

Diké: Revista Eletrônica de Direito, Filosofia e Política do Curso de Direito da UNIPAC Itabirito

Editora:

Fundação Presidente Antônio Carlos – FUPAC – Unidade Itabirito.

Ano 6, nº 9, 1º semestre de 2014.

Conselho Editorial:

Prof. Mestre José Carlos Henriques (UNIPAC-FDCL-FAM), Prof. Mestre Bernardo Gomes Barbosa Nogueira (UNIPAC-FADIP), Prof. Mestre Bruno Camilloto Arantes (UFOP), Prof. Doutor José Luiz Furtado (IFAC/UFOP), Prof. Doutor Nuno Manoel Morgadinho dos Santos Coelho(USP), Prof. Doutor Sebastião Trogo (FDCL), Prof. Mestre Ramon Mapa da Silva (UNIPAC-FADIP), Prof. Doutor Joseli Magalhães (UFPI), Prof. Pablo Jiménez Serrano (UNIFOA-RJ); Prof. Mestre Ricardo Augusto de Araújo Teixeira (FDCL).

Editores Responsáveis:

José Carlos Henriques, Ramon Mapa da Silva, Bernardo G. B. Nogueira.

Corpo de Pareceristas:

Prof. Doutor Nuno Manoel Morgadinho dos Santos Coelho(USP); Prof. Doutor Joseli Magalhães (UFPI); Prof. Pablo Jiménez Serrano (UNIFOA-RJ); Prof. Mestre José Carlos Henriques (UNIPAC-FDCL-FAM), Prof. Mestre Bernardo Gomes Barbosa Nogueira (UNIPAC-FADIP); Prof. Mestre Ramon Mapa da Silva(UNIPAC-FADIP).

Linha Editorial

Direito, Filosofia e Política.

Diké: Revista Eletrônica de Direito, Filosofia e Política do Curso de Direito da Fundação Presidente Antônio Carlos – FUPAC – Unidade Itabirito.

Diretor Geral: Bruno Augusto Melillo.

Diretor Acadêmico-Pedagógico: Henrique Guimarães Malheiros

Rua Matozinhos, 293 – Bairro Matozinhos – (31) 3561 – 7775 – Itabirito/Minas Gerais.

E-mails: ramon_mapa@yahoo.com.br; jcarloshen@yahoo.com.br;

bernardogbn@yahoo.com.br; antunesdireito@gmail.com; diretoriaitabirito@unipac.br.

SUMÁRIO

A TRANSAÇÃO PENAL NO DELITO DE PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PRÓPRIO: Uma análise sobre o prisma do princípio do devido processo legal.....	1
<i>Alex dos Santos Neto, Polianna Pereira dos Santos</i>	
DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO PARA CISÃO PARCIAL DE SOCIEDADE LIMITADA COM VERSÃO DE PATRIMÔNIO PARA NOVA SOCIEDADE.....	17
<i>Matheus Adolfo Gomes Quirino, Leandro Henrique Simões Goulart</i>	
DIREITO E LITERATURA: A importância da literatura no Direito.....	30
<i>Elana Gomes Santos Moreira, Bernardo Gomes Barbosa Nogueira</i>	
APLICABILIDADE DA LEI 8.009/90 PARA DEVEDORES SOLTEIROS.....	44
<i>Leandro Henrique Simões Goulart, Matheus Adolfo Gomes Quirino</i>	
PRINCÍPIOS E CRITÉRIOS NORTEADORES DO JUÍZO DE IMPUTAÇÃO PENAL OBJETIVA.....	67
<i>José Carlos Henriques</i>	
O CASO RUBENS PAIVA E A TRANSIÇÃO DA JUSTIÇA BRASILEIRA.....	90
<i>João Vítor Martins</i>	
A JUSTIÇA ENTRE O DIONÍSIO E O CRUCIFICADO: Ou como tornar-se o que se é.....	109
<i>Ramon Mapa da Silva</i>	
TRIBUNAL DE CONTAS: Uma breve introdução.....	117
<i>Ariadne Guimarães Vieira, Ricardo Augusto de Araújo Texeira</i>	
INOBSERVÂNCIA DE REGRA TÉCNICA DE PROFISSÃO, ARTE OU OFÍCIO Uma releitura sob a ótica dos princípios do <i>Ne bis in idem</i> e da Proporcionalidade.....	130
<i>Rodrigo Ferreira</i>	
ATIVISMO E EFEITO VINCULANTE: Perigos, no âmbito da jurisdição constitucional.....	149
<i>José Carlos Henriques Fernando Cristian Marques</i>	

APRESENTAÇÃO

Ramon Mapa da Silva

A humanidade, em seu lento caminhar pela história, sempre teve no conhecimento a base para sua emancipação. A consciência humana, esse dispositivo antinatural curiosamente criado pela própria natureza, é capaz de coisas extraordinárias quando focada em um objetivo. Da mesma forma, também é capaz de coisas monstruosas. A cada ideia trazida à luz do real, tateamos o limiar da maravilha e o limiar da desolação. Não é por acaso que entre todas as espécies que se espalham por esse planeta azulado, somente a nossa tenha a capacidade de destruí-lo. Capacidade que temos exercido de forma operosa e constante, é preciso lembrar. Mas, entre todas as espécies, somos nós também, pela razão e pelo conhecimento, os únicos capazes de salvar o planeta.

Não há uma fórmula para tomarmos as melhores decisões, e para escolhermos as melhores ideias. Não há uma fórmula que evite o erro. Mas quando falamos de pensamento, é a crítica, a dúvida, o olhar cinza dos incomodados, a maior garantia contra o erro. Não basta mais cultivarmos uma ideia, não basta mais buscarmos soluções para os nossos problemas, é preciso repensar tanto as ideias quanto os problemas. É preciso redimensionar nossa visão de mundo, reconstruí-la, moldá-la em uma forma menos excludente e violenta.

Em mais essa edição da Revista Dikè, continuamos o compromisso de pensar o direito e a política de forma crítica e responsável. Sabemos que em um mundo onde a informação circula de forma desenfreada e incontrolável, os discursos emancipatórios e críticos se perdem em meio ao palavrório e à gritaria. Mas sabemos também que é justamente nesse mundo que esses discursos são mais necessários. É importante continuar, e agradecemos aos nossos leitores e à comunidade acadêmica pela força necessária para isso.

Obrigado e boa leitura a todos.

Itabirito, 2014.

A TRANSAÇÃO PENAL NO DELITO DE PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PRÓPRIO:

Uma análise sobre o prisma do princípio do devido processo legal

*Alex dos Santos Neto*¹

*Polianna Pereira dos Santos*²

RESUMO: O presente estudo tem o propósito de analisar a aplicação da transação penal para o crime de porte de drogas para consumo próprio trazidas pela Lei 11.343/06, em contraposição ao princípio do devido processo legal. Para tanto, será realizado um estudo do crime de uso de drogas após edição da nova lei e sua natureza jurídica, bem como do instituto da transação penal e do princípio do devido processo legal. O ponto fulcral do presente estudo reside exatamente na previsão contida no §5º do art. 48 da Lei 11.343/06, que fala na aplicação imediata da pena prevista em seu art. 28. Pretendeu-se, portanto, analisar a constitucionalidade do dispositivo, à luz do princípio do devido processo legal.

Palavras-chave: Lei Antidrogas. Transação penal. Devido Processo Legal.

TRANSACTION IN THE CRIME OF CARRYING SELF-CONSUMPTION DRUGS:

An analysis on the prism of the principle of due process of law

ABSTRACT: The purpose of the present study is to analyze the application of the criminal transaction for the carrying self-consumption drugs introduced by Law 11,343/06, in contrast to the principle of due process of law. Thus, a study of the crime of drug use after issue of the new law and its legal nature, as well as the institution of transaction and the principle of due process of law will be conducted. The focus of this study lies precisely in the provision contained in paragraph 5 of art. 48 of Law 11,343 / 06, which speaks of immediate imposition of penalty provided for in art. 28. The intention was therefore to analyze the constitutionality of the article, under the principle of due process.

Keywords: Drug law. Criminal transaction. Due Process of Law.

1 Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete (FDCL). Analista Processual do Ministério Público da União. Especialista (Pós-Graduação *lato sensu*) em Direito Público pela Fundação Getúlio Vargas (FGVOnline). Assessor da Procuradoria Regional Eleitoral em Minas Gerais (PREMG). E-mail: aneto@prmg.mpf.gov.br. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/5826815759452667>

2 Mestranda em Direitos Políticos na Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Especialista (Pós-Graduação *lato sensu*) em Ciências Penais pelo Instituto de Educação Continuada na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (IEC PUC MINAS). Bacharela em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Assessora da Procuradoria Regional Eleitoral em Minas Gerais (PREMG). Professora de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC Itabirito. E-mail: poliannasantos@gmail.com. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/4179420034009072>.

1. INTRODUÇÃO

Antes da promulgação da Lei 11.343, de 2006 existiam duas leis vigentes no Brasil sobre o tema: A Lei 6.368, de 1976, e a Lei 10.409, de 2002. A primeira dispunha sobre o direito material e processual, até a promulgação da Lei 10.409, de 2002. A Lei 10.409/02 pretendeu substituir integralmente a Lei 6368/76, mas diante de sua má qualidade, o Poder Executivo vetou todo o Capítulo III, “Dos crimes e das penas”. Dessa forma, de 2002 até 2006, quando da vigência da Lei 11.343/06, eram aplicáveis as Leis 6.368/76, e 10.409/02, a primeira com disposições sobre os crimes em espécie, e a segunda, sobre o direito processual.

A nova Lei de Drogas é resultado da junção dos Projetos de Lei nº. 6108, do Poder Executivo, e nº. 115, do Senado, que apensados, deram origem ao Projeto de Lei nº. 7134. Foi promulgada em 23 de agosto de 2006 com disposições sobre direito material e processual, e pretende melhor organizar e normatizar a problemática social das drogas nas suas facetas de prevenção e repressão, acabando com a insegurança causada pela confusão interpretativa em relação às Leis 6.368/76, e 10.409/02 (BIZZOTO, 2007).

A Lei 11.343/06 previu políticas de atuação diferenciadas para a questão das drogas: prescreveu medidas para prevenção ao uso e normas para a repressão à produção e tráfico ilícito de entorpecentes, o que se observa na distribuição de seus capítulos e no art. 1º:

Art. 1º. Esta Lei institui o Sistema Nacional de políticas Públicas sobre Drogas – SISNAD; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para a repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas e define crimes.

O presente estudo está vocacionado à análise do crime de uso de drogas, especificamente tendo em mira as sanções aplicadas e a possibilidade de realização de transação penal. Para tanto, fez-se necessário uma análise dogmática do art. 28 da Lei 11.343/06, passando brevemente sobre a cizânia que gerou em torno da natureza jurídica do dispositivo. Tratou-se da análise pré-processual do dispositivo, destacando a possibilidade de aplicação da Lei 9.099/97, especificamente no que tange ao instituto da transação penal.

O ponto fulcral do presente estudo reside exatamente na previsão contida no §5º do art. 48 da Lei 11.343/06, que fala em “*aplicação imediata de pena prevista no art. 28 desta Lei*”. Pretendeu-se, portanto, analisar a constitucionalidade do dispositivo, à luz do princípio do devido processo legal, que será objeto de análise no tópico 3.

2. ART. 28: O USUÁRIO DE DROGAS

Das alterações trazidas a efeito pela Lei 11.343/06, ressalta-se a nova disciplina jurídica aplicada aos crimes associados ao consumo ilícito de drogas. Nesse sentido, cabe verificar a justificativa do Senado ao Projeto de Lei nº. 115, convertido na *novel* lei, constante no parecer 846, da Comissão de Assuntos Sociais do Senado, publicado no Diário do Senado Federal em 6 de julho de 2006:

O maior avanço do Projeto está certamente no seu art. 28, que trata de acabar com a pena de prisão para o usuário de drogas no Brasil. A pena de prisão para o usuário de drogas é totalmente injustificável, sob todos os aspectos. Em primeiro lugar, porque o usuário não pode ser tratado como um criminoso, já que é na verdade dependente de um produto, como há dependentes de álcool, tranqüilizantes, cigarro, dentre outros. Em segundo lugar, porque a pena de prisão para o usuário acaba por alimentar um sistema de corrupção policial absurdo, já que quando pego em flagrante, o usuário em geral tenderá a tentar corromper a autoridade policial, diante das conseqüências que o simples uso da droga hoje pode lhe trazer. (PARECER..., 2006)

O artigo 28 que dispõe sobre a conduta relativa ao uso de drogas inovou ao retirar a pena de prisão das hipóteses de sanção cabível, com respaldo no texto da Convenção contra o tráfico ilícito de entorpecentes e de substâncias psicotrópicas, de 20 de dezembro de 1988, recepcionada pelo sistema brasileiro através do Decreto nº. 154, de 1991, em seu art. 3º, § 4º, “d”:

d) As Partes poderão, seja a título substitutivo de condenação ou de sanção penal por um delito estabelecido no parágrafo 2 deste Artigo, seja como complemento dessa condenação ou dessa sanção penal, propor medidas de tratamento, educação, acompanhamento posterior, reabilitação ou reintegração social do delinqüente.

