidentais contemporâneos. Inexiste razão para enclausura-lo em cubículos formais do procedimento, sem liberdade de movimentos e com pouquíssima liberdade criativa. (DINAMARCO, 2000, p. 128)

Por sua vez, o que legitima e torna esse modelo de procedimento democrático é o contraditório, não no sentido de poder, mas de participação dos destinatários do poder estatal. As partes não exercem o poder no processo, mas apenas participam do poder exercido pelo titular Estado. Sendo assim, o juiz é apto a criar o procedimento probatório e cognitivo, a produzir as provas e só estar satisfeito quando o seu sendo de justiça estiver satisfeito.

Em síntese, a ação é o mecanismo disposto no sistema para suscitar a ação da jurisdição, a defesa o meio de refutação do fato acusado, o processo o instrumento para o exercício do poder e a jurisdição o próprio poder

6 CONCLUSÃO

A instrumentalidade do processo suscita alguns pontos de interrogação. Estamos realmente em um Estado social, ou temos uma espécie de constituição híbrida, que trabalha posturas de sístole e diástole, em direitos de primeira e segunda geração, respectivamente? Ao invés do juiz, utilizar as regras constitucionais casuísticas, conceitos abertos como acesso à justiça possuem alguma possibilidade de controle conteudístico? Em um estado constitucional, a constituição deveria servir como limitação: sendo assim o juiz deve possuir total ingerência sobre o conteúdo do texto constitucional?

O que fica claro é que a teoria aponta uma função de *poder político* à instrumentalidade, com capacidade para estabelecer e impor vetores morais, pelo poder, pela constância, sendo o processo um instrumento também moldável pelo juiz, ao seu dispor e gosto.

Ademais, o processo é aquilo que o juiz diz que é, podendo as provas serem produzidas ao seu alvitre e à sua consciência, e o procedimento é maleável ao dispor dos fins que ele dispõe?

A partir dessas constatações, propomos que o leitor reflita se a moral possui autonomia frente ao direito, se as instituições sociais suplantam as decisões postas pela forma e procedimento institucionalizados e se os procedimentos não constituem limites à jurisdição, mas instrumento dessa.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ABBOUD, G.; CARNIO, H. G.; OLIVEIRA, R. T. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DINAMARCO, Cândido R.. **A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO**. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2000.

A TAXATIVIDADE DO ARTIGO 1.015 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Aluna: Lívia Torezani Campos¹

Professor Orientador: Diego Crevelin de Sousa²

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar uma das principais mudanças no capítulo de recursos do Código de Processo Civil, qual seja, agravo de instrumento. Cediço que ao longo das modificações sofridas, o agravo de instrumento manteve poucas características que lhe eram peculiares. O atual dispositivo contém um rol taxativo, entretanto essa característica não impossibilita o recurso das questões não mencionadas. Diante das possibilidades levantadas pela doutrina é necessária análise detalhada de cada ponto defendido por diferentes autores. Em primeiro lugar estarão dispostas as principais críticas ao artigo, seguindo da distinção entre taxativo e exemplificado, posteriormente examinando-se a compatibilidade da interpretação extensiva com um rol taxativo, bem como a observância das distinções entre a analogia e interpretação extensiva. Por fim, é analisada a possibilidade da impetração de mandado de segurança contra interlocutória não agravável.

Palavras-chave: Código de Processo Civil. Agravo de instrumento. Taxatividade. Interpretação extensiva. Mandado de segurança.

¹Estudante de Graduação do Curso de Direito das Faculdades Integradas de Aracruz, Estado do Espírito Santo. E-mail: livia.tm@hotmail.com

² Graduado em Direito pela Faculdade de Aracruz (2007). Pós Graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera-Uniderp em parceria com o IBDP - Instituto Brasileiro de Direito Processual (2012). Mestrando em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Membro efetivo da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro). Parecerista ad hoc da Revista Brasileira de Direito Processual (RBDPro). Professor do curso de direito das Faculdades Integradas de Aracruz-ES (FAACZ). Assessor judicial.

INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil limitou a recorribilidade imediata das decisões interlocutórias, tendo extinguido o agravo retido e restringido o cabimento do agravo de instrumento, possuindo, portanto, caráter taxativo.

Entretanto, as decisões interlocutórias não recorríveis por agravo de instrumento não serão tecnicamente irrecorríveis, apenas passarão a ser impugnáveis em momento distinto, qual seja, quando da apresentação de recurso de apelação e contrarrazões ao recurso, previsto no artigo 1.009, §1º do Código de Processo Civil. Insta destacar, nesse momento, que tais decisões não estarão cobertas pela preclusão.

Diante das restrições contidas no artigo analisado, a doutrina vem propondo soluções para que a parte não seja prejudicada em hipóteses que necessitem de revisão imediata.

Surgiram então, três correntes, quais sejam: (i) a de que o rol é exemplificativo, admitindo hipóteses não previstas; (ii) a de que o rol é taxativo, mas permite interpretação extensiva; (iii) a de que o rol é taxativo e não permite interpretação extensiva, sendo cabível mandado de segurança nas hipóteses não mencionadas, que serão analisadas a seguir.

PRINCIPAIS CRÍTICAS AO ART. 1015 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Em primeiro plano, cumpre mencionar que, em breve comparação às mudanças ocorridas ao longo dos Códigos de Processo Civil, o agravo de instrumento é o recurso em que mais ocorreram alterações.

Cediço que o agravo de instrumento era gênero no Código antecedente, do qual era composto por duas espécies, agravo retido e agravo de instrumento. É bem verdade que, com argumentos voltados à duração razoável do processo, o cabimento do

agravo de instrumento foi sendo inevitavelmente reduzido, como acontecera com a aderência da Lei nº 11.187/05.

Cumprido observar, nesse momento, que tal dispositivo assegurava que seria cabível o agravo de instrumento somente quando se tratasse de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação. A partir de então, agravo retido passou a ser regra e agravo de instrumento exceção.

Diante de várias mudanças significativas, o Código de Processo Civil de 2015, trouxe a extinção do agravo retido e a instituição de um rol de decisões interlocutórias sujeitas à interposição do agravo de instrumento.

Entre inúmeras divergências, a questão chegou ao STJ e no julgamento do Resp. 1.704.520, atuando como *amicus curie*, brilhantemente a Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro) tratando acerca do regime do Agravo de Instrumento, destacou que:

No ponto, a grande diferença consiste em que: enquanto o legislador reformador do CPC/73 empregou uma técnica legislativa tipológica; o legislador do CPC/15, na contramão da história e de forma um tanto quanto esquizofrênica (pois em outros temas abusa das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados), empregou uma técnica casuística quanto às hipóteses de cabimento do agravo de instrumento na fase de conhecimento, aproximando o regime do agravo do CPC/2015 muito mais do regime do CPC/39 do que do CPC/73.

Ainda que diante de um rol tão específico, as decisões que não comportam o recurso de agravo de instrumento não estarão sujeitas à preclusão, podendo a parte renovar esta discussão em preliminar do recurso de apelação ou contrarrazões de apelação, conforme art. 1.009, § 1º do CPC/15.

Oportuno se toma a dizer que as hipóteses de decisões interlocutórias previstas expressamente no artigo 1.015 do Código de Processo Civil, deixam evidente a taxatividade que o artigo em discussão comporta.

DISTINÇÃO DE TAXATIVO E EXEMPLIFICATIVO

Em princípio, convém ponderar que há uma diferença conceitual do que se conhece por taxativo e de igual sorte exemplificativo. O rol taxativo não admite contestação, em outras palavras, as hipóteses listadas são definitivas, conhecidas como *numerus clausus*.

Por outro lado, o rol exemplificativo admite extensão, sendo que não somente as hipóteses listadas possam ser compreendidas, bem como as similares àquelas, conhecidas como *numerus apertus*.

Nesse diapasão, conclui-se pela desconsideração, da segunda possibilidade, aquela na qual o rol inserido no artigo 1.015 é considerado apenas exemplificativo, fazendo com que os incisos desempenhem uma única função, qual seja, de auxiliares, podendo ser substituídos por hipóteses similares, representando inegável insegurança jurídica com relação à preclusão das questões. Em outras palavras, se assim fosse, não poderíamos saber ao certo quais as decisões que precluem imediatamente e as que não precluem.

Em consonância com o mencionado, Fredier Didier Júnior e Leonardo Carneiro da Cunha³ destacam que

as decisões interlocutórias agraváveis, na fase de conhecimento, sujeitam-se a uma taxatividade legal. Assim, somente são impugnadas por agravo de instrumento as decisões interlocutórias relacionadas no referido dispositivo. Para que determinada decisão seja enquadrada como agravável, é preciso que integre o catálogo de decisões passíveis de agravo de instrumento. Se somente a lei pode criar recursos, apenas são recorríveis as decisões que integram um rol taxativo previsto em lei.

Por todo o exposto, estamos diante de um rol taxativo, uma vez que advém do princípio da legalidade, segundo o qual só são recursos àqueles estabelecidos por lei federal, corroborando a doutrina pátria, que firma-se majoritariamente quanto à taxatividade.

³ DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 3, 10ª ed. rev. ampl. atual. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 208 e 209.

COMPATIBILIDADE ENTRE TAXATIVIDADE E INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA

Cumpra observar preliminarmente que no ordenamento jurídico brasileiro existem três tipos de interpretação: especificadora, restritiva e extensiva. Conforme as palavras do nobre Tércio Sampaio Ferraz Jr., a interpretação especificadora parte do pressuposto de que o sentido da norma cabe na letra de seu enunciado, não sendo necessária sua extensão, sequer sua restrição. Já a interpretação restritiva ocorrerá toda vez que se limita o sentido da norma, não obstante a amplitude de sua expressão literal. Por fim, a interpretação extensiva amplia o sentido da norma para além do contido em sua letra, trataremos com mais ênfase nessa última.

Como alerta Umberto Eco, “existe um sentido dos textos, ou melhor, existem muitos, mas não se pode dizer que não exista nenhum ou que todos sejam igualmente bons. Falar dos limites da interpretação significa apelar para um *modus*, ou seja, para uma medida” (1995, p. 34).

Tratando-se da interpretação extensiva, assim explica Miguel Teixeira de Sousa¹ que

é uma interpretação *praeter litteram*: a dimensão pragmática da lei vai para além da sua dimensão semântica. Na interpretação extensiva, há casos não abrangidos pela letra da lei que também devem ser atingidos pela regra a inferir da lei, pelo que nela o mundo é mais amplo do que aquela letra.

Segundo Fredie Didier Junior e Leonardo Carneiro Cunha, a taxatividade não é incompatível com a interpretação extensiva, embora taxativas as hipóteses de decisões agraváveis, é possível a interpretação extensiva de cada um de seus tipos (2015, p. 209).

Parafraseando o mestre Carlos Frederico Bastos Pereira², é coerente defender pela absoluta possibilidade de interpretar extensivamente o rol elencado no artigo 1.015. Todavia, a afirmação de que é cabível interpretação extensiva não abre precedente para

¹ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Introdução ao direito*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2013, p. 375.

² PEREIRA, Carlos Frederico Bastos, *Interpretação extensiva, analogia e o rol do artigo 1.015 do Código de Processo Civil*, Revista de Processo, vol. 282/2018, Revista dos Tribunais Online, 2018, p. 5.

afirmar que o rol é exemplificativo, continua sendo taxativo, a interpretação apenas delimita o alcance das hipóteses previstas em cada inciso.

Ademais, cabe mencionar que a afirmativa de possibilidade de extensão da interpretação, não pode dar margem para uma *superinterpretação* das hipóteses.

A *superinterpretação*³ seria uma leitura inadequada de um texto. Ela caracteriza-se pela imposição da vontade do leitor, que desrespeita a intenção do texto, ao violar a sua coerência ou, então, ultrapassar seus limites semânticos, apoderando-se de seu sentido.

DIFERENÇA ENTRE INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA E ANALOGIA

A experiência tem demonstrado que, não raras vezes, na discussão acerca do artigo 1.015, estão sendo utilizados os conceitos de interpretação extensiva e analogia como sendo institutos idênticos.