Dessa forma, passou-se a conceber o usuário como vítima na cadeia produtiva e econômica em que se acham inseridas as drogas. Fica claro o objetivo de abrandar o estigma penal do usuário.

O artigo 28 da Lei 11.343/06 assim dispôs, em seu caput:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Observa-se que o legislador optou por usar o termo “para consumo pessoal”, no lugar de “para uso próprio”, como constava na Lei 6.368/76. Para Vicente Greco (2007) “a alteração é relevante porque amplia a possibilidade do enquadramento no tipo mais benéfico das condutas quando para consumo próprio ou de outrem em caráter pessoal, ou seja, sem animus de disseminação”.

Verifica-se ainda que as condutas “ter em depósito” e “transportar”, que na lei anterior só constavam na descrição típica do tráfico de drogas, passa a compor o tipo misto alternativo do art. 28. Dessa forma o texto ficou mais amplo e benéfico.

2.1. NATUREZA JURÍDICA DO ART. 28

A mudança na forma de determinar o preceito secundário do tipo descrito no artigo 28 da Lei nº. 11.343, de 2006 gerou, entre os estudiosos e aplicadores do direito, divergências quanto à sua natureza. Tal questionamento é deveras pertinente, vez que os efeitos gerados pela prática do ato variam conforme a tese adotada.

Três foram as principais hipóteses suscitadas: descriminalização da conduta, despenalização do crime, e descarcerização. Convém, primeiramente, entender em que consiste cada uma.

Descriminalizar é retirar o caráter criminoso do fato. Uma conduta que era prevista pela Lei penal como crime passa a não mais sê-lo. Despenalizar, por outro lado, é retirar da conduta delituosa que constitui crime, a pena cominada – sem retirar o caráter criminoso do fato. Descarcerizar é abolir a aplicação da pena privativa de liberdade como sanção a determinado crime.

Luíz Flávio Gomes (2007) defende a descriminalização formal da conduta prevista no art. 28, que passou a configurar uma infração penal *sui generis*, concomitantemente à despenalização, em um processo misto. Alega que a intenção da lei foi evitar ao uso da pena privativa de liberdade, mas manter o caráter ilícito da conduta. Descriminalização formal, porque de acordo com os critérios constantes no artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal³, o art. 28 não apresenta um crime, mas isso não seria o mesmo que dizer que houve a legalização da conduta.

Segundo o artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal as infrações seriam

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

divididas em crime ou contravenção, conforme a pena aplicável. Como o art. 28 não apresenta como sanção a pena privativa de liberdade em qualquer de suas espécies, não teria natureza de crime, sequer de contravenção. Como não há outra hipótese na referida lei, entendeu-se tratar de uma infração penal *sui generis*. Luiz Flávio Gomes entende que houve uma opção político criminal minimalista, que não condiz com a manutenção da criminalização das condutas associadas ao uso de drogas. O autor questiona:

se um fato punido com reclusão ou detenção é “crime” e se esse mesmo fato quando punido com prisão simples ou multa é uma “contravenção penal”, como admitir que o menos, ou seja, como admitir que o fato punido com sanções mais brandas do que a prisão simples (esse é o caso do art. 28) seja “crime”? (2007, p. 137)

A conduta descrita no art. 28 ainda representaria uma infração penal porque não se retirou do universo penal referida conduta, bem como porque é o juiz que irá aplicar as penas previstas. Também não se trata, portanto, de infração administrativa.

O autor ainda refuta a alegação de que o artigo está inserto no capítulo “Dos Crimes e Das Penas” e, portanto, deve ser reconhecido com crime. Suscita a falta de técnica do legislador, que em outro momento também chamou de crime o que na verdade não o era (“crime de responsabilidade” na Lei 1.079, de 1950).

Alega ainda que ao termo “reincidência” foi emprestado o sentido comum, não técnico, com o único efeito de aumentar de cinco para dez meses o prazo máximo de prestação de serviços à comunidade, previsto no art. 28. Ademais, no atual sistema penal brasileiro, a prática de uma contravenção que antecede à prática de um crime não gera reincidência. Se for considerar que o art. 28 é crime, o sujeito que pratica alguma das condutas ligadas ao uso de drogas e um crime depois, será reincidente. Assim, quem pratica contravenção seguida de crime não é reincidente, e quem pratica a conduta descrita no art. 28 seguido de crime é reincidente. (GOMES, 2007, p. 134).

Contesta à previsão da prescrição no art. 30 como justificante da natureza de crime da conduta do art. 28, por não ser hoje mais privilégio destes a existência de tal instituto. A prescrição vem sendo aplicada aos atos infracionais e às contravenções, e até mesmo os ilícitos civis estão sujeitos à prescrição.

Por outro lado, não foram poucos os autores a repudiar a tese da descriminalização, apenas considerando a ocorrência de despenalização para a conduta em análise. O entendimento de que o art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal limita a edição de outras leis ordinárias que eventualmente apresentem sanções diferentes das privativas de liberdade, é

afastado pela análise dos incisos XLVI⁴ e XLVII⁵ do art. 5º da Constituição da República, que traz em seu corpo a possibilidade da existência de outras formas sancionatórias, além das discriminadas. Dessa maneira, se a Constituição da República exemplifica as penas aplicáveis, afastando as formas proscritas, Lei Ordinária não poderá limitar a aplicação de penas não proibidas pela Magna Carta.

Assim a Lei de Introdução ao Código Penal, recepcionada pela Constituição de 1988 como lei ordinária, não poderá servir de óbice à edição de novas leis ordinárias que apresentem outras hipóteses de sanção não vedadas pela Constituição da República.

Para os que entendem que não houve a descriminalização do uso de drogas pela Lei 11.343/06, o art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal apenas traz um critério de definição, ou distinção entre crime e contravenções, não apto a vincular ou impedir a criação de leis com novas hipóteses de penas. Neste sentido é a renomada doutrina de Bitencourt:

Essa lei de introdução, sem nenhuma preocupação científico doutrinária, limitou-se apenas a destacar as características que distinguem as infrações penais consideradas crimes daquelas que constituem contravenções penais, as quais, como se percebe, restringem-se à natureza da pena de prisão aplicável. (BITENCOURT, 2006, P. 263).

Cabe ainda ressaltar o que afirma Assis Toledo (1991, p.81), quanto ao conceito de crime: *“a pena criminal, como sanção específica do Direito Penal, ou a possibilidade de sua aplicação não pode ser elemento constitutivo, isto é, estar dentro do conceito de crime”*. Assim, não se pode deduzir que a ausência da pena de prisão seja elemento suficiente para implicar na descriminalização do fato.

Ademais, afirma-se a impossibilidade de ter como premissa a ausência de técnica do legislador, ao inserir o art. 28 no título “Dos Crimes e das penas”. No relatório apresentado pelo deputado Paulo Pimenta, Relator do Projeto 7.134 na Câmara dos Deputados, manifestou-se a ausência de intenção descriminalizadora:

Ressalvamos que não estamos, de forma alguma, descriminalizando a conduta do usuário – o Brasil é, inclusive, signatário de convenções internacionais que proíbem a eliminação desse delito. O que fazemos é apenas modificar os tipos de penas a serem aplicadas ao usuário, excluindo a privação de liberdade como pena principal (...).

Não obstante tal relatório não ser meio de revelar as reais intenções do legislador, é

4 XLVI – a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos;

5 XLVII – não haverá penas: a) de morte salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis;

útil para questionar a hipótese de ausência de técnica do legislador.

Foi no sentido de despenalização do art. 28 e manutenção de sua natureza de crime que o Supremo Tribunal Federal se manifestou em Questão de Ordem, no Recurso extraordinário nº. 430105. O Ministro Sepúlveda Pertence, Relator, buscou refutar os argumentos apresentados pela outra corrente, e, além do que já foi dito, acrescentou que ao termo reincidência não foi aplicado sentido popular, e tratou do cabimento do rito processual previsto na Lei 9.099/05, para os crimes de menor potencial ofensivo.

Expõe que conforme prevê o art. 12 do Código Penal, “*as regras gerais deste código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso*”. Portanto, “reincidência”, na Nova Lei de Drogas, tem sentido técnico. Isso porque a Nova Lei não faz qualquer ressalva quanto ao instituto, que faça crer que tenha sentido popular.

Ao final, o Ministro assim conclui:

O que houve, repita-se, foi uma despenalização, cujo traço marcante foi o rompimento – antes existente apenas com relação às pessoas jurídicas e, ainda assim, por uma impossibilidade material de execução - CF/88, art: 225, §3º; e L. 9.605/98m arts. 3º, 21/24 – da tradição da imposição de penas privativas de liberdade como sanção principal ou substitutiva de toda infração penal.

Para Jayme Walmer de Freitas a questão levantada sobre a limitação que o art. 1º da LICP pode ser assim esclarecida:

(...) conjugando a Lei de Introdução ao Código Penal e a CF, pode-se dizer que crime é “[...] a infração penal a que a lei comina, *dentre outras*, pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa”. (grifo do original) (FREITAS, 2007)

Há aqueles que sustentam o entendimento da ocorrência da descarcerização do crime de uso de drogas, alegando que foram abolidas as penas privativas de liberdade, mas ainda são aplicáveis outras penas. O que se retirou não foi a pena em geral, mas somente a pena de prisão, o cárcere. Serão aplicáveis as penas de advertência sobre os efeitos das drogas; prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, que serão objeto de análise de forma individualizada neste estudo.

2.2 Da fase pré-processual – Aplicabilidade da Lei 9.099/95

O art. 48 da Lei 11.343/06 que disciplina o procedimento penal da novel Lei prevê a aplicação do rito dos juizados, trazido pela Lei 9.099/95 para os procedimentos relativos ao

uso de drogas. Os §§ 1º e 5º tratam especificamente da aplicação da lei 9.099/95⁶. Dessa forma, o usuário de drogas poderá realizar transação penal, nos moldes do art. 76 da Lei 9.099/95⁷, mas com aplicação imediata de pena prevista no art. 28.

A transação penal é um benefício apresentado pela Lei 9.099/95 que permite ao autor do fato, ou seja, àquele que em tese praticou o fato delituoso, não se submeter a um processo penal. O Ministério Público, constatando que o sujeito faz jus à transação, proporá a aplicação imediata de pena restritiva de direito ou multa, observados as circunstâncias do fato e as características do agente. Importa frisar que, não obstante a lei traga em seu bojo a expressão “pena”, não é essa a natureza da sanção aplicada de forma imediata, sem a observância do devido processo penal, e sem discussão de culpa do agente.

A aceitação da proposta não implica em assunção da culpa pelo autor do fato, nem gera antecedentes criminais. Tal benefício só pode ser aproveitado uma vez a cada cinco anos. Dessa forma, se o sujeito aceitou uma transação penal em 2006, não poderá fazer outra transação até 2011, mesmo que a conduta na qual esteja inserido represente infração de menor potencial ofensivo.

Luiz Flávio Gomes (2007) defende que, no caso do uso de drogas, não se deve observar o limite temporal para proposição de transação penal. Alega que como o art. 28, em seu § 4º define que a reincidência servirá para alterar o máximo da sanção prevista, não pode impedir a realização de outras transações penais, que, no entanto, deverão ter seu prazo de duração aumentado. Segundo o autor:

6 Art. 48. O procedimento relativo aos processos por crimes definidos neste Título rege-se pelo disposto neste Capítulo, aplicando-se, subsidiariamente, as disposições do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal. § 1º O agente de qualquer das condutas previstas no art. 28 desta Lei, salvo se houver concurso com os crimes previstos nos arts. 33 a 37 desta Lei, será processado e julgado na forma dos arts. 60 e seguintes da Lei no 9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais.[...] § 5º Para os fins do disposto no art. 76 da Lei no 9.099, de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena prevista no art. 28 desta Lei, a ser especificada na proposta.

7 Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta. § 1º Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o Juiz poderá reduzi-la até a metade. § 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado: I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva; II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo; III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida. § 3º Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do Juiz. § 4º Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos. § 5º Da sentença prevista no parágrafo anterior caberá a apelação referida no art. 82 desta Lei. § 6º A imposição da sanção de que trata o § 4º deste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo, e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível.

“Reincidência” no art. 28: se o sujeito, depois de feita uma transação, reincide (é encontrado em posse de droga para consumo pessoal outra vez), não está impedida uma nova transação em relação ao art. 28, mesmo que dentro do lapso de cinco anos. O que muda, nessa “reincidência” (que aqui é considerada em sentido não técnico), é o tempo de duração das penas: de cinco meses passa para dez meses. Mas não existe impedimento automático (mesmo dentro do lapso de cinco anos) para a realização de uma nova transação. E se o agente praticar outro fato, distinto do art. 28? Nesse caso, a transação anterior impede outra, no lapso de cinco anos (art.76, §2º, II, da Lei 9.099/95). (GOMES, 2007, p.143).

Tal posição não é dominante, mas há notícia de que algumas comarcas têm adotado esse entendimento e aplicam um sem-número de transações penais, independentemente do quinquênio entre elas, como determina o artigo 76, § 2º, II, da Lei dos Juizados Especiais.

Cumprе observar, no entanto, que o § 5º do art. 48 fala em “aplicação imediata de pena prevista no art. 28 desta Lei”, vinculando a proposta de transação às modalidades de pena e de medidas cominadas no referido dispositivo.

Todavia, a aplicação imediata das penas previstas para o referido crime na fase de transação, quando ainda não há lide, não há sequer denúncia, viola o devido processo legal, princípio constitucional que no processo penal possui especialíssima importância, tendo em vista o bem jurídico em jogo.

3. O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

O princípio de devido processo legal e seus consectários figuram entre os direitos humanos afirmados na Declaração Universal dos Direitos Humanos, Resolução adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas no pós-segunda guerra, em 1948, bem como na Convenção Americana Sobre Direitos Humanos – Pacto de São José de Costa Rica, celebrada em 1969, recepcionado pelo Brasil em 25 de setembro de 1992 e promulgado na ordem interna pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.

Referidos pactos internacionais, componentes dos sistemas global e regional de proteção dos direitos humanos, garantem a todas as pessoas o direito à presunção de inocência, aos recursos judiciais, ao juiz natural, imparcial e independente, à ampla defesa e à não autoincriminação (BARRETO, 2011, p. 105-107 e 139-141).

A Constituição Federal de 1988 internalizou e alçou à condição de direito fundamental o devido processo legal⁸, resguardando-o, inclusive, do legislador constitucional derivado ao

8 CF: Art. 5º (...) LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente; LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os

incluí-lo entre as cláusulas pétreas, intangíveis mesmo por emendas constitucionais⁹.

O princípio do devido processo legal¹⁰ lista as garantias consolidadas em um determinado momento histórico, e abrange garantias escritas e implícitas. Sua compreensão, no paradigma do Estado Democrático de Direito, está diretamente vinculada à compreensão de um processo justo. O processo devido é um processo adequado, justo. Segundo esclarece Humberto Theodoro Júnior (2006, p.29),

Nesse âmbito de comprometimento com o “justo”, com a “correção”, com a “efetividade” e a “presteza” da prestação jurisdicional, o *due process of law* realiza, entre outras, a função de um superprincípio, coordenando e delimitando todos os demais princípios que informam tanto o processo quanto o procedimento. Inspira e torna realizável a proporcionalidade e razoabilidade que deve prevalecer na vigência e harmonização de todos os princípios do direito processual de nosso tempo.

Daniel Amorim Assumpção Neves aduz, destacando as duas óticas sob as quais pode ser analisado o devido processo legal – devido processo substancial (*substantive due process*) e devido processo legal formal (*procedural due process*) – o primeiro sob uma vertente material, e o segundo, formal:

No sentido substancial o devido processo legal diz respeito ao campo da elaboração e interpretação das normas jurídicas, evitando-se a atividade legislativa abusiva e irrazoável e ditando uma interpretação razoável quando da aplicação das normas jurídicas. (...)

No sentido formal encontra-se a definição tradicional do princípio, dirigido ao processo em si, obrigando-se o juiz no caso concreto a observar os princípios processuais na condução do instrumento estatal oferecido aos jurisdicionados para a tutela de seus direitos materiais. Contemporaneamente, o devido processo legal vem associado com a ideia de um processo justo, que permite a ampla participação das partes e a efetiva proteção de seus direitos. (NEVES, 2010, p. 59/60).

Vale ressaltar que esse direito/garantia incide não só em processos propriamente ditos, assim entendidos os judiciais, mas a todos os procedimentos que envolvam interesses dos cidadãos, públicos ou privados, individuais ou coletivos, administrativos, tributários, previdenciários, disciplinares, inclusive o procedimento previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente, já que “*este procedimento visa à aplicação de medida socioeducativa, que se assemelha, para tais fins, a verdadeira sanção administrativa, não há como negar a incidência do princípio do devido processo legal*” (Tavares, 2012, p. 742).

meios e recursos a ela inerentes; LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos; LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

9 CF: Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...)§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...)IV - os direitos e garantias individuais.

¹⁰ O princípio pode também ser traduzido como devido processo constitucional, ao se traduzir o termo inglês “Law” como direito em sentido amplo, não limitado à norma escrita, ou ao texto da norma.

O devido processo legal é assegurado, inclusive, nas relações meramente privadas, conforme diversas vezes já decidiu o Supremo Tribunal Federal, tendo por *leading case* o Recurso Extraordinário nº 201-819¹¹, que tratou da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, no qual aquela Suprema Corte julgou necessária a observância do devido processo legal para a exclusão de sócio de associação musical¹².

Se é assim até em relações entabuladas sob o interesse puramente privado, no processo penal, como é intuitivo, o devido processo legal com todos os seus consectários é condição *sine qua non* de garantia do Estado Democrático de Direito nos conflitos entre o poder/dever de punir estatal e o direito de liberdade do indivíduo.

Em uma análise específica no processo penal, Eugênio Pacelli de Oliveira lista, como princípios informadores do devido processo legal, a garantia do juiz natural, o direito ao silêncio e a não autoincriminação, o contraditório, a ampla defesa, o estado ou situação jurídica de inocência, a vedação de revisão *pro societate*, e a inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente (OLIVEIRA, 2011, p. 37/53).

Não é concebível que por lei ordinária se estabeleça mecanismo capaz de afastar no caso concreto o devido processo legal, de modo a aplicar a sanção prevista para um crime ao mero suspeito de sua prática, dando-se a isso o nome de *transação penal*, como pretende o natimorto¹³ § 5º do art. 48, da Lei nº 11.343/06.

Enfim, em se tratando de processo penal, qualquer violação ao devido processo legal representa arbitrariedade estatal. Não importa se essa violação parte do juiz, do legislador (como no caso) ou de chefe do Poder Executivo. Trata-se de inaceitável violação a direitos humanos de primeira geração, e a tentativa de sua positivação (como pretende o malsinado § 5º do art. 48, da Lei nº 11.343/06) representa retrocesso inadmissível num país que diz ter adotado a forma de Estado Democrático de Direito, conforme se extrai do art. 1º da Constituição da República¹⁴.

O princípio constitucional da jurisdicionalidade da pena e das medidas (*nulla poena*

11 Relatora Min. Ellen Grace. Rel. p. acórdão Min. Gilmar Mendes. DJE 27-10-2006

12 Conforme esclarece LEAL (2005, p. 68), “O devido processo, como direito-garantia constitucional, rompe com o conceito privatístico de direito subjetivo pela fidejussão (confiança-recíproca, trust) em que o Estado-juiz é o depositário público da confiança da Sociedade Civil para resolver litígios e garantir uma suposta paz social.

13 Porque manifestamente inconstitucional. Como se sabe, o julgamento de inconstitucionalidade de algum dispositivo legal no controle concentrado promove a sua exclusão do ordenamento jurídico com efeito *ex tunc*. Ou seja, desde o seu nascimento.

14 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.

sine iudicio), ao impor o cumprimento de requisitos formais e materiais do devido processo penal para que seja limitada a liberdade ou restritos direitos individuais, veda qualquer tipo de processamento sumário sem que se garanta ao imputado o tempo e os meios necessários para a defesa. E a concessão do tempo e dos meios adequados para a preparação da defesa (art. 8º, 1, c, Decreto 678) implica necessariamente na construção, no interior do procedimento em contraditório, de mecanismos cognitivos idôneos à compreensão do caso penal e à refutabilidade das acusações.

[...]

Justificar a aplicação de sanção penal fora do procedimento previsto constitucionalmente, por maior que seja o esforço retórico em inverter ideologicamente o sentido dos direitos fundamentais, implica o abandono ao mínimo de respeito necessário às garantias para que possa auferir legitimidade ao processo penal e à pena. (CARVALHO, 2007, p. 274/273).

4. CONCLUSÃO

Como visto, a Lei nº 11.343/06, intitulada “Nova Lei de Antidrogas”, trouxe considerável avanço no trato jurídico-criminal do usuário de drogas ao despenalizar essa conduta. Reconheceu-se que o usuário não pode ser tratado pela lei como criminoso, mas como um dependente químico, como há outros tantos.

Vê-se, todavia, que embora tenha deixado de dispensar à referida conduta a pena privativa de liberdade, a lei em comento não deixou de prever sanção ao usuário ao estabelecer penas restritivas de direito. Até aí nada de anormal, visto que a conduta não foi descriminalizada, mas somente despenalizada, como entende o Supremo Tribunal Federal, ou descarcerizada como sustenta parte da doutrina.

Todavia, por se tratar de crime de menor potencial ofensivo, tendo em vista a ausência de pena privativa de liberdade, o legislador incluiu, no § 5º do artigo 48, a possibilidade de transação penal para o referido delito, nos moldes do artigo 76 da Lei dos Juizados Especiais, mas com a exigência de aplicação imediata de pena prevista no artigo 28.

Dessa forma, a lei trouxe previsão de aplicação imediata da pena prevista para o crime de uso de droga sem o devido processo legal, ignorando a imprescindibilidade da observância de suas garantias especialmente no âmbito penal.

Tal previsão vai de encontro à Teoria do Garantismo Penal, que propugna pela defesa aos direitos fundamentais por meio da estrita observância das garantias existentes e a vedação de flexibilização. A mitigação das garantias processuais penais não é compatível com o Estado Democrático de Direito, proclamado pela Constituição da República.

Portanto, em que pese o avanço da nova Lei Antidrogas no que tange à abolição da pena privativa de liberdade para o mero usuário, o § 5º do artigo 48 padece de inconstitucionalidade material, por violação do princípio do devido processo legal (art. 5º,

LIV, CF) ao prever a aplicação imediata das penas previstas para o crime de uso ou porte de drogas para consumo (art. 28), já na fase de transação, quando ainda não há processo.

BIBLIOGRAFIA

ARRUDA, Samuel Miranda. **Drogas Aspectos Penais e Processuais Penais - Lei 11.343/2006**. 1. ed. São Paulo: Editora Método, 2007. 176 p.

BRASIL. Diário do Senado Federal. **Parecer 846 de 2006**. 6 de julho de 2006. Disponível em: < <http://www.senado.gov.br/sf/publicacoes/diarios/pdf/sf/2006/07/05072006/22777.pdf>>. Acesso em: 16 mar. 2009

BRASIL. Presidência da República. **Decreto 154, de 26.06.1991 - Promulga a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas**. Presidente: FERNANDO COLLOR. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0154.htm>. Acesso em 04 fev. 2009

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 11.343, de 23.08.2006 - Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências**. Presidente: Luiz Inácio Lula da Silva. **Diário Oficial da União**, Brasília, 24 ago.2006 p. 2

BRASIL. **Projeto de Lei nº 7134/2002 - Dispõe sobre o Sistema Nacional Antidrogas, a prevenção, a repressão e o tratamento; define crimes; regula o procedimento nos crimes que define e dá outras providências**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/83318.pdf>>. Acesso em 14 mai. 2008.

BARRETO, Rafael. **Direitos Humanos** – Bahia: Juspodium, 2011

BARROS, Carmen Silva de Moraes. **A individualização da pena na execução penal** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: volume 1 : parte geral**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. 913p.

BIZZOTTO, Alexandre; RODRIGUES, Andreia de Brito. **Nova lei de drogas. Comentários à Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. 248 p.

BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 3. Ed. rev. Atual. – Porto Alegre: livraria do Advogado Editora, 2004

CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Direito penal na constituição**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. 286 p.

DOTTI, René Ariel. **Reforma Penal Brasileira**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1988.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**/ Luigi Ferrajoli; prefácio da 1ª ed. Italiana, Norberto Bobbio. 2. ed. rev. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006

FILHO, Vicente Greco; ROSSI, João Daniel. **Lei de Drogas Anotada: Lei n.11.343/2006**. São Paulo: Saraiva, 2007.

FRANCO, Alberto Silva. **Código penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência**/ coordenação Alberto Silva Franco, Rui Stoco – 8. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora dos Tribunais, 2007

FRANCO, Alberto. **Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial**. São Paulo, RT, 1995, p. 752.

FREITAS, Jayme Walmer de. **A questão da descriminalização do crime de porte de drogas e o novo conceito de crime**. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, abr. 2007. Disponível em: <www.damasio.com.br> Acesso em 05 jun. 2008.

GOMES, Luiz Flávio. (et al.) **Lei de Drogas Comentada. Lei 11.343, de 23.08.2006. Artigo por artigo**. 2.ed.. São Paulo: Editora RT, 2007. 382 p.