A diferença entre as técnicas é assim explicada por Ferraz Junior⁴:

Não há acordo nem entre os juristas nem entre lógicos sobre uma definição uniforme de analogia. Em geral, fala-se em analogia quando uma norma, estabelecida com e para determinada *facti species*, é aplicável a conduta para a qual não há norma, havendo entre ambos os supostos fáticos uma semelhança. [...] O uso da analogia, no direito, funda-se no princípio geral de que se deva dar tratamento igual a casos semelhantes. [...] Na interpretação extensiva, partimos de uma norma e a estendemos a casos que estão compreendidos explicitamente em sua letra ou explicitamente em seu espírito. Na analogia e na indução amplificadora o caso é omissivo, tanto na letra, quanto no espírito de qualquer norma do ordenamento.

Ilustrando, na analogia haverá uma transferência de consequência jurídica de um caso perfeitamente regulado pelo ordenamento para outro não regulado, tendo em vista suas semelhanças e peculiaridades entre características essenciais.

³ TRINDADE, André Karam, *Umberto Eco e o desrespeito ao texto nas superinterpretações do Supremo*. Publicado no Consultor Jurídico. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2016-fev-27/umberto-eco-desrespeito-texto-superinterpretacoes-stf>>. Acesso em: 06 ago. 2018.

⁴ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 264 a 266.

Por outro lado, na interpretação extensiva, a partir dos contornos semânticos definidos, poderá se estender as hipóteses previstas em algum dispositivo legal do ordenamento jurídico.

Interpretando Carlos Frederico Bastos Pereira, é sabido que

quanto ao critério de aplicação, a analogia poderá ser utilizada quando for identificada lacuna no ordenamento e quando houver identificação de um dispositivo que comporte semelhanças com os elementos relevantes. Já a interpretação extensiva não pressupõe uma lacuna, ou seja, a fonte normativa aplicável ao caso existe, tendo necessidade de ampliar seu alcance.

De fato, a diferença entre analogia e interpretação extensiva interfere na análise das hipóteses elencadas no artigo 1.015, podendo concluir, através desse estudo, que não será possível a analogia do dispositivo.

Nas palavras de Lenio Streck e Diego Crevelin⁵, “inexiste incompatibilidade, em abstrato, entre rol taxativo e interpretação extensiva. Pelo contrário, casos há em que essa relação é imperativo lógico. Daí o artigo 1.015, CPC, possuir rol taxativo e ser lícita a sua interpretação extensiva”.

Sendo assim, conclui-se, por todo exposto, pela viabilidade de interpretação extensiva do rol taxativo contigo no referido dispositivo.

⁵ STRECK, Lenio Luiz; SOUSA, Diego Crevelin de. *No STJ, taxatividade não é taxatividade? Qual é o limite da linguagem?*. Consultor Jurídico, 2018. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-ago-07/stj-taxatividade-nao-taxativa-qual-limite-linguagem>>. Acesso em: 07 ago. 2018.

POSSIBILIDADE DO MANEJO DE MANDADO DE SEGURANÇA PARA HIPÓTESES NÃO CONTEMPLADAS PELA INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA

Evidentemente, não há uma palavra final interpretativa acerca do rol previsto no artigo 1.015, havendo apenas possibilidades levantadas por diversos doutrinadores.

Diante de inúmeras teses, vem tomando força o argumento de que é cabível o manejo de mandado de segurança, em razão da ausência de recurso imediato contra decisão interlocutória que não tenha sido abordada no artigo ou que não possa ser interpretada extensivamente.

O mandado de segurança é ação constitucional de natureza civil, previsto no artigo 5º, LXIX da Constituição Federal, que protege direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Nesse sentido, leciona Pablo Freire Romão que

a ausência de recorribilidade imediata das interlocutórias não previstas no artigo 1.105, pode ensejar a impetração de mandado de segurança. Todavia, seu cabimento não é automático, ou seja, não é toda interlocutória não agravável que é suscetível de mandado de segurança. Isso porque não se trata de decisão irrecorrível, porquanto impugnável em sede de apelação ou contrarrazões.

É preciso destacar o fato de que para ser manejado mandado de segurança, deverá ser observado um dos pressupostos de admissibilidade de tal remédio, qual seja, a inexistência de recurso em face da decisão pretendida. Sendo assim, poderá ser manejado mandado de segurança quando contra a decisão não existir qualquer recurso cabível.

Insta destacar que de acordo com o art. 1009, §1º, será a apelação o recurso cabível quando da necessidade de impugnar as decisões interlocutórias que não são passíveis de agravo de instrumento. Ou seja, até o momento, o mandado de

segurança seria inviável, tendo em vista que faltaria um dos pressupostos de admissibilidade, não possuindo interesse de agir.

Entrementes, é notório o fato de que, não poderá haver a recorribilidade naquele instante, o que autorizaria a impetração de mandado de segurança face a necessidade de recorrer imediatamente àquelas hipóteses não elencadas no artigo ou não atingidas pela interpretação extensiva.

Não é mansa e pacífica a questão como se percebe no julgamento do agravo de instrumento 2187603-32.2016.8.26.0000, ocorrido em 13/12/2016, tendo sido relator o Desembargador Carlos Alberto Garbi, a 10ª. Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu que:

AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA DECISÃO QUE VERSA SOBRE COMPETÊNCIA. ROL TAXATIVO. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA.

1. Com a revogação do Código de Processo Civil de 1973, promovida pela Lei nº 13.105/2015, o agravo de instrumento passou a ter cabimento apenas nas hipóteses expressamente elencadas pelo legislador. Portanto, não se enquadrando a decisão agravada nas hipóteses de decisões interlocutórias agraváveis previstas no art. 1.015 do NCPC, não deve ser, como regra, conhecida a pretensão da agravante.

2. Todavia, conquanto se reconheça a dificuldade do legislador na formulação de um rol taxativo das decisões imediatamente recorríveis mediante interposição de agravo, de modo a atender a celeridade e efetividade do processo, o diferimento da impugnação de outras interlocutórias não previstas, hoje, dentre as hipóteses do art. 1.015 do CPC de 2015, pode resultar em verdadeira preclusão de determinadas matérias. Daí porque a doutrina tem defendido, com veemência, a compatibilidade entre a taxatividade legal das hipóteses de cabimento de agravo e sua interpretação extensiva para abarcar, por analogia, outras situações semelhantes àquelas idealizadas pelo legislador, permitindo, assim, a adequação sistêmica e a colmatação de determinadas lacunas do Novo Código nesse ponto.

3. Como se verifica, o art. 1.015 do CPC não prevê dentre as decisões recorríveis por agravo de instrumento aquelas que versam sobre competência. Sucede que, por motivos óbvios, não há proveito em se relegar ao momento do julgamento da apelação a apreciação de tal matéria pelo Tribunal. Não obstante o novo Código estabeleça a “possibilidade” de aproveitamento dos atos praticados por juízo incompetente, a necessidade de renovação daqueles porventura declarados nulos apenas na apelação caracterizará, à evidência, séria afronta aos princípios da economia e da celeridade processual.

4. Dessa forma, seja para assegurar a coerência do ordenamento, com o tratamento igual à situações semelhantes, seja para impedir o uso do mandado de segurança como sucedâneo recursal, justifica-se seja dada interpretação extensiva ao art. 1.015, inc. III, do CPC, para admitir a impugnação das decisões interlocutórias que versarem sobre competência pela via do agravo de instrumento, assim como outras que podem causar

prejuízo irreversível no julgamento da apelação.5. Recurso que deve ser conhecido.

Evidentemente, se há grave lesão a direito líquido e certo, cabe mandado de segurança, uma vez que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito, conforme prevê o artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Cabe destacar enunciado nº 103, aprovado em outubro de 2015 pelo Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, *in verbis*:

A decisão parcial proferida no curso do processo com fundamento no art. 487, I, sujeita-se a recurso de agravo de instrumento. (*Grupo: Sentença, Coisa Julgada e Ação Rescisória; redação revista no III FPPC-Rio*).

Por todo exposto, não há dúvidas que a questão será amplamente discutida.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo buscou diferenciar o que vem a ser taxativo de exemplificativo, trazendo a baila discussão pertinente quanto à possibilidade de interpretação extensiva do rol, chamando atenção para a diferença da técnica conhecida como analogia, finalizando com o estudo da possibilidade do manejo de mandado de segurança.

Pudemos chegar às seguintes conclusões:

- 1) O rol do art. 1015 é taxativo (*numerus clausus*);
- 2) É perfeitamente admissível interpretação extensiva, de forma a delimitar o alcance das hipóteses previstas no artigo, excetuadas as *superinterpretações*;
- 3) Interpretação extensiva e analogia são técnicas distintas, não sendo cabível analogia no rol do art. 1015;
- 4) Evidentemente, respeitados os requisitos necessários, é coerente o manejo de Mandado de Segurança nas hipóteses não contempladas pela extensão interpretativa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 3, 10ª ed. rev. ampl. atual. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 208 e 209.

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*, v. 2. 1ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MELLO, Rogerio Licastro Torres de; RAMOS, Fabiana Souza; BONAGURA, Anna Paola; MONTANS, Renato. *O agravo de instrumento e o rol do art. 1.015 do novo CPC: taxatividade?*. Migalhas, 2016. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI235291,81042-O+agravo+de+instrumento+e+o+rol+do+art+1015+do+novo+CPC+taxatividade>>. Acesso em: 25 jan. 2018.

NASCIMENTO JUNIOR, Tadeu Jose de Sa. *O Agravo de Instrumento no Novo CPC* JusBrasil, 2016. Disponível em <<https://sanascimentojunior.jusbrasil.com.br/artigos/213174732/o-agravo-de-instrumento-no-novo-cpc-com-quadro-comparativo>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 1ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PEREIRA, Carlos Frederico Bastos, *Interpretação extensiva, analogia e o rol do artigo 1.015 do Código de Processo Civil*, Revista de Processo, vol. 282/2018, Revista dos Tribunais Online, 2018, p. 5.

ROMÃO, Pablo Freire. *Taxatividade do rol do artigo 1.015, do novo Código de Processo Civil: Mandando de Segurança como sucedâneo do Agravo de Instrumento?*. Publicado na Revista Themis. Disponível em: <<http://http://revistathemis.tjce.jus.br/index.php/THEMIS/article/viewFile/504/506>>. Acesso em: 10 fev. 2018.

SOUSA, Miguel Teixeira de. *Introdução ao direito*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2013, p. 375.

STRECK, Lenio Luiz; SOUSA, Diego Crevelin de. *No STJ, taxatividade não é taxatividade? Qual é o limite da linguagem?*. Consultor Jurídico, 2018. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-ago-07/stj-taxatividade-nao-taxativa-qual-limite-linguagem>>. Acesso em: 07 ago. 2018.

TRINDADE, André Karam, *Umberto Eco e o desrespeito ao texto nas superinterpretações do Supremo*. Publicado no Consultor Jurídico. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2016-fev-27/umberto-eco-desrespeito-texto-superinterpretacoes-stf>>. Acesso em: 06 ago. 2018.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lucia Lins; RIBEIRO; Leonardo Ferres da Silva; e MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2016, p. 1614.

DIREITO PROCESSUAL PENAL

A APLICABILIDADE DOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO NO INQUÉRITO POLICIAL

Janiny Mathias Souza¹

Gracimeri Vieira Soeiro De Castro Gaviorno²

RESUMO

O presente trabalho visa dissertar sobre a aplicabilidade ou não dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório no procedimento administrativo denominado inquérito policial, observando sempre os direitos e garantias fundamentais, mesmo diante de um procedimento inquisitivo e acusatório, visando uma abordagem garantista, respeitando ao Estado democrático de direito conforme a doutrina, jurisprudência e principalmente a Lei no âmbito penal.

Palavra Chave:Garantismo. Ampla Defesa. Contraditório. Inquérito Policial.

1 INTRODUÇÃO.

O inquérito policial por se tratar de um procedimento administrativo, vem sendo amplamente debatido sobre a aplicabilidade dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório em sede do inquérito policial brasileiro, através de seus conceitos, natureza jurídica e finalidade, haja vista as divergências do referido tema tanto na doutrina, bem como na jurisprudência pátria.

O Estado tem buscado minimizar os danos causados por infratores, atuando de forma preventiva e repressiva sendo necessário um procedimento investigativo capaz de embasar a persecução criminal na tentativa de alcançar a punibilidade dos agentes que infringem o ordenamento jurídico.

¹ Graduanda em Direito pelas Faculdades Integradas de Aracruz – FAACZ.

²Doutora em Ciências Jurídicas e Sociais, Mestre em Direitos e garantias fundamentais; Especialista em Segurança Pública e em Processo Civil, delegada de polícia e professora do curso de Direito das Faculdades Integradas de Aracruz – FAACZ.

Neste desiderato, surge o Inquérito Policial, que será conceituado no primeiro capítulo deste trabalho, já que foi elencado nos Arts. 4º a 23 do Código de Processo Penal, com o fito de apurar a indícios de materialidade e autoria nas infrações penais.

Serão abordados os princípios constitucionais no procedimento será tratada no segundo capítulo deste trabalho, onde serão abordados a ampla defesa e o contraditório.

No terceiro capítulo exposto a conclusão sobre a aplicação ou não dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório perante o inquérito policial.

2 INQUÉRITO POLICIAL

Como regra o inquérito é a fase pré-processual, onde é instaurado um procedimento administrativo inquisitório pela autoridade policial, cuja finalidade é obter informações referentes à materialidade e autoria do delito.

Neste contexto, Paul Rangel (2016) tem o entendimento que mesmo o Código de Processo Penal não sendo claro o que vem a ser o inquérito policial nem seu objetivo, conceitua do seguinte modo “Inquérito policial, assim, é um conjunto de atos praticados pela função executiva do Estado como escopo de apurar a autoria e materialidade (nos crimes que deixam vestígios- delictafactipermanentis)”.

Desta feita, a partir do momento que é cometido um delito o Estado inicia o procedimento administrativo, onde começam as investigações policiais afim apurar a autoria e materialidade do crime para o oferecimento ou não da denúncia pelo órgão Ministério Público na pessoa do promotor de justiça perante ao Poder Judiciário, e caso a denúncia seja recebida pelo juiz, inicia-se a ação penal, no caso de ação penal pública, já nos casos de ação penal privada a vítima que na pessoa do seu advogado poderá oferecer ou não a queixa-crime, e caso seja recebida inicia-se a ação penal privada.

O inquérito policial foi mantido como processo preliminar ou preparatório da ação, com a justificativa da necessidade de atender às grandes demandas territoriais e com intuito de produzir elementos suficientes- *fumus commissi delicti* para o oferecimento da denúncia, sendo então denominado como fase pré- processual. Destarte, este conjunto administrativo visa a elucidação de um ato considerado ilícito, em tese, infração penal para a instauração de uma possível ação penal.

A atribuição de proceder à persecução criminal preliminar é da polícia judiciária, conforme dispõe o Art. 4º do CPP. Entendendo-se como tal a Polícia Federal e Polícia Civil, conforme o artigo 144 da CF/88, logo o legislador ao atribuir essa função à Polícia Judiciária excluiu das polícias militares a condução de investigações pré-processuais, com exceções dos crimes militares, conforme o artigo 9º do Código de Processo Penal Militar.

Segundo Aury Lopes Jr na sua obra de Direito Processual Penal (2017) “o inquérito na verdade tem função garantidora, onde seu caráter é nítido em evitar a instauração de uma persecução penal infundada pelo Ministério Público”.

2.1 Natureza jurídica

O inquérito policial é um instituto à luz do direito administrativo, porém dentro do direito processual penal, onde sua natureza jurídica é considerada um procedimento meramente administrativo de caráter informativo, sendo que das informações obtidas se faz o preparatório da ação penal.

Desta forma, por se tratar de um procedimento administrativo e não de processo, os princípios da ampla defesa e do contraditório não são garantidos de forma absoluta como na ação penal, haja vista por não se tratar de uma acusação formal e sim de apenas uma demonstração que existe elementos suficientes de autoria e materialidade do fato típico, ilícito e culpável do indiciado.

Aos passos de Frederico Marques *apud* Paulo Rangel (2015) diz que um procedimento policial de investigação, onde se temo contraditório, seria apenas protelatório, passando a ser uma verdadeira aberração, pois inutilizaria todo esforço investigatório que a polícia teve ao realizar a preparação da ação penal, haja vista que o prazo para encerramento das investigações é de 10 dias para réu preso e 30 dias para réu solto, conforme o Art. 4º do Código de Processo Penal.

Contudo, deve ressaltar que há autores que sustentam que tratando-se de provas não-renováveis realizadas no inquérito policial, como por exemplo, exame pericia (exame de corpo de delito) em caso de furto mediante rompimento do obstáculo, esta prova não poderá ser renovada em juízo, nestes tipos de caso se admitem o contraditório, haja vista que a prova não poderá ser renovada em juízo para que o réu possa contradita-la, todavia, o doutrinador Rangel discorda da hipótese por se tratar de um procedimento administrativo, e neste caso o ato administrativo possui a presunção de legitimidade, cabendo as partes processuais verificará se encontra-se dentro dos parâmetros legais.(RANGEL, 2015).

2.2 Dos Aspectos históricos do Inquérito Policial

Com a evolução da sociedade surgiram diversos conflitos entre os povos. A partir do Pacto social do Rousseau, o Estado passou a ser o responsável pela administração dos direitos tutelados individuais e coletivos, assim, para maior facilidade de controle das infrações penais, surgiu o inquérito policial.

Pois bem, no Brasil o inquérito policial surgiu com a colonização dos portugueses, onde se utilizavam das Ordenações Filipinas.

Após algum tempo, com a independência do Brasil, foi necessário a criação da Constituição de 1824, onde buscavam coadunar suas normas as condutas sociais implantadas com a preocupação política e patrimonial daquela época.

Nascia o Código de Processo Criminal de Primeira Instância em 1832, tornando-se a primeira legislação que tratava sobre o assunto. Sendo este que modificou a matéria

penal ao estabelecera investigação criminal, alterando também o sistema judiciário, haja vista que ainda estava em vigor o antigo Código das Filipinas e não acompanhava a evolução da sociedade daquela época.

O novo código deu nova forma de investigação de delito no país através do inquérito policial, ainda com nome de procedimento informativo, porém já se utilizando das suas características.

A denominação inquérito policial, no Brasil, surgiu com advento da Lei 2.033, de setembro de 1871, regulamentada pelo Decreto Lei 4.824, de 28 de novembro de 1871, fruto da preocupação do Estado monárquico com os direitos e garantias individuais. (Rangel 2015).

O artigo 42 do referido decreto conceitua o inquérito policial como sendo: “o inquérito policial consiste em todas as diligências necessárias para o descobrimento dos fatos criminosos, de suas circunstâncias e de a seus autores e cúmplices, devendo ser reduzido a instrumento escrito”.

Segundo Lopes JR, o inquérito foi mantido no CPP de 1941, haja vista que o legislador daquela época chegou à conclusão que a realidade brasileira não estava apenas nos centros urbanos, mas também nos distritos da comarca do interior, o que se fazia necessário sua manutenção para a averiguação dos delitos praticados pela autoridade policial.

2.3 Características

As particularidades do inquérito policial são diversas nesse tópico iremos tratar das principais que mais se sobrepõe.

A autoridade policial enfeixa nas mãos todo poder de direção do inquérito policial, inquirindo (indagando, investigando, pesquisando) testemunhas do fato e procurando

esclarecer as circunstâncias em que os fatos ocorreram, característica está que o torna-o inquisitivo (RANGEL, 2015).

Tendo o poder discricionário para iniciar as diligências investigativas que lhe melhor prover, dentro da legalidade permitida, conforme o artigo 14 do Código de Processo Penal, não sendo admitido o contraditório no inquérito policial. Entretanto, é permitido o contraditório nos casos em que são instaurados pela polícia federal visando a expulsão de estrangeiro (Lei n. 6.815/80, Art.70), (RANGEL,2015).

Tendo em vista a formalidade, o inquérito não pode ser verbal, as peças devem ser escritas e assinadas pela autoridade competente, conforme o Art. 9 do Código de Processo Penal.

O sigilo é outra característica importantíssima que deve ser adotado nas investigações para a elucidações do fato ainda em decorrência do não encerramento do inquérito. Segundo Paulo Rangel, o sigilo imposto no curso da investigação alcança, inclusive o acesso do advogado, eis que a Lei nº 8.906/94, em seu Art. 7º, III e IV, não permite a intromissão durante a fase investigatória que está sob sigilo, sendo apenas permitido quando a investigação está sendo conduzida sem o aludido sigilo.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça tem acórdão onde cita que “o sigilo do inquérito policial, diversamente da incomunicabilidade do indivíduo, foi recepcionado pela vigente constituição federal” (RMS 17691/ SC; Recurso Ordinário em Mandado De Segurança 2003/0238100-0 Relator Ministro Gilson Dipp- órgão julgador – T5- Quinta Turma—Data do Julgamento -22/02/2005).

Em princípio, o sigilo não é totalmente, haja vista que o advogado poderá ter acesso aos autos, desde que não esteja em sede das diligências.

Outra característica presente no inquérito policial é a oficialidade, onde uma atividade investigatória feita por órgãos oficiais, não podendo ficar a cargo do particular, mesmo que a titularidade da ação penal seja atribuída pelo ofendido (CAPEZ, FERNANDO, 2013).

Importante ressaltar que após a instauração do inquérito policial não pode ser arquivado pela autoridade policial, conforme o Art. 14 do CPP, tendo em vista que apenas o detentor da ação penal, ou seja, o Ministério Público, possui os poderes para pedir o arquivamento e apenas o juiz é o detentor de decidir se arquiva ou não. Desta forma, a autoridade policial não poderá arquivar de ofício, tendo o dever de aguardar a manifestação do Ministério Público para seu arquivamento.

3 DOS PRINCÍPIOS DO PROCESSO PENAL

Os princípios constitucionais são indispensáveis para a melhor aplicação do direito penal, o princípio jurídico no Direito quer dizer um postulado que se irradia por todo o sistema de norma, fornecendo um padrão de interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo. Segundo Nucci, processo penal não foge à regra, erguendo-se em torno de princípios, que, por vezes, suplantam a própria literalidade da lei. Na Constituição Federal, encontra-se a maioria dos princípios que regem o processo penal brasileiro, alguns explícitos, outros implícitos (NUCCI, 2014).

Importante se fazer ressaltar que os princípios constitucionais estão interligados de muitas formas com as garantias fundamentais e os direitos humanos. De forma que se tem a concretude à luz da Constituição Federal, sendo explícita ao afirmar que ninguém será condenado, sem o devido processo legal, respeitando-se a ressunção de inocência, bem como o acusado terá a amplitude no seu direito de defesa.

Inúmeros princípios norteiam o processo penal, todavia, neste artigo, iremos tratar apenas dos princípios importantes para a compreensão do presente trabalho, que são os princípios da ampla defesa e do contraditório, bem como uma breve exposição do princípio da presunção de inocência.

3.1 Princípio da Presunção de Inocência

A presunção de inocência, conhecida também como princípio do estado de inocência (ou da não culpabilidade) está previsto na Constituição Federal em seu artigo 5º, LVII:

“LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”

Desta forma, ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, sendo evidente que o ônus da prova para condenação é da acusação e não da defesa do acusado. Destarte, as pessoas são inocentes até que o Estado prove o contrário.

Segundo Aury Lopes em suma: a presunção de inocência impõe um verdadeiro dever de tratamento (na medida em que exige que o réu seja tratado como inocente). Ressalta ainda que o princípio da presunção de inocência deve ser utilizado como verdadeiros limites democráticos às abusivas explorações midiáticas.

3.2 Contraditório

Segundo Lopes Jr. o contraditório é inicialmente tratado como um método de contestar as provas e a comprovação da verdade.

Importa esclarecer que, algumas vezes, entende-se: os princípios do Contraditório e da ampla defesa como sinônimos. Entretanto, não o são. Neste diapasão, Aury Lopes Junior, citando Ada Pellegrini Grinover, preceitua que “defesa e contraditório estão indissoluvelmente ligados, porquanto é do contraditório (visto em seu primeiro momento, da informação) que brota o exercício da defesa; mas é esta – como poder correlato ao de ação – que garante o contraditório”.