KARAM, Maria Lúcia. **De crimes, penas e fantasias**. 2. ed. Niteroi: Luam, 1993. 207p

KARAM, Maria Lúcia. Política e legislação de drogas: aspectos dogmáticos e criminológicos. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v.6, n.23, p.77-90, jul./dez.2006.

JÚNIOR, André Puccinelli. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 601p

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. 6. Ed. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

LUIZI, Luiz. **Os Princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1991. 123p.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 29. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 53, de 19.12.2006. São Paulo: Malheiros, 2007. 926 p.

MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. **Lei de drogas: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006 – Comentada artigo por artigo**. São Paulo: Método, 2008.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo, Método, 2010.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 15ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PRADO, Luiz Regis; BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal anotado e legislação complementar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. 1403p.

RE 201.819. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relatora Min. Ellen Grace. Rel. p. acórdão Min. Gilmar Mendes. DJE 27-10-2006. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 18 de setembro de 2014

RE-QO 430105 / RJ - RIO DE JANEIRO. QUESTÃO DE ORDEM NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE. Julgamento: 13/02/2007. Órgão Julgador: Primeira Turma. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 14 mai.2008

SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Nova lei antidrogas: (Lei nº 11.343/2006): comentários e jurisprudência**. Niterói: Impetus, 2006.

SHECAIRA, Sergio Salomão. **Cálculo da Pena e o Dever de Motivar**. Revista Brasileira de Ciências Criminas, IBCCrim, v.6, p.167.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**, 10ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, 1372p

TOLEDO, Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**, 4ª Ed., São Paulo, Saraiva, 1991, p.81.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: volume: 1: parte geral. 7.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 766p.

**DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO PARA CISÃO PARCIAL DE
SOCIEDADE LIMITADA COM VERSÃO DE PATRIMÔNIO PARA NOVA
SOCIEDADE**

Matheus Adolfo Gomes Quirino¹

Leandro Henrique Simões Goulart²

RESUMO: Trata-se de artigo sobre o procedimento administrativo para cisão parcial de sociedade limitada, com versão de patrimônio para sociedade nova.

Palavras-chave: Direito Societário. Lei 6.404/76. Cisão. Versão patrimonial para nova Sociedade.

ABSTRACT: It's a paper about the administrative procediment for the partial apart of a limited society, with the reverse of patrimony to a new association.

Keywords: Rights of Comercial Society, Law 6.404/76, Apart, Reverse of patrimony to a new association.

***Sumário:** 1. Introdução. – 2. O que é Cisão e qual seu tratamento no ordenamento jurídico brasileiro. – 3. A natureza da cisão. – 4. O procedimento para cisão. – 4.1. O protocolo. 4.2. A Justificação. – 5. A necessidade de deliberação por assembleia em caso de cisão de sociedade limitada. – 6. A cisão e as hipóteses de divergência de valores na avaliação do patrimônio a ser destacado. – 7. Conclusão.*

¹ Professor de Direito Empresarial da Unipac-Itabirito. Advogado. Mestre em Direito Empresarial. Pós-graduado em direito processual. Ex-procurador do Município de Itabira. Bacharel em Direito pela UFMG.

² Bacharel em Direito e Pós-graduado em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre em Direito pela Universidade Fumec. Professor e coordenador do Núcleo de Prática Jurídica da Newton Paiva e professor da Unipac-Itabirito.

1. Introdução

Sem nenhuma pretensão no sentido de esgotar o tema, analisamos o procedimento de cisão de sociedade em que a parcela de patrimônio cindido é utilizada para a criação de nova sociedade.

Trabalhamos a hipótese abordando, primeiramente, o conceito de cisão e seu tratamento no ordenamento jurídico brasileiro. Em seguida, tratamos da natureza do processo de cisão, mormente porque na legislação pátria ela é tratada juntamente com os procedimentos de fusão e incorporação.

Na terceira parte nos debruçamos especificamente sobre procedimento de cisão, em que damos ênfase às obrigações de elaboração de protocolo e justificação para, no final, apontar problemas de ordem prática decorrentes do processo de cisão.

2. O que é Cisão e qual seu tratamento no ordenamento jurídico brasileiro

A cisão, tal qual a incorporação, transformação e a fusão, é tratada no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei 6.404, de 15 de Dezembro de 1976 (BRASIL, 1976), a conhecida Lei da S/A's.

Inobstante em seu enunciado esta lei informar que ela 'dispõe sobre as Sociedades por Ações', tal legislação, notadamente ao tratar de cisão, fusão e incorporação, é em regra aplicável ao direito societário nacional como um todo.

O caput do artigo 229 da Lei 6.404/1976 dá o conceito legal de cisão, a saber:

Art. 229. A cisão é a operação pela qual a companhia transfere parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim ou já existentes, extinguindo-se a companhia cindida, se houver versão de todo o seu patrimônio, ou dividindo-se o seu capital, se parcial a versão.

Já os parágrafos do mencionado artigo 229 determinam:

§ 1º Sem prejuízo do disposto no artigo 233, a sociedade que absorver parcela do patrimônio da companhia cindida sucede a esta nos direitos e obrigações relacionados no ato da cisão; no caso de cisão com extinção, as sociedades que absorverem parcelas do patrimônio da companhia cindida sucederão a esta, na proporção dos patrimônios líquidos transferidos, nos direitos e obrigações não relacionados.

§ 2º Na cisão com versão de parcela do patrimônio em sociedade nova, a operação será deliberada pela assembleia-geral da companhia à vista de justificação que incluirá as informações de que tratam os números do artigo 224; a assembleia, se a

aprovar, nomeará os peritos que avaliarão a parcela do patrimônio a ser transferida, e funcionará como assembleia de constituição da nova companhia.

§ 3º A cisão com versão de parcela de patrimônio em sociedade já existente obedecerá às disposições sobre incorporação (artigo 227).

§ 4º Efetivada a cisão com extinção da companhia cindida, caberá aos administradores das sociedades que tiverem absorvido parcelas do seu patrimônio promover o arquivamento e publicação dos atos da operação; na cisão com versão parcial do patrimônio, esse dever caberá aos administradores da companhia cindida e da que absorver parcela do seu patrimônio.

§ 5º As ações integralizadas com parcelas de patrimônio da companhia cindida serão atribuídas a seus titulares, em substituição às extintas, na proporção das que possuíam; a atribuição em proporção diferente requer aprovação de todos os titulares, inclusive das ações sem direito a voto.

Segundo Fritsch, (1995, p. 108), a cisão brasileira

só existe com a atribuição, diretamente feita pelas sociedades beneficiárias, aos sócios ou acionistas da companhia cujo patrimônio se cindiu, das contas ou parcelas patrimoniais transferidas. Esta circunstância, aliada ao seu caráter patrimonial, confere à cisão seu cunho de instituto novo: a mencionada atribuição de contas ou ações diretamente aos sócios revela com clareza que nenhuma contraprestação a esta é devida pela parcela patrimonial que perdeu, porque foi objeto da operação, e não seu agente.

Há, como visto, diversas espécies de cisão: com extinção ou não da sociedade cindida, com versão total ou parcial do patrimônio cindido para outras sociedades que sejam ou não preexistentes. Nas palavras de Rubens Requião (2003, p. 258), “a cisão da sociedade pode assumir vários aspectos, segundo a intensidade e destino do patrimônio cindido”.

Para Waldírio Bulgarelli (1976, pág. 47),

o legislador agregou sob o nome de cisão, tanto a cisão propriamente dita, como a transferência de parte de seu patrimônio a outra ou outras sociedades existentes, permanecendo, o que os franceses chamam que *apport partiel d'actif*, e a doutrina geral, de falsa cisão.

Ao tratar da cisão parcial, Philomeno J. da Costa (2012, pág. 1231) afirma que o sistema jurídico brasileiro é racional, porque “uma recomposição de empresas sob o signo de readaptação dos seus estabelecimentos é nova repartição, inserida no fenômeno da cisão ou partilha”.

Amador Almeida (1998, pág. 62) conceitua a fusão como “o processo através do qual o patrimônio de uma sociedade é dividido em duas ou mais partes, para a constituição de novas ou novas companhias ou para integrar o patrimônio de sociedade já existente”. E a hipótese que interessa a este pequeno artigo está no conceito deste doutrinador: a disposta no parágrafo segundo deste artigo 229, que trata da cisão com versão de parcela de capital em sociedade nova.

3. A natureza da cisão

A cisão foi incluída na Lei das S/A's no mesmo capítulo em que é tratada a fusão e incorporação – além da transformação.

Sabendo-se que incorporação é “a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações” (BRASIL, 1976, art. 227) e que fusão é “a operação pela qual se unem duas ou mais sociedades para formar sociedade nova, que lhes sucederá em todos os direitos e obrigações” (BRASIL, 1976, art. 228), poderíamos supor a existência de dúvida a respeito da natureza econômica desta operação.

Isto porque, enquanto fusão e incorporação externam ideias de aglutinação empresarial, a cisão transmite ideia de fissura, rompimento.

Para Waldírio Bulgarelli (1976, pág. 40),

A fusão e a incorporação destacam-se no fenômeno concentracionista, pela desconsideração da autonomia formal, portanto, o desaparecimento de algumas pessoas jurídicas, e por se tratar de um processo de transposição de patrimônios e acionistas de umas para outras, e a consequente sucessão nas obrigações.

Já nas palavras do i. Modesto Carvalhosa (2002, p. 226), a cisão

constitui negócio jurídico desassociativo, consubstanciado em contrato plurilateral que afeta a personalidade jurídica da companhia cindenda, que será extinta (art. 291) ou parcialmente destituída de parte de seu patrimônio (cisão parcial), com a permanência integral de sua estrutura jurídica. A finalidade desse negócio jurídico é alocar total ou parcialmente o patrimônio da companhia em duas ou mais companhias especialmente constituídas para tanto ou já existentes.

Entretanto, segundo o mesmo doutrinador (2002, p. 225), a cisão nem sempre será tratada com natureza desassociativa. Veja:

A primeira impressão é a de que se trata de negócio de reorganização empresarial tendente a desconcentrar empresas ou racionalizar seu controle. Seria, assim, a cisão um negócio de desassociação e não de associação ou congregação de empresas. Ocorre que essa concepção lógica aplica-se apenas às cisões de sociedades fechadas, de nível familiar, que fazem a partilha dos bens sociais por meio desse negócio. Para as grandes empresas, o instituto da cisão serve não como meio, mas como fim para a concentração, na medida em que racionaliza o patrimônio social da companhia, dele afastando atividades empresariais que não são do interesse da concentração.

Desta forma, mesmo tratando de fracionamento de sociedade a ser cindida, a cisão pode ser interpretada como etapa para concentração empresarial, tendência atual.

4. O procedimento para cisão

Esta lei 6.404/76 estabeleceu o rito para a cisão com versão de patrimônio em nova sociedade.

Segundo Modesto Carvalhosa (2002, pag. 247), esta lei “simplificou e definiu claramente as funções dos órgãos das sociedades envolvidas no processo”. Ainda segundo o autor (2002, pag. 247),

cabará aos órgãos de administração formular dois documentos complementares (protocolo e justificação), de caráter eminentemente técnico, que servirão para instruir a assembleia geral em sua deliberação soberana de aprovação ou não do negócio reorganizativo proposto.

Segundo o que dispõe o parágrafo segundo do artigo 229, a cisão será decidida pela assembleia geral da companhia à vista de justificação que incluirá as informações de que tratam os números do artigo 224.

O artigo 224 da Lei 6404 disciplina a necessidade de elaboração de protocolo, que deve conter as condições da cisão. É essa a redação do artigo:

Art. 224. As condições da incorporação, fusão ou cisão com incorporação em sociedade existente constarão de protocolo firmado pelos órgãos de administração ou sócios das sociedades interessadas, que incluirá:

I - o número, espécie e classe das ações que serão atribuídas em substituição dos direitos de sócios que se extinguirão e os critérios utilizados para determinar as relações de substituição;

II - os elementos ativos e passivos que formarão cada parcela do patrimônio, no caso de cisão;

III - os critérios de avaliação do patrimônio líquido, a data a que será referida a avaliação, e o tratamento das variações patrimoniais posteriores;

IV - a solução a ser adotada quanto às ações ou quotas do capital de uma das sociedades possuídas por outra;

V - o valor do capital das sociedades a serem criadas ou do aumento ou redução do capital das sociedades que forem parte na operação;

VI - o projeto ou projetos de estatuto, ou de alterações estatutárias, que deverão ser aprovados para efetivar a operação;

VII - todas as demais condições a que estiver sujeita a operação.

Parágrafo único. Os valores sujeitos a determinação serão indicados por estimativa.

Note-se que esta redação do artigo 229 da Lei das S/A's fala de deliberação na assembleia à vista de justificação com informações do artigo 224, que diz respeito ao protocolo, sendo que a justificação para a cisão é disciplinada no artigo 225 do mesmo diploma.

4.1 O protocolo

O protocolo, segundo Carvalhosa (2002, pág. 237), “constitui convenção de natureza pré-contratual que manifesta e vincula a vontade das sociedades envolvidas através dos órgãos de administração da companhia ou dos sócios-gerentes das sociedades de pessoas”. Tem natureza interessante. Vejamos.

Ainda segundo Carvalhosa (2002, pág. 237),

O protocolo inclui-se na qualificação clássica do pré-contrato, com a característica especial de tratar-se de uma avença que, ao mesmo tempo, contém elementos de bilateralidade quanto à atividade-meio e pluralidade quanto à atividade-fim. As cláusulas mínimas estão determinadas no artigo ora comentado, em face do interesse de ordem pública que resultará do negócio jurídico da fusão, incorporação ou cisão. O protocolo não representa, pura e simplesmente, a intenção das partes manifestada pelos seus administradores, mas um pré-contrato, sujeito à aprovação pela assembleia geral ou mediante contrato. Não se trata, por outro lado, de base preliminar do negócio jurídico. Constitui sua base definitiva, na medida em que qualquer alteração do protocolo pela assembleia geral tem como efeito a celebração de um novo protocolo, que importará em um negócio de fusão, incorporação ou cisão, com características distintas das inicialmente propostas.

Desta forma, o protocolo vincula e não pode ser alterado, sob pena de ser entendido como novo protocolo. Assim, a assembleia geral tem poderes para aprovar ou rejeitar o protocolo sem alterá-lo, pois a alteração será admitida como novo preajuste.

Entretanto, apesar de se tratar de um contrato perfeito quanto à vinculação das partes, o protocolo é condicionado à sua aprovação. É, nas palavras de Carvalhosa (2002, pág. 237), um contrato *conditio juris*.

4.2 A Justificação

O artigo 225 da Lei das S/A's impõe que a cisão será submetida à deliberação da assembleia geral das companhias interessadas mediante justificação. Segundo este artigo, esta justificação deve conter os motivos da operação e o interesse da companhia na sua realização; as ações que os acionistas preferenciais receberão e as razões para modificação de seus direitos; a composição societária após a operação e o valor de reembolso que terão direito os acionistas dissidentes.

Para Bulgarelli (1976, pág. 47),

a indicação dos motivos ou fins da operação e interesse da companhia na realização da fusão, incorporação ou cisão, como exigido pelo item I do at. 225, tem origem desenganadamente na Resolução 4 da COFIE, que faz tal exigência para as empresas que queiram se beneficiar dos incentivos fiscais a esses tipos de operação.

Ainda segundo o artigo 229, aprovada a cisão pela assembleia, serão nomeados peritos

que avaliarão a parcela de patrimônio a ser transferida, servindo esta assembleia como a de constituição da nova companhia.

Deste procedimento legal advêm duas dúvidas: 1, a necessidade de equalização dos valores do patrimônio a ser cindido com os registros contábeis e sociais; e 2, a necessidade de deliberação por assembleia em caso de cisão de sociedade limitada.

Passemos a analisar cada uma destas hipóteses.

5. A necessidade de deliberação por assembleia em caso de cisão de sociedade limitada

Como visto, o rito legal da cisão é estabelecido pela Lei das S/A's. Tal rito é destrinchado pela Instrução Normativa DREI nº 10, de 5 de Dezembro de 2013, do Departamento Nacional de Registro de Comércio – DNRC (BRASIL, 2013) em que, apesar das diferenças entre si, uniformiza procedimentos para incorporação, fusão e cisão, em face do registro de empresas mercantis.

O anexo II desta Instrução Normativa, que disciplina e aprova o manual de registro de Sociedade Limitada, assim dispõe:

3.6 - CISÃO

A cisão é o processo pelo qual a sociedade, por deliberação tomada na forma prevista para alteração do estatuto ou contrato social, transfere todo ou parcela do seu patrimônio para sociedades existentes ou constituídas para este fim, com a extinção da sociedade cindida, se a versão for total, ou redução do capital, se parcial.

3.6.1 - PROCEDIMENTOS

A cisão de sociedade mercantil, de qualquer tipo jurídico, deverá obedecer aos seguintes procedimentos:

.....

3.6.1.1 - Cisão Parcial para sociedade existente

.....

3.6.1.2 - Cisão Parcial para constituição de nova sociedade

a) a ata de assembleia geral extraordinária ou a alteração contratual da sociedade cindida, que servirá como ato de constituição da nova sociedade, aprovará a justificação com os elementos de protocolo e o laudo de avaliação elaborado por três peritos ou empresa especializada, relativamente à parcela do patrimônio líquido a ser vertida para a sociedade em constituição; e

b) os administradores da sociedade cindida e os da resultante da cisão providenciarão o arquivamento dos respectivos atos e sua publicação, quando couber.

.....

3.6.2 - ARQUIVAMENTO

Para o arquivamento dos atos de cisão, além dos documentos formalmente exigidos, são necessários:

3.6.2.1 - Cisão para sociedade(s) existente(s)

....

3.6.2.2 - Cisão para Constituição de nova(s) Sociedade(s)

.....

3.6.2.2.2 - Cisão Parcial

- a) a ata da assembleia geral extraordinária ou a alteração contratual da sociedade cindida que aprovou a operação com a justificação, o protocolo e o laudo de avaliação; e
- b) os atos constitutivos da nova sociedade.

Pela leitura desta Orientação Normativa é possível comprovar que a deliberação por assembleia geral extraordinária na sociedade limitada pode ser substituída por simples alteração contratual em que os sócios manifestem esta vontade de promover a cisão.

6. A cisão e as hipóteses de divergência de valores na avaliação do patrimônio a ser destacado

Acompanhamos alguns processos de cisão, oferecendo suporte jurídico nesta operação.

Em alguns casos práticos, o problema de divergência de valores na avaliação do patrimônio a ser destacado simplesmente não existe. É o que ocorre, por exemplo, quando a parcela patrimonial a ser cindida diz respeito a créditos e outros recebíveis.

Esta situação é frequente e ocorre, muitas das vezes, quando os sócios da sociedade cindida resolvem deixar de trabalhar em conjunto. Se a sociedade tem seu patrimônio constituído de créditos a receber, a cisão não enfrenta maiores problemas quanto à avaliação da parcela a ser cindida. Isto porque os valores atribuídos aos créditos são, em regra, idênticos aos valores de tais créditos registrados em seus balanços patrimoniais.

Problema diverso ocorre quando a sociedade possui, além de créditos, bens a serem cindidos.

Notadamente em caso de bens que integram o patrimônio da sociedade por muitos anos e não sofrem reavaliações periódicas. Nestas hipóteses a sociedade em processo de cisão se depara com desafios: como proceder quando há divergência de valores no patrimônio a ser destacado? E como avaliar o patrimônio que será cindido?

Estas divergências de valores podem ocorrer de duas formas: quando os bens são avaliados em valores inferiores ao seu registro contábil e o inverso, quando a avaliação é maior.

Analisemos o problema apresentando uma situação hipotética: uma sociedade teve seu capital social constituído por equipamentos e máquinas e, alguns anos depois, será cindida.

Admitamos que nos balanços e demonstrativos contábeis tenham sido regularmente lançadas as amortizações destes bens – amortização é a depreciação ou desvalorização que o

bem sofre pelo próprio uso e envelhecimento. Ainda assim, se na cisão forem divididas estas máquinas e equipamentos, haveríamos nos deparado com um problema: como a desvalorização destes bens não é estampada no capital social registrado no contrato social – mesmo porque se a hipótese tratar, por exemplo, de uma sociedade limitada, nela o capital social é garantia para terceiros, não podendo ser reduzido senão em poucas situações –, a avaliação de mercado dos bens a serem cindidos e em seus registros contábeis terá valores menores que os estampados no contrato social.

Nesta hipótese, teríamos dois valores diferentes para o mesmo bem: o valor de mercado, que corresponderia ao valor escriturado, resultado do valor de aquisição deduzido da amortização; e o valor estampado no capital social, imutado.

A operação se veria diante dos dois problemas apontados: como proceder e qual avaliação tomar como a correta?

Apesar de complexa, saída para tal situação deveria ser buscada, seja tomando como valor para cisão aquele do capital social, seja de adequando o procedimento de cisão.

Entretanto, ainda mais complexa é a hipótese inversa, isto é, quando os bens que integram o capital social e o acervo patrimonial da cindida se valorizam. Imaginemos que, na mesma hipótese acima descrita, os bens com que se constituiu a sociedade a ser cindida sejam imóveis, que se valorizaram com o tempo. Admitamos ainda que nesse imóvel a sociedade tenha lançado novas edificações e que o valor destes investimentos tenham sido somados ao patrimônio imobiliário, mas ainda assim este seja menor que o valor de mercado.

Nesta hipótese, na data da cisão o patrimônio imobiliário a ser cindido teria três valores distintos: 1, o estampado no capital social, imutado; 2, o lançado no balanço patrimonial, acrescido dos investimentos feitos e 3, o valor de mercado.

Nesta situação, como proceder e qual avaliação utilizar para a cisão?

A legislação tributária impõe a tributação de acordo com a diferença entre o valor contábil das ações ou quotas extintas e o valor de acervo líquido que as substituir.

É o que dispõe o Decreto-Lei 1598 (BRASIL, 1977):

Participação Extinta em Fusão, Incorporação ou Cisão

Art 34 - Na fusão, incorporação ou cisão de sociedades com extinção de ações ou quotas de capital de uma possuída por outra, a diferença entre o valor contábil das ações ou quotas extintas e o valor de acervo líquido que as substituir será computado na determinação do lucro real de acordo com as seguintes normas:

I - somente será dedutível como perda de capital a diferença entre o valor contábil e o valor de acervo líquido avaliado a preços de mercado, e o contribuinte poderá, para efeito de determinar o lucro real, optar pelo tratamento da diferença como ativo diferido, amortizável no prazo máximo de 10 anos;

II - será computado como ganho de capital o valor pelo qual tiver sido recebido o acervo líquido que exceder o valor contábil das ações ou quotas extintas, mas o contribuinte poderá, observado o disposto nos §§ 1º e 2º, diferir a tributação sobre a parte do ganho de capital em bens do ativo permanente, até que esse seja realizado.

§ 1º O contribuinte somente poderá diferir a tributação da parte do ganho de capital correspondente a bens do ativo permanente se:

a) discriminar os bens do acervo líquido recebido a que corresponder o ganho de capital diferido, de modo a permitir a determinação do valor realizado em cada período-base; e

b) mantiver, no livro de que trata o item I do artigo 8º, conta de controle do ganho de capital ainda não tributado, cujo saldo ficará sujeito a correção monetária anual, por ocasião do balanço, aos mesmos coeficientes aplicados na correção do ativo permanente.

§ 2º - O contribuinte deve computar no lucro real de cada período-base a parte do ganho de capital realizada mediante alienação ou liquidação, ou através de quotas de depreciação, amortização ou exaustão deduzidas como custo ou despesa operacional.

SUBSEÇÃO II

Reavaliação de Bens

Tributação na Realização

Art. 35 - A contrapartida do aumento de valor de bens do ativo permanente, em virtude de nova avaliação baseada em laudo nos termos do artigo 8º da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, não será computada no lucro real enquanto mantida em conta de reserva de reavaliação.

§ 1º - O valor da reserva será computado na determinação do lucro real:

a) no período-base em que a reserva for utilizada para aumento do capital social, no montante capitalizado;

b) em cada período-base, no montante do aumento do valor dos bens reavaliados que tenha sido realizado no período, inclusive mediante:

- 1 - alienação, sob qualquer forma;
- 2 - depreciação, amortização ou exaustão;
- 3 - baixa por perecimento;
- 4 - (Revogado pela Lei nº 9.430, de 1996)

§ 2º - O contribuinte deverá discriminar na reserva de reavaliação os bens reavaliados que a tenham originado, em condições de permitir a determinação do valor realizado em cada período.

§ 3º - Será computado na determinação do lucro real o aumento de valor resultante de reavaliação de participação societária que o contribuinte avaliar pelo valor de patrimônio líquido, ainda que a contrapartida do aumento do valor do investimento constitua reserva de reavaliação.

.....

Reavaliação na Fusão, Incorporação ou Cisão

Art 37 - A contrapartida do aumento do valor de bens do ativo em virtude de reavaliação na fusão, incorporação ou cisão não será computada para determinar o lucro real enquanto mantida em reserva de reavaliação na sociedade resultante da fusão ou incorporação, na sociedade cindida ou em uma ou mais das sociedades resultantes da cisão.

Parágrafo único - O valor da reserva deverá ser computado na determinação do lucro real de acordo com o disposto nos §§ 1º e 2º do artigo 35.