Este princípio está previsto no Art. 5º, LV da Constituição Federal “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”.

A observância do contraditório no processo penal só era possível na fase processual e não na fase investigatória, tendo em vista que o inquérito é apenas um procedimento administrativo, não sendo possível falar em contraditório na fase investigativa.

Nesse sentido, decidiu o STF:

Agravo regimental. Inquérito. Diligências. Requerimento pelo Ministério Público. Deferimento, desde logo, pelo Relator. Admissibilidade. Pretendida manifestação prévia da defesa a respeito desse requerimento e dos documentos que o instruíram. Descabimento. Inaplicabilidade do princípio do contraditório na fase da investigação preliminar. Impossibilidade de a defesa controlar, ex ante, a investigação, restringindo os poderes instrutórios do relator do feito. 1. O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que o inquérito policial é peça meramente informativa, não suscetível de contraditório. Precedentes. 2. Não cabe à defesa controlar, ex ante, a investigação, de modo a restringir os poderes instrutórios do relator do feito para deferir, desde logo, as diligências requeridas pelo Ministério Público que entender pertinentes e relevantes para o esclarecimento dos fatos. 3. Assim, carece de fundamento a pretensão de que seja concedida à investigada a oportunidade de se manifestar previamente sobre relatório de análise de informações bancárias e requerimento de diligências com base nele formulado pelo Ministério Público Federal. 4. A Súmula Vinculante nº 14 do Supremo Tribunal Federal assegura ao defensor legalmente constituído do investigado o direito de pleno acesso ao inquérito, desde que se trate de provas já produzidas e formalmente incorporadas ao procedimento investigatório, excluídas, conseqüentemente, as informações e providências investigatórias ainda em curso de execução e, por isso mesmo, não documentadas no próprio inquérito (HC nº 93.767, Segunda Turma, Relator o Ministro Celso de Mello, DJe de 1º/4/14). 5. Agravo regimental não provido. (STF - AgRInq: 3387 CE - CEARÁ 9956974-58.2011.0.01.0000, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 15/12/2015, Segunda Turma)

Em controvérsia o próprio STF aprovou a súmula que permite o acesso do advogado as provas já documentadas nos autos, inclusive as que tramitam em sigilo.

A súmula vincula 14 diz:

É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

Segundo Aury Lopes J. o contraditório, deve ser visto em duas dimensões: no primeiro momento, é o direito à informação; no segundo, é a efetiva e igualitária participação das partes. É a igualdade de armas, de oportunidade.

Guilherme Nucci, explica de forma excepcional, que o contraditório deve ser exercitado quando houver alegação de direito.

Portanto, a concepção do contraditório serve-se tanto para defesa como para acusação, haja vista por se tratar de necessidade de informações e possibilidade de reação.

Contudo, Guilherme Madeira discorda de tal posição, tendo o posicionamento que não há limitação quanto ao seu conteúdo e, por isso, deve ser aplicado tanto nas hipóteses de fato como às de direito.

Desta forma, é conclusivo que o contraditório não se limita apenas à matéria, mas traduz o direito tanto da defesa como da acusação de se manifestarem sobre qualquer alegação que venha surgir.

3.3 Ampla Defesa

Inicialmente cumpre ressaltar que o princípio da ampla defesa é muito amplo, sendo assim, este artigo irá tratar apenas dos pontos mais relevante do processo penal para o presente trabalho.

O princípio da ampla defesa ou também conhecido como plenitude de defesa é garantido na constituição federal no artigo 5º, inciso LV, onde possui o intuito de preservar o acusado tanto no processo judicial, como no processo administrativo contra a arbitrariedade do Estado, eis que na relação Estado verso indivíduo na relação processual, o Estado possui mais força e estrutura.

Desta feita, a Constituição justamente visando a hipossuficiência do indivíduo na relação processual, com o Estado acusador, visando justamente o equilíbrio entre as partes, assegura garantias e direitos para equilibrar está relação de inferioridade.

Essa mencionada ampla defesa em seu sentido técnico dá a oportunidade do acusado de se defender das acusações que estão sendo-lhe imposta, juntamente com um advogado habilitado para apresentar sua versão dos fatos imputados a sua pessoa. Além do mais, a ampla defesa não visa apenas dar a sua versão dos fatos, mas

proporciona o acusado, na figura de seu advogado a faculdade de apresentar quesitos ou permanecer em silêncio no interrogatório, além de requerer produção de prova que pode ser negado pela autoridade competente pela discricionariedade que a autoridade policial tem dentro da legalidade.

Posto isto, o Estatuto da Ordem dos Advogados no seu artigo 7º garante ao advogado examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos.

4 DA (IN) APLICABILIDADE DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA NO INQUÉRITO POLICIAL

Muito se tem discutido sobre a aplicabilidade ou não dos princípios constitucionais já citados no inquérito policial. Sendo notório que o tema está longe de ser pacificado. Embora muitos doutrinadores repelem a possibilidade da existência do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial, tal possibilidade acabaria com êxito das investigações.

Deforma contradita há doutrinadores considerados como garantistas, explanando que os princípios da ampla defesa e do contraditório devem persuadir em toda fase penal. O entendimento do Superior Tribunal de Justiça, em julgado é no sentido de que o direito da informação do investigado não é absoluto, conseqüentemente, o acesso do advogado é restrito, haja vista o intuito de preservar as garantias constitucionais de terceiro.

Pacelli (2015) explica que não se exige o contraditório em sede de inquérito policial, ato contínuo, diz que por se tratar de um procedimento administrativo deve ser realizado sem contraditório, pelo motivo de não se fazer necessário qualquer argumentação.

De outro lado, Aury Lopes Jr. diz que, “ É lugar- comum na doutrina a afirmação genérica e infundada de que não existe direito de defesa e contraditório no Inquérito Policial. No entanto está errada a afirmação, eis que o investigado poderá exercer sua autodefesa seja ela positiva (dando sua versão do fato) ou negativa (permanecendo em silêncio), até fazer-se acompanhar de advogado”.

Ponto crucial foi a entrada em vigor a Lei 13.245 que alterou o Art. 7º do Estatuto da Ordem dos Advogados, onde assegura ao advogado total acesso ao examinar autos de investigação de qualquer natureza, mesmo que o inquérito esteja inacabado.

O Supremo Tribunal Federal possui entendimento através da súmula vinculante 14 que existe a ampla defesa e o contraditório no inquérito policial, haja vista que estabelece o acesso pelo seu defensor ao inquérito desde que as provas e seus elementos já estejam documentados, conforme dados extraídos do precedente HABEAS CORPUS 88.190-4 RIO DE JANEIRO.

Destarte, foi necessário a criação de uma Lei para que os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição fossem respeitadas e a investigação criminal seja feita em observância ao Estado democrático de Direito. Em tempos que vivemos no autoritarismo, onde o “bandido bom é bandido morto” a presente Lei surge como uma luz no fim do túnel.

Assim após toda explanação acima é o possível concluir que existe no inquérito um direito de defesa, seja ela técnica e pessoal ou o contraditório (no sentido de ter acesso às informações), ambos de forma limitado, mesmo que se trate de um procedimento administrativo.

Desta forma, não se pode concluir que apenas pelo fato do inquérito policial se tratar de um procedimento administrativo, o contraditório e a ampla defesa devem ser ceceados, tornando-se esse tipo de posição uma clara violação ao artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal.

5 CONCLUSÃO

Após toda explanação, os princípios da ampla defesa e do contraditório são aplicados no inquérito policial, já que mesmo em se tratando de um procedimento o investigado tem acesso aos autos, bem como pode apresentar sua versão dos fatos, além do fato de poder estar acompanhado na presença do advogado, onde o mesmo poderá até apresentar razões e quesitos no final do interrogatório, mesmo sendo limitados a aplicação destes princípios.

Desta forma fica evidente que mesmo que parte majoritária da doutrina entenda pela não aplicabilidade dos princípios constitucionais em sede de inquérito policial por se tratar de um procedimento administrativo, mesmo não sendo em sua plenitude os princípios são aplicados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 2016.

Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n 14. In: _____. **Aplicação de súmulas no STF**. Brasília, 2015. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula vinculante 14. In: _____. **Aplicação de súmulas no STF**. Brasília, 2015. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230>>.

BORGES, Fernando Afonso Cardoso. O direito ao contraditório e ampla defesa na fase inquisitória do processo penal. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 74, mar 2010. Disponível em:

http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7416>.

CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. **Há sim contraditório e ampla defesa no inquérito policial**. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-nov-01/academia-policia-sim-contraditorio-ampla-defesa-inquerito-policial>>.

CAPEZ, Fernando, **Curso de processo penal**. 20. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPES JR, Aury. **Prisões Cautelares**. 4. Ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

NETO, Francisco S. **Lei 13.245/16: Contraditório e Ampla Defesa na Investigação Criminal? (Parte III)**. 2016. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/lei-13-24516-contraditorio-e-ampla-defesa-na-investigacao-criminal-parte-iii/>>.

NUCCI, Guilherme de Souza, **Manual de Processo e execução Penal**. 11.ed. Rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo Penal**. 19. Ed. rev. e atual. – São Paulo, 2015.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual**. 24. Ed. Rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016.

ROSA, Alexandre Morais da; AMARAL, Augusto Jobim do. **Cultura da punição: a ostentação do horror**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SILVA, José Geraldo da. **O Inquérito policial e a polícia judiciária**. Campinas: Bookseller, 2000.

SOUZA, Marcel Joffily de; DELA-BIANCA, Naiara Antunes. A finalidade do processo penal e as notícias sobre Habeas Corpus no TJ-PB. **Rev. Consultor Jurídico**: 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-nov-13/tribuna-defensoria-finalidade-processo-penal-noticias-hcs-tj-pb>>.

DIREITO TRIBUTÁRIO

DA EXIGÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA E SUA APLICAÇÃO NO MUNICÍPIO DE ARACRUZ/ES

Aluno: Rayeverton Rampineli Aprigio¹

Professor Orientador: Wellington Borghi²

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a exigência de lei complementar para disciplinar determinadas matérias afetas às competências tributárias conforme definidos na Constituição Federal de 1988, e ainda por uma análise dos Municípios que utilizam como espécie normativa para regulação do Código Tributário Municipal a lei ordinária, além de realizar uma análise crítica do julgado no ARE 662401 pelo Supremo Tribunal Federal. Ao final será proposta uma solução jurídica na utilização de lei ordinária para instituição dos Códigos Tributários Municipais.

Palavras-chave: Direito Tributário. Legislação Tributária. Lei Complementar. Paralelismo das formas.

Abstract

The present study aims to analyze the requirement of a complementary law to discipline certain matters related to tax jurisdiction as defined in the Federal Constitution of 1988, and also by an analysis of the Municipalities that use as normative species for regulation of the Municipal Tax Code the ordinary law, in addition to performing a critical analysis of the judgment in ARE 662401 by the Federal Supreme Court. At the end, a legal solution will be proposed in the use of an ordinary law for the establishment of the Municipal Tax Codes.

¹Estudante de Graduação do Curso de Direito das Faculdades Integradas de Aracruz, Estado do Espírito Santo. Servidor público efetivo lotado na Secretaria de Finanças do Município de Aracruz – ES. E-mail: rayevertonrampineli@gmail.com.

² Advogado, Professor das Faculdades Integradas de Aracruz. Especialista em Direito do Estado pela Universidade Gama Filho. Cursou o mestrado associado UVV/ES-PUC/SP em Ciências Sociais. Foi procurador-chefe dos Municípios de Vila Velha 2009/2012 e Santa Maria de Jetibá 2015/2016.

1 INTRODUÇÃO

Por ocasião da elaboração da nova Constituição brasileira de 1988, o legislador constituinte adotou como forma de organização político-administrativo do Estado brasileiro a forma federativa, especialmente no tipo federalismo por agregação.

Tal forma organizativa vem esculpida logo no primeiro artigo da Constituição Federal de 1988, ao determinar que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em um Estado Democrático de Direito.