Tomando-se o patrimônio cindido por seu valor de mercado, caso tenha havido valorização destes hipotéticos imóveis durante o tempo em que pertenceram à sociedade cindida, haveria, na data da avaliação para efeitos de cisão, um lucro decorrente de ganho de capital, que poderia ser tributado, pois nem sempre a valorização do patrimônio é lançada nos balanços contábeis e no capital da sociedade cindida.

Se nessa hipótese de cisão houver divisão entre os sócios, isto é, se um ou alguns deles se retirarem da sociedade levando parte de seu patrimônio via cisão, nada mais justo que haver a efetiva tributação pelo ganho de capital.

Entretanto, se a cisão objetivar somente “racionalizar o patrimônio social da companhia” (CARVALHOSA, 2002, p. 225), retirando parte do patrimônio da sociedade cindida apenas em benefício de outra composta pelos mesmos sócios, a tributação pelo ganho de capital, apesar de injusta, seria devida se se utilizasse como base de cálculo este valor de mercado, reavaliando-se o patrimônio para fins de cisão.

Importante salientar que, em caso de reavaliação patrimonial, há que se diferenciar a simples correção monetária da avaliação para fins de cisão e da avaliação para fins de participação societária em bens.

Segundo CRUZ (1981, págs. 43/44), enquanto as avaliações para fins de cisão são as mencionadas nos parágrafos 2º e 3º do artigo 229 e no artigo 227, as avaliações para participação societária em bens são as do art. 8º da Lei das S/A's.

Ainda segundo o autor,

Dois traços fundamentais distinguem a figura do ganho de capital (Dec.lei. n. 1.598, art. 34) da figura da reavaliação econômica (Dec.lei. n. 1.598, art. 37) na cisão:
1º) a reavaliação econômica é espontânea e facultativa, devendo ser registrada no balanço da sociedade a que ela procedeu. É realizada voluntariamente pela sociedade para ajustar o valor dos bens do ativo ao preço de mercado.
2º) a avaliação para fins de cisão é imposição obrigatória da lei, devendo ser registrada no balanço da sociedade absorvente não a título de simples avaliação a valores reais mas sim a título de custo de aquisição.

Ainda assim, nesta reavaliação do patrimônio a ser cindido, saída encontrada seria admitir, para a avaliação, a mesma sistemática utilizada para avaliação do patrimônio em caso de reembolso pago aos acionistas dissidentes da deliberação de assembleias gerais.

Sobre o direito de reembolso, Rubens Approbato Machado (2011, pág. 1249) ressalva que “é pacífico o entendimento de que só a lei pode prover sobre quais matérias o acionista pode dissidir, gerando, conseqüentemente o direito de reembolso”.

E a Lei 9.457, de 5 de Maio de 1997 (BRASIL, 1997), alterou a redação do artigo 45 da Lei das S/A's para determinar que o estatuto social pode estabelecer normas para o valor do reembolso e o seu cálculo pode ser feito através de apuração do valor da ação em balanço especial.

Além disso, o inciso III do artigo 224, quando discorre a respeito do protocolo, dispõe que “as condições da incorporação, fusão ou cisão com incorporação em sociedade existente constarão de protocolo firmado pelos órgãos de administração ou sócios das sociedades

interessadas, que incluirá os critérios de avaliação do patrimônio líquido, a data a que será referida a avaliação, e o tratamento das variações patrimoniais posteriores”.

Assim, abriria à sociedade em processo de cisão a possibilidade de apuração dos valores a serem cindidos com base em seu patrimônio contábil, que aplicaria mais justiça à operação, mormente naquelas em que se pretende não uma separação entre os sócios, mas somente uma readequação e reorganização da operação societária, retirando-se da empresária parcela patrimonial que não diga respeito à sua atividade fim.

7. Conclusão

O procedimento de cisão, disciplinado na Lei das S/A's, pode se dar de quatro formas: com versão total ou parcial do patrimônio cindido em sociedade ou sociedades novas ou preexistentes.

A hipótese abordada, de cisão parcial com versão do patrimônio em sociedade nova, é realizada com elaboração do protocolo e justificação, mas pode se deparar com dificuldades operacionais e jurídicas quando não há equivalência entre os valores contábil, societário e de mercado dos bens cindidos. Nestas situações, inobstante legislação impor a reavaliação patrimonial para fins de cisão, há a ocorrência de utilização de outros métodos de avaliação, como o contábil, para solução do problema.

Esta eleição de critério de avaliação é fundamentada, entre outros, na possibilidade inserida no inciso III do artigo 224 da Lei de Falências, que admite que nas condições da cisão sejam decididos os critérios de avaliação do patrimônio líquido.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Amador Paes de. **Manual das sociedades comerciais**. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1998.

BRASIL. Lei nº 6.404, de 15 de Dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. **Diário Oficial da União**, Brasília, 15 dez. 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404compilada.htm>. Acesso em: 06 out. 2014.

BRASIL. Decreto Lei 1.598, de 26 de Dezembro de 1977. Altera a legislação do Imposto sobre a renda. **Diário Oficial da União**, Brasília, 26 dez. 1977. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1598compilado.htm>. Acesso em: 06 out.

2014.

BRASIL. Lei Nº 9.457, de 05 de maio de 1997. Altera dispositivos da LEI Nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, que dispõe sobre as sociedades por ações e da LEI Nº 6.385, de 07 de dezembro de 1976, que dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. **Diário Oficial da União**, Brasília, 5 mai. 1997. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/port/atos/leis/leis1.asp>>. Acesso em: 06 out. 2014.

BRASIL. Orientação Normativa DREI nº 10, de 5 de Dezembro de 2013. Aprova os Manuais de Registro de Empresário Individual, Sociedade Limitada, Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI, Cooperativa e Sociedade Anônima. **Diário Oficial da União**, Brasília, 5 dez. 2013. Disponível em: <<http://www.drei.smpe.gov.br/legislacao/instrucoes-normativas/titulo-menu/new-instrucoes-normativas-em-vigor>>. Acesso em: 06 out. 2014.

BULGARELLI, Waldírio. A fusão, incorporação e cisão de sociedade anônimas, na lei nova das sociedades por ações. Conferência pronunciada em 21.5.1977, no Curso de extensão universitária promovido pelo Departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP. *In Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. N. 23, ano 15, São Paulo: Editora RT, 1976, pág. 24/52.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas: Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com as modificações das Leis nº 10.303, de 31 de outubro de 2001**. São Paulo: Saraiva, 2002.

COSTA, Philomeno J da. Cisão de sociedade por ações. *In Direito Empresarial: sociedades anônimas*, v. 3. Arnold Wald org.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pág. 1223/1244.

CRUZ, Paulo Galhardo Bandeira da. **Cisão de sociedade no direito tributário**. São Paulo: Saraiva, 1981.

FRITSCH, Herbert Jorge. Cisão nas limitadas. São Paulo: Ed. Livraria do Advogado, 1995.

MACHADO, Rubens Approbato. Sociedade por ações – Incorporação, fusão e cisão. *In Direito Empresarial: sociedades anônimas*, v. 3. Arnold Wald org.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pág. 1245/1265.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. V.1. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DIREITO E LITERATURA:
A importância da Literatura no Direito

Elana Gomes Santos Moreira¹

Bernardo Gomes Barbosa Nogueira²

RESUMO: O presente artigo objetiva promover uma análise embasada no método dedutivo, e a partir desse, verificar se a Literatura possui um papel importante no Direito. Logo após o fim do positivismo jurídico, surgiu o pós-positivismo, permitindo que pudesse existir uma interdisciplinaridade entre as duas ciências. Assim, analisando a relação que há entre elas e depois expondo os pontos importantes nessa junção, iremos concluir se a Literatura promove ao Direito a compreensão do mundo, se ajuda na luta pelos Direitos humanos e até se consegue humanizá-lo.

Palavras-chave: Direito – Literatura – Positivismo - Pós-positivismo - Direitos Humanos.

LAW AND LITERATURE
The importance of Literature on the Law

ABSTRACT: This article aims to promote an analysis grounded in the deductive method and from this, verify if the Literature has an important role in Law. After the end of positivism theory of law, appear the post-positivism, allowing that could be an interdisciplinarity between the two sciences. So, analyzing the relation between them and then exposing the important points in this union, will conclude, if the Literature promote to Law the understanding of the word, if it assist in fight by human rights and even if it can get humanize.

Keywords: Law – Literature – Positivism - Post-positivism - Human Rights.

1 Introdução.

O positivismo jurídico era adjetivado por ser um “sistema fechado”. Isso quer dizer que o juiz deveria se ater à lei, ao que estava escrito no ordenamento, sem se envolver e interpretar a norma. A justificativa disso seria a chamada “segurança jurídica”. Essa

¹ Graduando no curso de Direito da Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva.

² Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor da Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva.

questão foi um grande entrave para os juristas e magistrados. (PENEDO, 2012). Sendo assim, todas as questões seriam resolvidas de apenas uma forma, sem ter a opinião do magistrado. Existindo essa rigidez, é óbvio afirmar então que no positivismo, o direito não se relacionava com mais nenhuma ciência. Apenas a lei bastava e tudo deveria ser decidido com base na sua forma e não na sua substância.

Porém, o Direito, a partir da segunda metade do século XX, já não cabia mais no positivismo jurídico (BARROSO, 2006). O Direito estava muito próximo da norma e separado da ética e isso já não era compreendido no estágio que o mundo se encontrava. O formalismo do positivismo seria insustentável diante dos princípios e regras presentes nas constituições. Entretanto, o retorno ao jusnaturalismo³, com seus fundamentos vagos, não era desejado. Sendo assim, surgiu o pós-positivismo jurídico, como uma terceira via aos paradigmas positivista e jusnaturalista. É relativamente novo, não tendo nem 70 anos (PENEDO, 2012).

O pós-positivismo é caracterizado como um “sistema aberto”, ou seja, ele não se restringe à lei e sua aplicação, e se relacionava com outras ciências, outros ramos, como a filosofia, sociologia, psicologia, história e, o nosso objeto de estudo, a literatura⁴. Acredita na ideia de que o direito não é apenas um conjunto de regras. Poderia haver uma interpretação mais aberta de suas normas, com base em outros ramos, como já foi dito, assim como com base nos princípios.

Assim sendo, surge com possibilidade ante esse novo paradigma, a relação entre Direito e Literatura. Marques e Ribeiro (2012) afirmam que essa junção vem sendo estudada desde o princípio do século XX pelo professor americano John Henry Wigmore (1863-1943). Ele criou uma forma de estudo com os livros de Shakespeare e a Bíblia. James Boyd White (1973), com sua obra *The legal imagination*, conferiu uma real e importante amplitude ao movimento *Law and Literature*. O autor parte do pressuposto que trabalhos literários oferecem aos operadores do direito outra maneira de interpretar e compreender a ordem jurídica. Nos Estados Unidos, houve até criação de cursos nas universidades para que esse tema fosse mais bem explorado. Porém, no Brasil não se ouve falar muito nisso, pois o movimento é recente.

³ O jusnaturalismo moderno, desenvolvido a partir do século XVI, aproximou a lei da razão e transformou-se na filosofia natural do Direito. Fundado na crença em princípios de justiça universalmente válidos, foi o combustível das revoluções liberais e chegou ao apogeu com as Constituições escritas e as codificações. (Luis Roberto Barroso, 2006, p. 05).

⁴ Literatura: Todas as criações de toque poético, ficcional ou dramático em todos os níveis de uma sociedade, em todos os tipos de cultura, desde o que chamamos de folclore, lenda, chiste, até as formas mais complexas e difíceis da produção escrita das grandes civilizações (Antônio Cândido, 2011, p. 174).

O pioneiro do estudo é o Professor Arnaldo de Sampaio Moraes Godoy (Marques e Ribeiro, 2012). Mas Eliane Botelho Junqueira deu sua contribuição com seu livro *Literatura e direito: uma outra leitura do mundo das leis* (1998). Assim como também o livro *Direito & literatura: discurso, imaginário e normatividade* (2010), obra organizado por André Karam Trindade, Roberta Magalhães Gubert e Alfredo Copetti Neto. Outro a ser citado é a obra *Direito e Literatura: por que devemos escrever narrativas?* (2013), organizado por Bernardo G.B. Nogueira e Ramon Mapa da Silva.

Assim, o presente trabalho procura fazer uma análise com o fim de descobrir se essa interdisciplinaridade entre Direito e Literatura, essa junção das duas ciências é vantajosa para o estudo do Direito e se vai ajudar a conhecê-lo dessa forma. Se a literatura pode ser utilizada na compreensão de valores jurídicos. É importante saber se o Direito pode ser avaliado fora do seu campo metalinguístico. Essa avaliação é essencial para que se possa debater sobre o que se passa em torno do Direito, da Justiça e do Poder judiciário hoje em dia.