A forma federativa de estado é caracterizada pela repartição de competências, repartição de rendas, esferas de competência, soberania da União Federal e a autonomia do Estados-membros, entre outras que lhe são peculiares.

Por sua vez, ao formar a federação os Estados-membros (que no caso do Brasil são formados por Estados, Distrito Federal e Municípios) guardam para consigo certas prerrogativas, dentre elas as capacidades de auto-organização, autogoverno, autoadministração e de autonomia financeira, de forma, a assim, proteger seu núcleo mínimo de autonomia conforme consagrado na Carta Política.

Ademais, foi na Constituição Federal de 1988 que os Municípios brasileiros tiveram sua autonomia elevada a alçada constitucional pela primeira vez na história, fazendo assim existir no sistema constitucional brasileiro um modelo tridimensional de formação da federativa.

Essa nova autonomia constitucional consagrada aos municípios brasileiros veio previsto nos arts. 30, 145 e 156 da Constituição Federal, ao delimitar as áreas de competências afetas ao Municípios.

Dentre essas competências estão as de instituir e arrecadar os tributos que lhe foram reservados, entre eles os impostos discriminados no art. 156 da Constituição Federal, além das taxas e contribuições de melhoria.

Contudo, como bem se sabe, o exercício da competência tributária exige o respeito a determinadas regras constitucionais, em especial o constante no art. 146 da CF que dispõe sobre a necessidade de lei complementar para regular determinadas matérias tributárias, a qual o presente trabalho busca analisar.

2 A EXIGÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

A Constituição Federal como norma fundamental é requisito de validade para todas as normas inseridas no ordenamento jurídico brasileiro. Dessa forma, no exercício das competências legislativas todos os Entes federativos devem guardar respeito às normas constitucionais.

Inserida nesse contexto, a Constituição Federal ao disciplinar o exercício das competências tributárias, dispõe expressamente quais serão os tipos normativos necessários à regulação de determinadas matérias, ora dispondo ser necessário apenas a Lei, que nesse sentido trata-se de Lei Ordinária, ora dispondo ser necessário lei complementar.

Exsurgindo dessa expressa previsão, o art. 146 da Constituição Federal enumera algumas das matérias que deverão ser reguladas obrigatoriamente por lei complementar, assim prescrevendo:

Art. 146. Cabe à lei complementar:

I - dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

II - regular as limitações constitucionais ao poder de tributar;

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;

b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;

c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas.

d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições

previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239 (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)³

Conforme previsto no dispositivo acima mencionado, a lei complementar é veículo introdutor obrigatório para disciplinar certas matérias, que aqui destacam-se aquelas previstas no inciso III do art. 146 da CF.

Primeiramente é importante frisar que o art. 146, III da Constituição Federal apresenta um rol meramente exemplificativo, portanto, sem exaurir todas as hipóteses previstas. Nesse sentido discorre Sacha Calmon Navarro Coelho, ao expor que

O ditado constitucional do art. 146, III e alíneas, inicia a resposta dizendo nominalmente alguns conteúdos (normas gerais nominadas) sem esgotá-los. É dizer, o discurso constitucional é *numerus apertus*, meramente exemplificativo.⁴

Não poderia ser diferente, afinal o legislador constituinte não tinha naquele momento histórico todo o arcabouço necessário a delimitar minuciosamente todas as hipóteses jurídicas existentes. Ademais, o direito não é uma ciência estática, estando em constante mutação decorrente dos fenômenos sociais.

Assim, é possível o surgimento de novas matérias que possam ser tratadas dentro das normas gerais em direito tributário, sendo que estas podem surgir nas esferas federal, estadual ou municipal.

Decerto que a norma insculpida no inciso III e alíneas do art. 146 da Constituição Federal constitui em certa medida uma limitação à função legiferante do Estado, ao estabelecer uma espécie normativa que possui quórum de aprovação qualificado, a ser aprovado pela maioria absoluta dos membros da Casa Legislativa, sendo este um requisito formal de validade.

Não se pode entender, contudo, que a norma insculpida no aludido dispositivo tem aplicabilidade apenas na função legiferante da União como quer fazer crer grande

³ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14out. 2018.

⁴ COELHO, Sacha Calmon Navarro. A lei complementar como agente normativo ordenador do sistema tributário e da repartição das competências tributárias. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, v. 1, n. 37, p. 336, jan./jun. 2000.

parcela da doutrina e jurisprudência. Certamente a Constituição não traz em seu texto palavras vazias, nem prevê implicitamente qualquer limitação de competência das unidades federadas, senão quando expressamente delimitadas.

Assim, a competência para legislar, mediante lei complementar em matéria de legislação tributária também a abrange concorrente e suplementarmente aos Estados, Distrito Federal e Municípios, respeitados sempre a competência constitucionalmente reservada. Nessa linha discorre Sacha Calmon Navarro Coelho ao citar que

Uma forte e esclarecida parcela da doutrina justributária brasileira, com ótimas razões e fortes raízes federalistas, recusa partes do Código Tributário Nacional atual ao argumento de que cuidam de temas que, longe de se constituírem em normas gerais, se imiscuem na competência privativa e indelegável das pessoas políticas, invadindo-a, contra a Constituição. Em síntese, são repelidas as regulações do CTN sobre o fato gerador de impostos da competência das pessoas políticas e sobre atos administrativos que lhe são privativos, atos de lançamentos fiscais, v.g., além de prescrições sobre interpretação de leis tributárias, tidas por descabidas. Evidentemente, sustentam tais colocações as teorias federalistas e a autonomia constitucional das pessoas políticas, e o próprio sistema de divisão e repartição de competências, cujo único fundamento é a Constituição.⁵

Sem dúvidas a repartição de competências tem como único fundamento a Constituição, assim como qualquer limitação a essa competência deve partir da norma com mesma força hierárquica, ou seja, da própria Constituição Federal.

Assim também discorre Roque Antonio Carrazza ao afirmar que

as próprias normas constitucionais, sempre que possuem pluralidade de sentidos, devem ser interpretadas e aplicadas de modo consentâneo com os princípios da Carta Fundamental, que, justamente por sua superior dignidade, lhes servem de balizas. Assim, para citar um exemplo, a regra do art. 146 do Código Supremo ("cabe à lei complementar: I – dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; II – regular as limitações constitucionais ao poder de tributar; III – estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: a) definição de tributos e de suas espécies, bem como em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes; b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários; c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas; d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, 11, das contribuições previstas no art. 195, 1 e SS 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239") só encontra

⁵COELHO, 2000, p. 336.

a real dimensão quando devidamente cotejada com os princípios federativo e da autonomia municipal e do Distrito Federal.

Com efeito, a mera "interpretação literal" deste dispositivo –que mesmo um leigo em Direito pode levar a cabo – induza supor que à lei complementar é dado até alterar o rígido esquema de repartição de competências tributárias das pessoas políticas. Todavia, uma interpretação que leve em conta os supraditos princípios revela que a lei complementar, mesmo a pretexto de veicular "normas gerais em matéria de legislação tributária", não pode interferir no modo pelo qual as pessoas políticas disciplinarão a criação e arrecadação dos tributos de suas competências.⁶

Dessa forma, a Constituição Federal ao prever em seu art. 146 que cabe a lei complementar, não limitou esta competência apenas a edição de lei complementar nacional ou mesmo a uma competência exclusiva da União. Assim, os Estados, Distrito Federal e Municípios estão legitimados a legislar mediante lei complementar sobre normas gerais em matéria tributária, de forma concorrente e suplementar.

Assim, a doutrina e jurisprudência é uníssona ao determinar que o mesmo Ente competente para instituir determinado tributo é também aquele competente para regular matérias como fato gerador, base de cálculo, contribuintes, obrigação, lançamento, crédito tributário entre outras matérias correlatas ao tributo em espécie.

Ao regular tais institutos tributários, que via de regra ocorre através da edição de codificações tributárias, os Entes tributantes devem observar a veiculação de tais Códigos a edição de lei complementar em estrita observância a exigência contida no art. 146 da Constituição Federal, conquanto estes adentram nas espécies tributárias constitucionalmente previstas, além de tratarem de temas como fato gerador, base de cálculo, contribuintes, obrigação, lançamento, crédito tributário entre outros.

3 A UTILIZAÇÃO PELOS MUNICÍPIOS DE LEI ORDINÁRIA PARA REGULAR MATÉRIAS RESERVADA A LEI COMPLEMENTAR

Embora a norma ínsita no art. 146, III e alíneas da Constituição Federal, muitos Municípios brasileiros introduziram no seu ordenamento jurídico Códigos Tributários mediante Lei Ordinária, em total desrespeito à norma constitucional.

⁶CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 31 ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 56-57.

Decerto que o procedimento de aprovação de uma Lei Ordinária apresenta menor rigorosidade no processo legislativo quando comparado a aprovação de uma lei complementar. Isso se dá porque a Constituição Federal reservou a aprovação de lei complementar o quórum qualificado da maioria absoluta dos membros da respectiva Casa Legislativa, ao passo que para a aprovação de Lei Ordinária adota-se o quórum simples.

Dessa forma, muitos Municípios brasileiros instituíram seus Códigos Tributários mediante Lei Ordinária, que devido ao seu quórum de maioria simples, facilita sua aprovação e demandam menor capacidade de interlocução e engajamento político por parte dos chefes do Poder Executivo.

Contudo, a adoção da espécie legislativa para veiculação de determinadas normas tributárias não está colocada ao bel alvitre do poder legislativo, conquanto sua utilização vem predeterminar na própria Constituição. Assim leciona Sacha Calmon Navarro Coelho as dispor que

Caso por caso, a Constituição determina a utilização da lei complementar. Podemos dizer, noutras palavras, que a utilização da lei complementar não é decidida pelo Poder Legislativo. Ao contrário, a sua utilização é predeterminada pela Constituição. As matérias sob reserva de lei complementar são aquelas expressamente previstas pelo constituinte (âmbito de validade material predeterminado constitucionalmente).⁷

É incontroverso a competência municipal para exercer sua função legiferante conforme delineado na Constituição. Desse modo leciona Roque Antonio Carrazza ao dizer “que o Município é pessoa jurídica de direito público interno, dotada, nos termos da Constituição Federal, de competência legislativa própria e exclusiva.”⁸

Assim cuidou o constituinte originário de determinar expressamente no texto constitucional as competências dos Municípios para instituir e arrecadar os tributos de sua competência, além de suplementar a legislação federal e estadual no que couber, conforme determina o art. 30, II e III da Constituição Federal.

⁷COELHO, 2000, p. 336.

⁸CARRAZZA, 2017, p. 212.

De tal sorte, ao exercer sua competência legislativa tributária, o legislador municipal deverá sempre guardar respeito para com as normas constitucionais, especialmente aquelas que delimitam as competências e limitam o poder de tributar, sob pena incorrer em inconstitucionalidade.

Assim, os Municípios ao instituírem seus tributos conforme previsto constitucionalmente, perpassando pela regulação de temas como fato gerador, base de cálculo, contribuintes, obrigação, lançamento, crédito tributário entre outros, estão obrigados a respeitar a veiculação de suas codificações mediante lei complementar conforme disposto no art. 146 da Constituição Federal.

De toda sorte, é importante também frisar que alguns Municípios, em sua Lei Orgânica não traz previsão das espécies normativas tal como previsto na Constituição Federal, faltando por vezes espécies normativas como a própria lei complementar.

Tomemos por exemplo o Município de Aracruz, no Estado do Espírito Santo, cujo Código Tributário Municipal foi instituído pela Lei Municipal nº 2.521, de 19 de dezembro de 2002.

Como se pode verificar da Lei Orgânica do Município de Aracruz – ES, em seu art. 28 “O processo legislativo compreende a elaboração de: I - emendas à Lei Orgânica; II - leis ordinárias; III - decretos-legislativos; IV – resoluções.”⁹ Dessa forma, inexistente no processo legislativo municipal a elaboração de lei complementar, o que demonstra uma certa atecnia do legislador orgânico municipal.

Isto pois, as Leis Orgânicas municipais devem trazer em seu escopo os aspectos essenciais do processo legislativo tal como previsto na Constituição Federal em primazia do Princípio da Simetria Constitucional. Tratando do assunto José Levi Mello do Amaral Junior discorre que

⁹ ARACRUZ. *Lei Orgânica do Município de Aracruz*, de 02 de abril de 1990. Aracruz, ES. Disponível em: <<http://www.legislacaocompilada.com.br/aracruz/Arquivo/Documents/legislacao/html/O11990.html>>. Acesso em: 14 out. 2018.

A autonomia dos entes federados deveria permitir ampla liberdade de escolha acerca do próprio processo legislativo e respectivas espécies normativas primárias.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal impõe aos Estados e aos municípios diversos aspectos do processo legislativo da Constituição da República. É o que se dá, como já examinado, com a iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo.

O mesmo acontece com as próprias espécies normativas primárias. Isso porque o Supremo Tribunal Federal exige coincidência — tendo a Constituição da República como parâmetro — entre as matérias reservadas à lei complementar nas esferas federal, estadual e municipal.¹⁰

Dessa forma, faz-se prementemente a necessidade de alteração legislativa através de uma reforma da Lei Orgânica municipal para inserir no processo legislativo municipal a elaboração de lei complementar, de forma a diminuir a insegurança jurídica e afastar possíveis alegações de vícios no processo legislativo.

Em contrapartida, como solução jurídica imediata, até que seja realizada a reforma sugerida, há de se adotar o paralelismo das formas de modo a evitar eventuais nulidades no processo de aprovação de leis que necessitem do quórum qualificado da lei complementar.

4 PARALELISMO DAS FORMAS COMO SOLUÇÃO JURÍDICA

Como se pode verificar, a lei complementar é um veículo introdutor obrigatório de normas em matéria tributária conforme descrito no art. 146 da Constituição Federal. Contudo, a ausência dessa espécie normativa em algumas Leis Orgânicas municipais causa insegurança jurídica e maculam de vícios o processo legislativo.

Assim, como forma de afastar uma possível alegação de nulidade é recomendável que no processo de aprovação dessas normas sejam respeitados os requisitos formais da aprovação de uma lei complementar, aplicando-se assim o paralelismo das formas. Utilizemos aqui o conceito de paralelismo das formas adotado por Paulo

¹⁰ JÚNIOR, José Levi Mello do Amaral. Processo Legislativo Municipal. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, n. 3, p. 28-40, jul./dez. 2015. Disponível em: < <http://dx.doi.org/10.5102/rbpp.v5i3.3631> >. Acesso em: 13 out. 2018

Bonavides ao discorrer que “um ato jurídico só se modifica mediante o emprego de formas idênticas às aquelas adotadas para elaborá-lo.”¹¹

Assim, no processo legislativo onde não há previsão da espécie normativa da lei complementar, deve-se adotar o procedimento qualificado para a aprovação da lei ordinária, fazendo assim atender, através do paralelismo das formas, os requisitos formais e materiais para a aprovação da norma complementar.

Seguindo este raciocínio, prevê o Regimento Interno da Câmara Municipal de Aracruz¹² instituído pela Resolução 492/1990 que depende do voto favorável da maioria absoluta dos membros da Casa Legislativa a aprovação do Código Tributário Municipal.

Dessa forma, ainda que não haja a previsão de lei complementar no processo legislativo municipal, formalmente foi respeitado o requisito para aprovação que a diferencia das demais espécies normativas. Por conseguinte, uma possível alegação de nulidade da norma fica combatida de ser sustentada, uma vez que ela cumpriu os requisitos formais da lei complementar.

5 ANÁLISE CRÍTICA DO JULGADO NO ARE 662.401 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Supremo Tribunal Federal, de forma contraproducente, no julgamento realizado em 30/09/2016 pela 1ª Turma do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 662.401 – SE pronunciou-se da seguinte forma:

EMENTA: DIREITO TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. IPTU. EXIGIBILIDADE. ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO MUNICIPAL. NECESSIDADE DE ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO LOCAL.

¹¹BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p.206.

¹² ARACRUZ (Município). Resolução nº 492, de 31 de dezembro de 1990. *Regimento Interno da Câmara Municipal de Aracruz - ES*. Aracruz, ES, Disponível em: <<http://www.legislacaocompilada.com.br/aracruz/Arquivo/Documents/legislacao/html/R4921990.html>>. Acesso em: 14 out. 2018.

IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 280/STF. INSTITUIÇÃO DE CÓDIGO TRIBUTÁRIO MUNICIPAL MEDIANTE LEI COMPLEMENTAR. DESNECESSIDADE. RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI COMPLEMENTAR. INCIDÊNCIA NOS CASOS TAXATIVAMENTE INDICADOS NA CONSTITUIÇÃO.

1. Para concluir sobre a necessidade de lei complementar para instituição do Código Tributário Municipal seria necessária a análise da Constituição Estadual, da Lei Orgânica Municipal, bem como de outras normas infraconstitucionais de regência, providências vedadas em sede de recurso excepcional. O caso atrai a incidência da Súmula 280/STF.

2. O legislador constituinte não reservou a matéria – instituição de Código Tributário Municipal – à lei complementar. Desse modo, do ponto de vista formal, o aludido Código Tributário não violou qualquer dispositivo da Magna Carta. Só se faz necessária a edição de lei complementar quando o próprio texto constitucional assim exige expressamente.

3. Agravo interno a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 557, § 2º, do CPC/1973.¹³

Conforme se observa do julgamento realizado, o Supremo Tribunal Federal posicionou-se no sentido de que o legislador constituinte não reservou a matéria – instituição de Código Tributário Municipal – à lei complementar. Decerto que o constituinte originário nesses exatos termos legislou, entretanto, de uma melhor interpretação do dispositivo constitucional se abstrai tal imposição.

Data máxima vênia, o Excelso Pretório ao adotar tal posicionamento equivoca-se sobre o assunto, limitando sobremaneira as competências constitucionalmente delimitadas e os requisitos formais de validade estabelecidos na Constituição Federal.

Ademais, tal posicionamento nega o fato de que os Municípios brasileiros, através de seus Códigos Tributários e no exercício da função legiferante, regulam no âmbito municipal as normas gerais em matéria tributária tal como definido no art. 146, III e alíneas da Constituição Federal, sem, contudo, respeitarem a necessidade de veiculação de tais normas a edição de lei complementar.

Claro está, portanto, que tal interpretação não guarda conformidade com as normas ínsitas na Constituição Federal, e extrapolam os limites semânticos ao realizar uma interpretação restritiva da Constituição onde não há suporte textual para tanto.

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Recurso Extraordinário com Agravo nº 662401. Espólio de Bernardete Santana e Município de Aracaju. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, 30 set. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11924554>>. Acesso em: 14 out. 2018.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como restou demonstrado nas alegações supra, a exigência de lei complementar para edição de matéria tributária guarda estrita determinação do texto constitucional não se excepcionando quaisquer pessoas políticas à adoção de tal forma para regulação da matéria tributária definida no artigo 146, III da Constituição Federal.

Eventual atecnia formal que fulminaria de nulidade normas jurídicas tributárias que regulassem as matérias para as quais se exige lei complementar, adotando-se lei ordinária, pode e deve ser afastada utilizando-se a metodologia específica e o quórum qualificado da espécie lei complementar, para sua edição e alteração. A uma pela estrita observância do texto constitucional e a outra pela adoção da técnica legislativa e do princípio a ela correspondente, qual seja o paralelismo das formas.

Embora o Supremo Tribunal Federal, no julgamento realizado em 30/09/2016 pela 1ª Turma do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 662.401 – SE, tenha firmado entendimento da desnecessidade que Municípios adotem a forma lei complementar para matéria tributária, a conclusão alcançada pelo Tribunal é reveladora de temeridade, insegurança jurídica e desconformidade com a própria interpretação sistemática da Constituição Federal, não se afigurando o artigo 146 da Carta Magna como regra de aplicação exclusiva pela União; se não impondo-se a todos os entes federados.

Recomenda-se ao final e a fim de garantir segurança para o contribuinte, confiança nas instituições e preservação das garantias constitucionais em matéria tributária, que mesmo Municípios que adotem a forma lei ordinária em suas respectivas leis orgânicas, prevalecem-se do procedimento da lei complementar para introduzir, regular e alterar matéria tributária exigida pelo artigo 146, III da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

ARACRUZ (Município). *Lei Orgânica do Município de Aracruz*, de 02 de abril de 1990. Aracruz, ES. Disponível em: <<http://www.legislacaocompilada.com.br/aracruz/Arquivo/Documents/legislacao/html/O11990.html>>. Acesso em: 14 out. 2018.

_____. Resolução nº 492, de 31 de dezembro de 1990. *Regimento Interno da Câmara Municipal de Aracruz - ES*. Aracruz, ES, Disponível em: <<http://www.legislacaocompilada.com.br/aracruz/Arquivo/Documents/legislacao/html/R4921990.html>>. Acesso em: 14 out. 2018.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. 806 p.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Art. 146. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 14 out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Recurso Extraordinário com Agravo nº 662401. Espólio de Bernardete Santana e Município de Aracaju. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, 30 set. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11924554>>. Acesso em: 14 out. 2018.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 31 ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 56-57.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. A lei complementar como agente normativo ordenador do sistema tributário e da repartição das competências tributárias. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, v. 1, n. 37, p. 336, jan./jun. 2000.

JÚNIOR, José Levi Mello do Amaral. Processo Legislativo Municipal. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, n. 3, p. 28-40, jul./dez. 2015. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5102/rbpp.v5i3.3631>>. Acesso em: 13 out. 2018.

LINGUAGEM JURÍDICA

ANÁLISE DO DISCURSO NA LINGUAGEM JURÍDICA

Thais Maria Rocha Vizioli¹

Adriana Recla Sarcinelli²

RESUMO

Este artigo tem como tema a Análise do Discurso aplicada na linguagem jurídica, evidenciada nos textos e peças processuais, principalmente as que possuem estrutura decisória. Nosso objetivo é identificar por meio da Análise do Discurso, as influências histórico-sociais, ideológicas, políticas, que envolvem um voto (decisão) jurídico e as marcas estratégicas utilizadas pelo Relator, visando compreender como o objeto de análise produz sentidos e efeitos.

PALAVRAS-CHAVE: Análise do Discurso, Direito, Linguagem Jurídica.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como tema a Análise do Discurso aplicada na linguagem jurídica, evidenciada nos textos e peças processuais, principalmente as que possuem estrutura decisória. Nosso objetivo consiste em aplicar essa disciplina para, conforme bem exposto por Orlandi (2007, p. 66), “compreender como um objeto simbólico produz sentidos” nas estruturas jurídicas e como o viés cultural, ideológico e linguístico se manifestam na linguagem jurídica e produzem interpretações.

Apoiamo-nos na Análise do Discurso da linha Francesa, com escritos de Claudemar Alves Fernandes e Eni Orlandi, fundamentados em Pêcheux e Foucault. Em relação

¹ Estudante do Curso de Direito nas Faculdades Integradas de Aracruz – FAACZ.

² Possui graduação em Letras pela Faculdade de Filosofia Ciências e Letras de Colatina (1999), mestrado em Língua Portuguesa pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2009) e doutorado em Língua Portuguesa pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2014). Atualmente é professora e Diretora Acadêmica das Faculdades Integradas de Aracruz. Tem experiência na área de Letras, atuando principalmente com o ensino de Línguas.

à metodologia, utilizamos os critérios estabelecidos pelo primeiro autor, sendo esses classificados tanto quanto metodologia quanto como teoria, visto que “só é possível se falar em metodologia envolvendo elementos teóricos, a partir de alguns conceitos próprios à Análise do Discurso” (2008, 60).

A escolha do tema está relacionada à clareza e à percepção que a disciplina de Análise do Discurso dispõe quando aplicada ao Direito, pois reconhece a influência do meio para a construção das escolhas linguísticas de um enunciado decisório. Quanto ao *corpus*, a peça jurídica selecionada foi o Voto proferido nos autos do Habeas Corpus 143.641 São Paulo, pelo Relator Ministro Ricardo Lewandowski, que trata da concessão de prisão domiciliar, em substituição à prisão preventiva, de “todas as mulheres presas preventivamente que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães de crianças sob sua responsabilidade”, julgado no dia 24/10/2018, disponível para acesso no site do Supremo Tribunal Federal.