2 Direito da Literatura, Direito como Literatura e Direito na Literatura.

Para entendermos melhor o tema do trabalho é importante compreender a diferença entre Direito da Literatura, Direito como Literatura e Direito na literatura. O primeiro, sendo um campo mais restrito, diz respeito aos direitos de um autor ou de uma obra quanto a sua utilização. Está relacionado com a liberdade de expressão e direitos autorais do autor sobre sua obra (GURGEL, 2013). De acordo com Bambirra (2012), "[...] há a proteção jurídica da atividade literária, que envolve todos os aspectos das relações jurídicas do exercício literário - da garantia à liberdade de expressão aos direitos autorais." O segundo, conforme esclarece Godoy (2002), é o uso de estratégias literárias nos próprios textos jurídicos. Ocupa-se do estudo dos recursos de linguística, retórica e estilo, utilizados tanto na norma quanto no discurso jurídico, para transmitir seus conteúdos valorativos, tornando-se, mesmo, mais uma potencial forma de leitura (GURGEL, 2013). Seria outra forma de leitura do Direito. Godoy (2002) também explica o terceiro, afirmando que tende à representação da atuação de juristas e instituições jurídicas em textos literários. Identifica o jurídico dentro do literário, por meio das narrativas, metáforas e situações hipotéticas trazidas pelo universo da literatura e discutem-se os conteúdos, institutos e preceitos jurídicos, de forma ampla e interdisciplinar (GURGEL, 2013). Isso quer dizer que diz respeito às formas sob as quais o

direito é representado na literatura. Ou seja, livros⁵ que tenham como tema ou pano de fundo, algo relacionado com o direito.

3 Relação Direito e Literatura.

Como realmente acontece essa relação interdisciplinar entre Direito e Literatura? O primeiro ponto a ser citado é que o Direito se utiliza da Literatura para interpretar a sociedade. As obras servem de base para que os operadores possam fazer uma reflexão acerca do mundo jurídico. De acordo com Lênio Streck (2013), "Não há livro que não seja útil nessa relação direito-literatura". O Direito usa a literatura como uma metáfora e esta antecipa os temas relacionados ao universo jurídico, facilitando assim a compreensão.

É por meio de obras como essas que a literatura ganha sua primeira importância para o conhecimento e desenvolvimento do direito. As obras ficcionais são capazes de inserir o leitor em uma realidade alheia à sua, enfrentá-lo com problemáticas que não se mostrariam visíveis ao indivíduo em seu espectro original, tal qual a opressão das crenças de Mersault ou a obscuridade da justiça condenatória de Josef K. A literatura tem o poder de sensibilizar o leitor a causas que não o comoveriam por meio de um relato jurídico e formalista. Ela atua com a função de recuperar os sentidos perdidos durante o processo de racionalização do direito. (SIQUEIRA. 2011, p. 42).

A literatura consegue explicar o que a sociedade pensa sobre o direito e a justiça. A utilização das obras literárias permite um entendimento mais fácil e prático do que apenas os estudos científicos. A literatura, através dos seus personagens fala às pessoas sobre todas as possibilidades que existem no direito.

Sá da Silva (2012) aborda essa ideia em um dos seus textos, quando faz uma reflexão sobre a importância da literatura e como ela pode ser considerada um direito constitucional. O autor afirma que "A Literatura é imprescindível para o progresso da cultura, para nossa formação política e para o conforto da nossa alma" (SILVA, 2012, p.94). Assim, sem essa ciência o cidadão não possui uma formação cultural adequada, sendo impossível ter uma opinião própria das coisas do mundo, dos problemas que o rodeiam, pois as histórias conseguem além de tudo o que já foi citado, formar a nossa consciência moral.

Entretanto, para que isso ocorra, o autor também defende o fato de que se tem que acabar com a separação entre cultura popular e cultura erudita, pois todos devem ter o direito de ler as obras que quiser, seja elas mais simples ou mais complexas, pois todas as

⁵ Podemos citar Antígona, do Sófocles; O Mercador de Veneza, do autor William Shakespeare; O Alienista, do Machado de Assis; Na Colônia Penal, do Franz Kafka; 1984, do autor George Orwell; e até mais atual, os livros do John Grisham (O Sócio, O Advogado, O Último Jurado, O Recurso, etc), entre várias outras obras.

obras de literatura são importantes para essa formação humanística. Por isso alega a relevância de se estudar o fato de a literatura ser considerada um direito constitucional ou como Antônio Cândido (1988) defende, até mesmo um direito humano, pois nenhum homem consegue viver sem entrar em contato com o universo fantástico, além da literatura está relacionada com a nossa humanização e com a nossa organização mental.

Ademais, o direito está ilustrado nas obras literárias, construído e perpetuado. É necessário que haja recursos para discutir e pensar as práticas jurídicas e sua real efetividade na resolução de conflitos sociais.

[...] não podemos desprezar as contribuições que a literatura pode oferecer para a melhor aplicação e interpretação do direito. Tanto o Direito, quanto a Literatura são propostas de organização do mundo. O Direito existe para impor uma ordem ao mundo da vida. É a tentativa de transformar o mundo do “ser”, no mundo do “dever ser”. A Literatura espelha e ordena esse mesmo mundo pelos olhos de um Autor. Mais especificamente, o Direito e a Literatura são tentativas de descobrir e retratar o homem. Nessas disciplinas, a linguagem constrói uma visão da realidade. (BECATTINI, MIRANDA, 2011, p. 261).

A literatura cria um novo olhar sobre o homem. Nela, ele é representado, assim como os problemas que o rodeia. Ela mostra seus anseios, pensamentos, sentimentos, opiniões, expectativas. Assim como a literatura é um espelho da sociedade. Ela retrata uma época, um povo, as adversidades, uma realidade. Além disso, a literatura (principalmente a contemporânea) explora a sua "utilidade social", denunciando os problemas do mundo. Ou seja, ela é a transfiguração da realidade. É através dela que o homem descenda uma nova possibilidade de fazer um mundo melhor, mais humano e sem os erros cometidos no passado.

4 Importância da Literatura para a formação de um novo imaginário jurídico

4.1 Compreensão

Uma parte importante da relação Direito-Literatura pode ser resumida em uma palavra: Compreensão. É isso que a Literatura faz pelo direito. Ela ajuda a compreendê-lo. É por meio dela e por meio dessa compreensão que ela proporciona que podemos questionar o direito. Há também a compreensão do próprio homem, seja o que viveu em épocas passadas, seja o contemporâneo. Os tipos literários também facilitam a assimilação dos valores jurídicos. Mais uma vez, tanto de antigamente, quanto os valores de hoje em dia. Em suma, a literatura se torna fonte de compreensão, pois retrata algum aspecto do meio jurídico de determinada sociedade.

[...] o processo de leitura apresenta-se como uma atividade que possibilita a participação do homem na vida em sociedade, em termos de compreensão do presente e do passado e em termos de possibilidades de transformação cultural futura. E, por ser um instrumento de aquisição e transformação do conhecimento, a leitura, se levada a efeito crítica e reflexivamente, levando-se como um trabalho de combate à alienação (não racionalidade) capaz de facilitar ao gênero humano a realização de sua plenitude (liberdade). (SILVA, 1988, p. 22).

Toda essa compreensão é essencial, pois assim abre-se um espaço para uma reflexão mais aprofundada sobre todos os assuntos do universo jurídico. É despertado o que podemos chamar de senso crítico, pois a literatura amplia os horizontes.

4.2 Direitos Humanos e Literatura

Com a compreensão já explorada, um bom exemplo a ser citado é sobre os direitos humanos.

[...] tais direitos correspondem a necessidades essenciais da pessoa humana. Trata-se daquelas necessidades que são iguais para todos os seres humanos e que devem ser atendidas para que a pessoa possa viver com dignidade que deve ser assegurada a todas as pessoas. (DALLARI, 1998, p. 07).

Cândido (1988), no seu livro *Vários Escritos* afirma que "...a entrada do pobre no cenário do romance, no tempo do Romantismo, e o fato de ser tratado nele com a devida dignidade, é um momento relevante no capítulo dos direitos humanos através da literatura". Os textos literários criticam, satirizam e denunciam. Sendo assim, a partir do momento que alguns autores começaram a introduzir nos seus livros a miséria, exploração econômica, marginalização, violência, entre outros, todos esses quesitos se tornaram passíveis de discussão. Os problemas ficam mais reais e mais urgentes, pois são finalmente expostos. Podemos dizer então que a literatura promove e auxilia o direito para um conhecimento do mundo e da sociedade, expondo as dificuldades e a realidade, fazendo com que as pessoas comecem a utilizar aquele senso crítico que já foi citado.

4.3 Pedagogia jurídico literária

Há também uma função essencial no estudo do Direito e Literatura que é a formadora e pedagógica. Segundo Aguiar e Silva (2001), essa prática auxilia e atua na formação cultural do jurista, possibilitando um melhor reconhecimento de sua realidade social. É corrente o entendimento de que a literatura é capaz de aguçar o senso de alteridade e

a sensibilidade do jurista, tornando-o um melhor profissional alinhado com sua realidade social.

Isso leva a uma relação de humanização. Segundo Streck (2013): "A literatura pode humanizar o direito". Talvez seja isso que o direito esteja precisando. Os operadores precisam começar a olhar além do direito, a interpretar além da norma positivada. Essa ideia é a nossa proposta no encontro com a literatura. E como não dizer que a literatura é essencial para essa percepção? Pois é ela que nos mostra novas formas, novos lugares, lugares antigos, épocas passadas, um novo direito, um antigo direito, uma forma diferente de enxergar as coisas.

Godoy (2002) concorda quando afirma que a Literatura permite foco em outras épocas e instituições. A literatura ajuda a construir a realidade, já que o direito pode utilizá-la para interpretar a sociedade. A literatura pode ajudar a perceber o direito através de uma nova perspectiva, pois ela conta histórias e por meio dessas histórias pode-se ter outras visões do mundo, principalmente quando se trata do passado, onde a narrativa mostra uma época na qual não vivemos.

Assim, utilizando da literatura para entendermos melhor o mundo a nossa volta, conseguiremos entender também melhor o próprio direito e com isso, uma maior fundamentação na tomada das decisões aconteça, fazendo com que a humanização dita no começo do texto seja possível de acontecer.

5 Diálogo com Antônio Cândido – Direito Humano à Literatura

Hoje em dia as pessoas chegaram a uma racionalidade diferente face a outros tempos. Acredita-se que com isso, podem-se resolver vários problemas que o mundo vive, como a alimentação por exemplo. Entretanto, ainda existe muita irracionalidade também. Ou seja, da mesma forma que algo pode contribuir, pode igualmente destruir. "Os meios que permitem o progresso podem provocar a degradação da maioria". (CÂNDIDO, 1988, p. 169).

Ocorre que antigamente era quase impossível se pensar em equidade. Nos dias atuais, é totalmente possível que isso seja uma realidade. Porém, não se pensa e nem se faz nada para atingir esse objetivo.

Durante algum tempo, acreditou-se que, se alguns quesitos fossem melhorados (como a ignorância e os governos despóticos), alguns problemas seriam resolvidos. Mas isso não aconteceu. Mesmo com a remoção dos obstáculos, as adversidades continuaram.

Ainda vivemos num mundo cheio de barbaridades. A diferença é que hoje elas não são tão explícitas. As pessoas não as aceitam e acham normais como antes. E algumas outras pessoas, além de não achar normal, lutam para mudar essa realidade. Lutam pela justiça e igualdade. Ou seja, todos nós somos capazes de lutar e até de efetivamente conseguirmos as mudanças necessárias. Pois, o que antes era apenas imaginação, hoje pode vir a se tornar realidade. Há meios para que isso ocorra. Se há meios, há vontade de lutar, pois assim há também esperança. Para isso existem os Direitos Humanos.

Ressalta-se então que as coisas erradas e ruins continuam ocorrendo, mas hoje não são mais elogiadas e aplaudidas, vistas como boas e naturais. Por exemplo, pessoas fazendo atrocidades com outras eram proclamadas. Negros e pobres eram motivo de piadas. Hoje ainda acontece, mas não são mais aceitáveis, não são consideradas certas pela maioria. Consequentemente, essas coisas, sem apoio, tendem a diminuir.

Entretanto, apesar dessa mudança positiva, nada vai ser feito para mudar. Apenas não se acha mais normal. O que mudou realmente foram os sentimentos das pessoas. Mesmo que ninguém faça nada para alterar as coisas, elas se incomodam com as coisas erradas. Na realidade não adianta muita coisa, mas ainda é melhor do que todo mundo achar natural e aplaudir. Mas há pessoas que querem partir da teoria para a prática: as que acreditam e lutam pelos direitos humanos.

Se pensarmos assim, agiremos para que o próximo tenha as mesmas coisas que nós temos. Porém, o normal é pensar que o que eu preciso é mais importante do que o que o outro precisa. Ou seja, esse pressuposto do direito humano não é tão fácil de pensar, de acreditar verdadeiramente e agir para que isso aconteça.