Durante este trabalho será definido o conceito de Análise do Discurso, além de um breve contexto de teorias e elementares sobre sua análise, com suas perspectivas teóricas e metodológica, além de discorrer sobre sua incidência no campo da linguagem jurídica, manifestadamente apresentada no Direito. Após, será realizada análise de fragmentos do *corpus*.

A ANÁLISE DO DISCURSO: CONCEITO E ELEMENTARES

A Análise do Discurso – AD é compreendida como matéria de caráter transdisciplinar que objetiva entender e interpretar como o discurso se propaga e o modo como produz sentidos, fundamentando-se nas variáveis questões de linguagem, diferentes práticas retóricas, discursivas e no viés contextual e ideológico em que o sujeito está inserido (FERNANDES, 2008).

A AD e seus conceitos foram apresentados a partir da década de 60, tendo como pioneiro Michel Pêcheux, que elaborou projeto passivo de 3 significativas mutações

teóricas sendo definida de tal modo como hoje a compreendemos, constituída por um campo metodológico e teórico.

Deve-se de imediato definir que o objeto de estudos é o próprio discurso que, conforme apontado por Fernandes (2008, p. 05) possui caráter complexo visto a exteriorização pela língua. Para tanto, é necessário que o analista rompa com as convicções pretéritas trazidas, a fim de compreender o discurso como objeto de investigação científica e assumir que o discurso não é uma linguagem em si mesmo, mas necessita dessa para possuir forma no mundo real.

Por vezes, a terminologia discurso apresenta ao interlocutor significados de senso comum, sendo reflexo do meio em que está inserido, e, como demonstrado por Fernandes (2008, p. 11) “(...) é constante utilizada para efetuar referência a pronunciamentos políticos, a um texto construído, a um discurso marcado por eloquência”, contudo é imperioso que a tratemos como mecanismo e real objeto para análise. Orlandi (1999, p. 15) ainda expõe a noção de flexibilidade e define:

a palavra discurso, etimologicamente, tem em si a idéia de curso, de percurso, de correr por, de movimento. O discurso é assim palavra em movimento, prática de linguagem: com o estudo do discurso observa-se o homem falando. (ORLANDI, apud FERNANDES, 2008, p.13)

Assim, a concepção de dinâmica do discurso é influenciada pelos fatores sociais, ideológicos e aspectos históricos, produzindo os sentidos a partir dos locais ocupados pelos sujeitos inseridos na interlocução, motivo pelo qual verificamos a variabilidade de significados atribuídos ao mesmo vocábulo. A singularidade da existência do enunciado contribui para a realização da AD, de tal modo que, observando o período e local em que o discurso foi proferido, se compreende a produção desse e suas possíveis mutações.

O efeito de sentido também é considerado integrante da AD e importa quando assimilado como efeito da própria enunciação, sendo declarado por Pêcheux e Fuchs:

O sentido de uma seqüência só é materialmente concebido na medida em que se concebe esta seqüência como pertencente necessariamente a esta ou àquela formação discursiva [...] Trata-se de um “efeito de sentidos” entre os pontos A e B. [...] Os elementos A e B designam algo diferente da presença

física de organismos humanos individuais. [...] A e B designam lugares determinados na estrutura de uma formação social. (PÉCHEUX & FUCHS, 1990, p. 169).

Na presente disciplina é criterioso indicar que, além do discurso, é essencial a figura do sujeito discursivo que precisa ser assimilado como indivíduo social, inserido em um ambiente com diversos pensamentos, opiniões, cargas e não como indivíduo singular e individualizado. Essa premissa apresentada auxilia na compreensão das diversas vozes que integram o discurso por sua realidade histórica e também social.

O autor Fernandes (2008, p. 23) denota que se deve estabelecer a diferença entre o sujeito falante e sujeito falando, pois, o primeiro – sujeito falante refere-se a um sujeito empírico, “que tem capacidade para a aquisição de língua e a utiliza em conformidade com o contexto sociocultural no qual tem existência.” Por sua vez, o sujeito falando se trata de indivíduo inserido em coletividade sócio-histórica-ideológica, tendo voz constituída de diversas vozes. Permite-se, ainda, que o sujeito seja classificado como heterogêneo, ou seja, é constituído de elementos diversos, características que possibilitam estabelecer que todo discurso é resultante de uma união entre os diversos discursos proferidos no meio social, bem como de diferentes vozes marcadas de maneira explícita, quando se apresenta por meio de citações, aspas, dentre outros mecanismos da linguística, além da interação do sujeito com o outro. Vejamos o conceito estabelecido por Fernandes:

O sujeito discursivo é heterogêneo, constitui-se pela relação que estabelece com o outro, pelas interações em diferentes lugares na sociedade, e, com o Outro, que se materializa na linguagem e mostra o sujeito em um lugar desconhecido para si. (FERNANDES, 2008, p. 30).

Importa para a AD a natureza heterogênea dos objetos de estudo, o ângulo de análise a partir de ocorrências linguístico-discursivas, definindo as posições e sujeitos, sempre frisadas pela mutabilidade discurso e dos elementos que o influenciam para que se verifique e analise as modificações discursais, devendo expor e explicitar os elementos, formações e as próprias transformações do objeto de estudo.

A História, também elementar da AD, visa explicar aos analistas como os discursos se moldam e se modificam no decorrer do lapso temporal, embasando-se nos conflitos

sociais e espaços da enunciação do objeto, contribuindo ainda para ensejar a modificação e atribuição de significados da terminologia utilizada a partir dos acontecimentos históricos na linha do tempo. Fernandes explica que:

A Análise do Discurso, ao refletir sobre as condições histórico-sociais que envolvem a produção do discurso, recorre à História visando a analisar o material em termos de produções localizáveis em um lugar sócio-histórico (lugar de produção socioeconômico, político-ideológico e cultural) (FERNANDES, 2008, p. 45).

A historicidade ainda nos auxilia nos sentidos produzidos no discurso e suas condições de produção na história e na sociedade, sempre unidos à existência dos sujeitos, elucidando ainda como “cada enunciado tem o seu lugar e sua regra de aparição, e como as estratégias que o engendram derivam de um mesmo jogo e relações, como dizer um tem espaço em um mesmo lugar e em uma época específica” (FERNANDES, 2008, p. 40).

Interessa-nos também os mecanismos sintáticos e do processo de enunciação que possibilitam a este estudo a própria materialização dos discursos.

Isso porque, a linguagem define e apresenta a vontade do sujeito para o discurso. Por fim, é importante destacar que para a AD são essenciais os significados e sentidos atribuídos à linguagem apresentada, não possuindo tanta valia o significado objetivo da palavra individualizada.

Para Fernandes (2008, p. 87), os procedimentos metodológicos para análise visualizam uma inter-relação entre teoria e metodologia que se deve à natureza epistemológica da AD, uma vez que, dada a recorrência à história, o objeto tomado para análise implica uma volta à teoria, justamente para buscar a perspectiva socio ideológica dos sentidos e a historicidade dos processos de significação.

A ANÁLISE DO DISCURSO NA LINGUAGEM JURÍDICA

Refletir acerca da AD na linguagem jurídica, qual seja, nos processos enunciativos proferidos por operadores do Direito, é um passo indispensável na compreensão das mensagens do contexto de normas, jurisprudências, doutrinas, principalmente nas modalidades da escrita e da fala, e que passa por moldes e avanços nos últimos anos, com a finalidade de ser um objeto de pesquisa mais examinado para a melhor clareza e entendimento dos efeitos enunciativos.

A linguagem e o direito consistem em ciências interdependentes, principalmente porque o direito é formalizado no “mundo do dever ser” por meio de mecanismos (como a fala e a escrita) da primeira ciência.

Importante nos atentar e trazer como premissa que o modo como os corpos de linguagem se apresentam em cada fragmento são diferentes, variáveis e específicos, pois, todos os processos enunciativos se expandem com uma “organização lógica e de funções semânticas e programáticas diversas”, conforme mencionado por Carvalho (2000, p. 02), de tal modo que os elementos utilizados para a construção e a própria enunciação das peças jurídicas são distintas e escolhidas de maneira criteriosa para a produção de efeitos desejados pelo enunciador.

Registra-se que o estudo de interferência da linguagem no âmbito jurídico busca abordar as temáticas tratadas pela doutrina, pela jurisprudência e em diversas situações fáticas com interposição no ramo do Direito. Colares (2010, p. 08) nos relata que “o domínio da relação entre a linguagem e a atividade jurisdicional se inscreve em uma prática necessariamente transdisciplinar, se estuda a linguagem como atividade sociocultural e seu funcionamento no Direito”.

Cada discurso tem a inserção e a construção de um ato jurídico, ou seja, o direito adquire forma no universo legislativo e forense a partir dos processos de linguagem, sendo necessário citar que a linguagem em que o direito positivo está vertido é o seu próprio modo de expressão (CARVALHO apud VILA NOVA, 2000 p.03).

Nesse mesmo sentido, como componente da distribuição organizacional e construção desses atos, nos reportamos ao elo entre os sujeitos manifestados nas relações jurídicas e, conforme apontado por Colares (2010, p. 10), concordamos que “no Direito, a linguagem estabelece relações entre pessoas e grupos”.

Isso quer dizer que a linguagem é demonstrada através direito, que é especificamente um conjunto de normas jurídicas utilizadas e válidas em um determinado país, bem como pela Ciência do Direito, que cuida, especificamente, da descrição do enredo normativo, a exemplo citamos as normas permissivas e/ou punitivas, que delimitam a ação do indivíduo para uma melhor vivência em sociedade.

O operador do Direito deve se preocupar intrinsecamente com a construção de textos com viés persuasivo e o modo como a linguagem se sistematiza na problemática jurisdicional colocada em análise pelo julgador, contando para isso com um “conjunto de elementos e recursos interpretativos e comunicacionais empregados”, (RODRIGUES, 2015, p. 102), como o emissor, receptor, a mensagem, o código, o canal, contexto, além de um conjunto que se apresenta como suporte hermenêutico e das unidades morfológicas.

Do mesmo modo, salienta Pedrosa (p. 01) que a “linguagem é um meio de dominação e de força social, servindo para legitimar as relações de poder estabelecidas institucionalmente”. Devemos mencionar que é por meio da linguagem utilizada pelos textos técnicos e dissertativos na perspectiva jurídica, que se denota a incidência de termos e viés argumentativo que se sobressaem aos demais produtos da linguagem, que outrora incidem nos demais ramos das ciências sociais.

Considerando os efeitos acima elencados, principalmente os que tangem a efetiva concretização de um ato jurídico, a relação de domínio na linguagem jurisdicional e a própria relação entre os grupos sociais, cabe observar e direcionar as escolhas linguísticas pelos sujeitos enunciativos do discurso, bem como verificar de qual modo se refletem na perspectiva e interpretação do sujeito receptor (que pode ser um mero

leitor, ou, na hipótese de análise das decisões judiciais, o sujeito a que tais efeitos incidem).

No que tange o estudo do Direito, somos instruídos pelos doutrinadores a realizar o abandono de influências e ideologias, principalmente no processo decisório, devendo repudiar as falsas questões científicas e fundamentar-se tão somente nos elementos objetivos postos a discussão, a título de exemplo, em um processo, quando - a grosso modo - se analisa o contexto fático e aplica as normas vigentes, visando a não influência do juiz com os aspectos denominados fatores externos ao direito.

Diversamente, a influência ideológica caracteriza e compõe o próprio processo de AD, admitindo que os sujeitos transmitam na escolha dos enunciados e dos termos que integram a fala, a sua carga de conhecimento e de ideologia.

Nos processos jurídicos, apesar de buscar, ao máximo, a imparcialidade na fase decisória, por certo, o juiz insere uma carga de ideologias, mas não por um ato voluntário e sim pela sua influência no meio, sendo, por vezes, imperceptível a disposição do processo de enunciação somado às influências do subconsciente.

Como bem abordado por Orlandi (2005, p. 10), nem todos podem interpretar de acordo com a vontade, há especialistas, há um corpo social a quem se delegam poderes de interpretar, tais como juízes, o professor, o advogado, o padre, entre outros.

No artigo “Linguagem e Direito no Brasil” Colares destaca acerca dos processos de enunciação:

Os textos produzidos na justiça – “objetos-de discurso” não representam de maneira absoluta objetos ontológicos do mundo real, mas a cada enunciação, em cada contexto, variam de significado conforme os aspectos subjetivos daqueles que têm o poder e o dever de decidir.

Sobre esse poder decisório, nos cabe mencionar que “analisar o discurso jurídico implica em conhecê-lo em sua essência e estrutura vinculando-se a linguagem e o desenvolvimento do discurso de partes opostas em uma sessão”. (TOMAZ, 2015, p. 103), para que, assim, possamos compreender as manifestações proferidas e,

finalmente, compreender “como este texto significa”, justamente o que questionamos na AD.

Por fim, a AD na Linguagem Jurídica nos remete à abordagem da prática social pelas pessoas que produzem e recebem o fragmento, na utilização de fundamentos trazidos ao processo e os demais que compõem o ordenamento, com seus respectivos códigos de leis, pelos magistrados, na escolha dos elementos para a produção textual, bem como na estrutura topológica da peça utilizada (pré-determinada) por meio das práticas jurídicas.

A ESCOLHA E ANÁLISE DO CORPUS

A seguir, se realiza a análise discursiva do voto proferido nos autos do Habeas Corpus 143.641 São Paulo, pelo Relator Ministro Ricardo Lewandowski, que versa acerca da concessão de prisão domiciliar, em substituição à prisão preventiva, de “todas as mulheres presas preventivamente que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães de crianças sob sua responsabilidade” (STF - HC: 143641 SP - SÃO PAULO, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 24/10/2018, Data de Publicação: DJe-228 26/10/2018), julgada no dia 24/10/2018.

A escolha do *corpus* se pauta pela influência que o voto do Ministro implica à sociedade brasileira, principalmente às mulheres carcerárias, sendo reconhecido este julgado como umas das principais decisões do Supremo Tribunal Federal no ano de 2018, de modo que se pode verificar a incidência da interdisciplinaridade contida também nos discursos jurídicos.

Em breve explicação, se menciona que na prática forense o Relator (definido como o sujeito discursivo do *corpus*) de um processo tem a função de analisar minuciosamente todas as questões processuais e materiais que envolvem a situação apresentada, bem como o que se requer ao final pela parte autora, sempre voltado aos fatos e fundamentos expostos nos autos. Após esse trâmite, passa-se então à

exposição do relatório das circunstâncias e o voto a respeito da lide discutida aos demais membros do colegiado.

Foram selecionados do *corpus* dois fragmentos para análise, para “atender também uma necessidade de delimitação do material, dada sua extensão, pela focalização de enunciados específicos”, conforme metodologia apresentada por Fernandes (2008, p.60), assim, vejamos o primeiro recorte:

Aqui, é preciso avaliar, primeiramente, se há, de fato, uma deficiência de caráter estrutural no sistema prisional que faz com que mulheres grávidas e mães de crianças, bem como as próprias crianças (entendido o vocábulo aqui em seu sentido legal, como a pessoa de até doze anos de idade incompletos, nos termos do art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA), estejam experimentando a situação retratada na exordial. Ou seja, se as mulheres estão efetivamente sujeitas a situações degradantes na prisão, em especial privadas de cuidados médicos pré-natal e pós-parto, bem como se as crianças estão se ressentindo da falta de berçários e creches. Nesse aspecto, a resposta é lamentavelmente afirmativa, tal como deflui do julgamento da ADPF 347 MC/DF, na qual os fatos relatados no presente habeas corpus – retratando gravíssima deficiência estrutural, especificamente em relação à situação da mulher presa – foi expressamente abordada. (FRAGMENTO 1).

O ordenamento jurídico é claro ao estabelecer no art. 318, do Código de Processo Penal que juiz poderá substituir a prisão preventiva em domiciliar quando o agente for (IV) gestante; (V) mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

Bastava ao Relator, tão somente, realizar aplicação da legislação vigente ao caso posto para discussão, tendo em vista a constante expedição de mandados de prisão preventiva para mulheres gestantes e mães de menores de 12 anos de idade, demonstrando que as circunstâncias se adequam ao legalmente estipulado, entretanto, por ser esse um sujeito discursivo, que traz consigo a história social com a marca da ideologia, passa a avaliar a estrutura penitenciária a que as detentas se submetem, praticando a interdiscursividade.

Observa-se que trata de sujeito discursivo com significativa posição social, tendo em vista o cargo político que ocupa no Supremo Tribunal Federal e os efeitos que incidem sobre toda população brasileira dos conteúdos decisórios. Importante mencionar, também, a militância do sujeito discursivo em assuntos relacionados à esfera penitenciária, principalmente por anteriormente se destacar como Relator do

Recurso Extraordinário que reconheceu a competência do poder judiciário para determinar reformas em presídios.

Atentando à investigação da posição-sujeito que existe no autor do enunciado, realizada na AD, observa-se que o sujeito discursivo traz à tona um discurso com elementos políticos e realiza o levantamento de aspectos conflitivos quando expõe a ausência de serviços de saúde voltados aos cuidados médicos do pré-natal e pós-parto, além da inexistência de celas e dormitórios adequados para gestantes, demonstrando ao processo decisório informações não somente relativas à problemática jurisdicional, como também à ineficiência do Estado quando não se atenta à estrutura precipuamente necessária aos estabelecimentos prisionais, sendo esse argumento também considerado para a decisão final do Exmo. Relator.

Ainda, trazemos novamente parte do Fragmento 1 “bem como se as crianças estão se ressentindo da falta de berçários e creches”. Nesse discurso observamos a influência e preocupação social e moral não somente com as mulheres reclusas, mas também com seus filhos (as), que se submetem a ausência de estrutura escolar, já que baixo é o percentual de estabelecimentos que possuem cela e dormitórios adequados e berçários e centros maternos infantis. Esse argumento nos reporta dizer que o teor decisório na ADPF importa não somente às mulheres infratoras, como aos seus filhos e o futuro estudantil desses, instigando a vislumbrar soluções de uma problemática materno-infantil, ainda mais ampla.

Conforme dito por Fernandes “o discurso envolve condições histórico-sociais de produção”, por isso, importante mencionar que as primeiras prisões femininas ocorreram no Brasil na década de 40, quando as atividades dentro do centro de reclusão eram voltadas aos afazeres manuais, como costuras, artesanatos, bordados e também desenvolviam trabalhos domésticos e os estabelecimentos prisionais possuíam como lema “prender para educar e ressocializar”. Destaca-se que, de todas as primeiras instituições, somente uma unidade prisional foi construída para esse fim, de modo que todas as demais foram adaptadas em prédio com o objetivo de abrigar as detentas.

Também importante citar o histórico de tipos penais praticados por mulheres, que até metade do século XX correspondiam aos crimes de aborto, infanticídio e homicídio passional, sendo que atualmente se revelam principalmente pelo envolvimento no tráfico de drogas, conforme bem relatado no *corpus* analisado, em elevado índice relativo à prisão preventiva, e não se evidencia a incidência de grave ameaça na prática delitiva. Ainda nesse sentido, se revelam como partícipes do crime, quando auxiliam no transporte de drogas.

O Relator ainda manifesta a vulnerabilidade social que estas mulheres estão inseridas, com encarceramento

discriminatório e seletivo, impactando de forma desproporcional as mulheres pobres e suas famílias (FRAGMENTO 2).

Neste contexto, o sujeito discursivo traz à reflexão qual o público diretamente interessado, que se discute no *habeas corpus* coletivo, indicando que estamos tratando não somente das condições estruturais do sistema carcerário e sim de um aspecto criminológico e de segurança pública, quando se discute também as uma elevação dos crimes praticados por mulheres e quais são as estratégias das políticas criminais para combater esse constante aumento. Ou seja, quando disserta, traça o perfil da mulher infratora, sendo essas mulheres pobres, inseridas em contexto de alta vulnerabilidade, seja por baixa escolaridade, estado civil, raça/cor/etnia, subjetivamente o sujeito discursivo implica que o encarceramento preventivo é uma consequência do meio em que a mulher está inserida, e, ainda mais temeroso, sendo um encarceramento seletivo.

Consequentemente, tal pressuposto poderá ser utilizado para refutar em demais julgados, servindo como embasamento para outros processos decisórios que tratem da temática de prisão por tráfico de entorpecentes com a vulnerabilidade social do agente infrator.

Apesar do *corpus* ser um documento técnico, que exige o emprego de uma linguagem jurídica, sendo essa formal, nesse caso específico se evidencia a utilização de linguagem mais coloquial e direta, isso pois, entende-se pelo público alvo a que a

decisão possui efeitos finais, já que, conforme anteriormente mencionado, tratam-se de mulheres e crianças submetidas à alta vulnerabilidade.

Por fim, importante destacar a presença de diferentes discursos no mesmo *corpus*, marcado pelo interdiscurso, já que o sujeito discursivo apresentou, durante todo o Relatório, referências de outras decisões, julgados e recomendações feitas ao país, que tratam de tema semelhante, demonstrando, dessa forma, que seu Relatório estava intrinsecamente influenciado por recomendações feitas ao Brasil, o que denota ser o discurso sempre uma reprodução de argumentos pretéritos, assim, motivado pelos aspectos ideológicos.

CONCLUSÃO

Neste artigo buscou-se evidenciar, por meio dos mecanismos teóricos da AD, como as peças jurídicas (principalmente as que possuem cunho decisório) não estão isentas da influência ideológica e aspectos históricos, de modo que se manifestam não somente com a aplicação do Direito, mas sim com os encargos subjetivos do sujeito discursivo, e como a interdisciplinaridade da Linguagem e seus aspectos persuasivos se apresentam no âmbito jurídico.

REFERÊNCIAS

1. ANGOTTI, Bruna. ENTRE AS LEIS DA CIÊNCIA, DO ESTADO E DE DEUS. 2. Ed. rev: San Miguel de Tucumán. 2018. Disponível em <<https://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2018/06/bruna-angotti-entre-as-leis-da-cincia-do-estado-e-de-deus.pdf>>
2. BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Voto do *Habeas Corpus* 143.641 do Relator Ministro Ricardo Lewandowski, julgado no dia 10/2018 e publicado no DJe-228 em 26/10/2018. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>> Acesso em 23/4/2019.

3. CABRAL, Ana Lúcia Tinoco; GUARANHA, Manoel Francisco. ESCOLHAS LINGUÍSTICAS E ARGUMENTAÇÃO: Reflexões sobre produção textual para estudantes de direito. 2016. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/bibfbc/a_biblioteca/documentos/guia-normalizacao> Acesso em: 06/06/2019.
4. CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 13. Ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2000.
5. COLARES, Virgínia. Linguagem e Direito. 2010. Disponível em: <<https://docplayer.com.br/11799912-Linguagem-direito-virginia-colares-organizacao-editora.html>> Acesso em: 18/05/2019.
6. COLARES, Virgínia. Linguagem e Direito no Brasil. Disponível em: <<https://www.jfce.jus.br/images/esmafe/material-didatico/2009/01-linguagemDireitoBrasil-VirginiaColares.pdf>> Acesso em: 23/07/2019.
7. FERNANDES, Claudemar Alves. "Análise do Discurso: reflexões introdutórias". 2008. Disponível em: <http://www.sergiofreire.pro.br/ad/FERNANDES_ADRI.pdf>. Acesso em: 07/11/2018.
8. ORLANDI, Eni Puccinelli. Análise do Discurso: Princípios e Procedimentos. 2007.
9. PEDROSA, Cleide Emília Faye. ANÁLISE CRÍTICA DO DISCURSO UMA PROPOSTA PARA A ANÁLISE CRÍTICA DA LINGUAGEM. Disponível em: <<https://www.filologia.org.br/ixcnlf/3/04.htm>> Acesso em: 06/06/2019.
10. RODRIGUES, Patrícia. A análise do discurso jurídico na mediação envolvendo sujeitos em conflitos. 2015. Disponível em: <<http://www.ojs.ufpi.br/index.php/ininga/article/viewFile/6134/3647>> Acesso em: 06/06/2019.