Mas é até mais fácil pensar nos direitos básicos como indispensáveis para todos: saúde, educação, segurança, lazer. O problema é na hora de pensar que o pobre também tem outros direitos como frequentar os mesmos lugares, ler os mesmos livros, ouvir as mesmas músicas. Com isso nem todo mundo concorda. É a divisão da cultura popular com a cultura erudita.

Em *Cândido* (1988), encontramos os dizeres de que Lebrecht distingue os "bens incompressíveis" e os "bens compressíveis". O primeiro são os mais supérfluos, como cosméticos, roupas supérfluas, entre outros. O segundo são os mais básicos, como alimento, casa, roupas. Essa distinção é difícil de ser feita na prática, porque o valor de algo depende da necessidade que a pessoa tem dela. Como saber o que é realmente necessário e o que é supérfluo para cada pessoa, cada camada social, cada época e lugar? Por exemplo, cada época

acredita em algo, acha normal um modo de viver. O que era natural antigamente hoje não é mais. O que é natural no Brasil em outro país pode não ser.

Cândido (1988) garante que bens incompressíveis são mais do que apenas moradia, vestuário básico e saúde. Pois isso garante a sobrevivência física, mas ninguém sobrevive sem a mente boa, sem a espiritualidade saudável. Para tanto, é necessário que nesses bens incompressíveis, seja incluído também o lazer, a educação, a liberdade, o amparo da justiça, a arte e até mesmo a literatura. Mas a pergunta é: A literatura é um bem incompressível? Ela é necessária para a saúde mental do ser humano?

A literatura é uma manifestação universal de todos os homens em todos os tempos. Não existe ninguém que consiga viver sem ela, pois todos precisam entrar em contato com outro mundo. Um mundo mais fantástico, diferente. Ninguém consegue passar o dia inteiro dentro do mundo real. É necessário que se passe pelo menos algum tempo no universo da ficção (CÂNDIDO, 1988). Sendo assim, fica claro que é um direito básico do homem ter contato com a literatura, pois é ela que vai proporcionar a ele esses momentos essenciais.

Ademais, a literatura é o sonho acordado das civilizações. É possível que sem a literatura, não haja equilíbrio social. Sendo assim, percebe-se que para uma humanização do homem a literatura é totalmente indispensável. Cada sociedade tem a sua forma de criar o seu universo ficcional, pois tudo depende de suas crenças e sua cultura. Mas, independente da forma, é fundamental que se tenha esse universo.

Dentro da sociedade a literatura é fator essencial para o crescimento dos cidadãos. Os valores de cada sociedade estão presentes na literatura, nas suas mais diversas formas. Ela ensina, denuncia, mostra os problemas, mostra o passado, nos demonstra lições importantes. A literatura educa e faz com que as pessoas abram os olhos para o mundo real, que enxerguem além do que costumam enxergar, que se tornem críticos. Ela faz as pessoas viverem mais e assim, questionarem o que estão vivendo. E por fim, mas não menos importante, ela humaniza o homem.

A literatura descreve e toma uma posição diante dos problemas sociais. Essa particularidade é muito importante para o combate pelos direitos humanos, pois mostra para as pessoas, para o leitor, a realidade das adversidades que afligem o mundo. Cândido (1988) nos dá o exemplo de dois autores que criaram obras e essas cumpriram esse papel: Castro Alves e Bernardo Guimarães. Nas suas obras, os dois autores escreveram sobre a escravidão, o que fazia com que ela se tornasse mais conhecida. Como até sendo uma denúncia. Mas Cândido afirma que a obra do segundo autor, *A Escrava Isaura*, é de má qualidade. Guimarães

não conseguiu criar um livro organizado adequadamente. De qualquer forma, é válido, pois a literatura não é formada apenas de obras perfeitas ou de qualidade alta. Até as mais modestas nos atinge de alguma forma, nos fornecendo conhecimentos.

No século XIX foram escritos vários livros sobre o impacto da industrialização. É de conhecimento geral de como essa época é marcada por muita miséria, pois a industrialização promoveu uma enorme concentração urbana. Os camponeses saíram das regiões afastadas e foram para a civilização para trabalharem nas indústrias. Foi nessa época que as pessoas não puderam mais ignorar a miséria, pois ela estava ali para todos verem. Logo, as pessoas começaram a ter consciência daquela realidade e isso gerou vários romances descrevendo aquela situação do pobre. É assim que o pobre entra de vez para a literatura. Não mais tratado com desprezo ou alguém para ser motivo de piada, mas sim com dignidade, com respeito, com integridade. Os autores, inserindo os pobres nas suas obras e mostrando suas vidas, seus problemas, suas realidades, fizeram com que as outras pessoas comessem a enxergar isso e não apenas ignorar.

O que percebemos é que através da literatura as pessoas começaram a enxergar a realidade e essa realidade continha vários problemas, principalmente em relação aos pobres que antes, se não ignorados, eram motivo de piada. A literatura consegue fazer com que as pessoas enxerguem as coisas com mais urgência e isso é um grande passo para o êxito dos direitos humanos.

Essa narrativa, com personagens discriminados, como o operário, camponês, prostituta, entre outros vai ficando cada vez mais em evidência. Émile Zola, em vários livros da série Rougon-Macquart, retratou todos os infortúnios desse povo, como a miséria e a promiscuidade (CÂNDIDO, 1988).

No Brasil, esse tipo de narrativa ganhou força em 1930, quando os autores passaram também a mostrar o homem e seus problemas, e o pobre estava em evidência. Jorge Amado e Graciliano Ramos são exemplos desses escritores. O que se pode dizer é que os problemas sociais foram desmascarados e isso com a ajuda da literatura. Houve vários escritores dispostos a denunciar a miséria, a exploração econômica, a marginalização, entre outros. Isso faz com que eles sejam parte de uma luta pelos direitos humanos, pois a partir do momento que eles expõem esses problemas, estão ajudando para que se possa colocar um fim neles.

Como nos ensina Cândido (1988), sociedade trata alguns bens incompressíveis como compressíveis. As pessoas acreditam que, obras importantes, ou seja, a cultura erudita

não cabe aos pobres. Para eles, apenas o folclore, o carnaval, a novela, o futebol, a literatura do povo, entre outros. Esse tipo de cultura é importante também, mas não é suficiente. É claro que na nossa sociedade é difícil que a literatura erudita seja igualitária para todos, pois para isso, a sociedade em geral teria que ser igualitária. Em um país como o Brasil, por exemplo, isso é uma situação complicada, já que grande parte da população é analfabeta e, mesmo quando não é o lazer não está disponível para todos.

Fato é que, se uma sociedade conseguir se tornar igualitária, ela poderá proporcionar mais lazer e nisso está incluído as obras literárias. A partir do momento que isso aconteça, as pessoas vão tendo mais conhecimento e mais visão do mundo em que vivem. Ademais, se formos à história, pegaremos exemplos de que isso não é impossível de acontecer. É claro que não chegou a transformar a sociedade que temos em uma totalmente igualitária, mas algo para difundir a cultura já foi feito.

6 Considerações Finais

Como podemos perceber a interdisciplinaridade entre Direito e Literatura é de extrema importância. Por meio de várias obras, a Literatura influencia no estudo e na prática do Direito, pois como foi dito, ele se utiliza da Literatura para interpretar a sociedade e saber o que ela pensa sobre a justiça. Assim tanto as pessoas em geral quanto os próprios operadores do direito podem fazer melhores reflexões sobre o mundo que os cerca e inserir esse conhecimento no universo jurídico.

Para isso, é necessário que a Literatura se torne mais abrangente e não fique nas mãos de apenas uma parcela da sociedade. Já que ela facilita o olhar sobre o mundo, faz compreender o passado, o presente e até o futuro e faz com que as desperte um senso crítico nas pessoas, é essencial que todos possam ter acesso a esse tipo de cultura.

Por meio da Literatura, as pessoas começam a enxergar coisas que às vezes passavam despercebidas, ou então até se percebia, mas não dava a devida importância. A inserção das minorias nos textos literários abriu os olhos de muita gente e até do próprio Direito. Agora essas minorias são enxergadas, senão o suficiente, pelos menos mais do que era antigamente. Com isso, os Direitos Humanos ficam cada vez em maior evidência e é através deles é que os problemas sociais poderão começar a serem resolvidos.

Em suma, é com essa compreensão trazida pelo Direito que o homem conseguirá exigir mais e ir atrás de um mundo melhor, sem cometer os mesmos erros já

cometidos no passado. Conjuntamente, abre espaço para uma maior fundamentação nas decisões, melhorando o Direito, a Justiça e o Poder judiciário do mundo atual.

Referências Bibliográficas

SILVA, Joana Aguiar. **A prática judiciária entre direito e literatura**. 1 ed. Coimbra: Almedina, 2001.

CÂNDIDO, Antônio. **Vários escritos**. 1 ed. São Paulo: Duas Cidades, 1970.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**. 1 ed. São Paulo: Moderna, 1998.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy. **Direito e Literatura - Anatomia de um desencanto: Desilusão jurídica em Monteiro Lobato**. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2002.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho; **Literatura e Direito: Uma outra leitura do mundo das leis**. 1 ed. Rio de Janeiro: Letra Capital, 1998.

MARQUES, Daniela de Freitas Marques. RIBEIRO, Isolda Lins (Org.). **Direito e Literatura: Representações do crime e da sociedade**. 1 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

NOGUEIRA, Bernardo Gomes Barbosa; Silva, Ramon Mapa da (Org.). **Direito e Literatura: Por que devemos escrever narrativas?** 1 ed. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

OLIVO, Luis Carlos Cancellier (Org.). **Anais. I Simpósio de Direito & Literatura**. Volume III. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011.

SILVA, Ezequiel T. da. **Leitura & Realidade brasileira**. 1 ed. Porto Alegre: Mercado Aberto, 1988.

STRECK, Lênio Luiz. TRINDADE, André Karam (Org.). **Direito e Literatura: da realidade da ficção à ficção da realidade**. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; NETO, Roberto Copetti (Org.). **Direito e Literatura: Discurso, imaginário e normatividade**. 1 ed. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010.

TROGO, Sebastião; COELHO, Nuno Manoel Morgadinho dos Santos. (Org.). **Direito, filosofia e arte: Ensaios de fenomenologia do conflito**. 1 ed. São Paulo: Rideel, 2012.

BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito**. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acesso em: 17 abril 2014.

CHAVES, Glenda Rose Gonçalves. LIMA, Carla Sales Serra. **Dom Casmurro de Machado de Assis: Uma interface entre direito e literatura**. Disponível em: <http://www.ufjf.br/eticaefilosofia/files/2011/10/14_2_lima_chaves_10.pdf>. Acesso em: 14 abril 2014.

FIGUEIREDO, Roseana Nunes Baracat de Souza. **A Literatura - Um Espelho da Sociedade**. Disponível em: <<http://ler.letras.up.pt/uploads/ficheiros/7117.pdf>>. Acesso em: 03 mai. 2014.

GOMES, Iuri de Castro. **Conceitos lógico-jurídicos e jurídico-positivos: do positivismo ao pós-positivismo**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12804>. Acesso em: 19 mar. 2014.

PINTO, Isac Penedo. **Aspectos do Pós-Positivismo e a Crise da Legalidade**. Disponível em: <http://www.sintese.com/doutrina_integra.asp?id=1223>. Acesso em: 05 mai. 2014.

SANTOS, Maria Elizangela dos. **Literatura e democratização cultural: Negociações para um novo olhar na contemporaneidade**. Disponível em: <<http://www2.uefs.br/dla/romantismoliteratura/coloquiogrupodeestudos2011/anais/3coloq.ana.is.83-92.pdf>>. Acesso em: 19 mar. 2014.

SCHWARTZ, Germano. MACEDO; Elaine. **Pode o Direito ser Arte? Respostas a Partir do Direito e Literatura**. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/germano_schwartz.pdf> Acesso em: 21 abril 2014.

SIQUEIRA, Ada Bogliolo Piancastelli. Notas sobre direito e literatura: o absurdo do direito em Albert Camus. Disponível em: <http://funjab.ufsc.br/wp/wp-content/uploads/2012/02/Notas_sobre_direito_V_IV_texto1.pdf>. Acesso em: 22 abril 2014.

VALADÃO, Walter Aguiar. **Arte, Literatura e Direito: a subjetividade e a lei**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21316/arte-literatura-e-direito-a-subjetividade-e-a-lei>> Acesso em: 21 abril 2013.

APLICABILIDADE DA LEI 8.009/90 PARA DEVEDORES SOLTEIROS

*Leandro Henrique Simões Goulart¹
Matheus Adolpho Gomes Quirino²*

RESUMO: O presente artigo tem como objeto abordar alguns aspectos da Lei de Impenhorabilidade do Bem de Família – Lei nº 8.009/90 – uma lei que visa proteger o bem imóvel residencial da entidade familiar ou casal, não sendo objeto de execução por qualquer tipo de dívida, comercial, fiscal ou previdenciária. Ocorre que a Lei busca proteger somente a entidade familiar e o casal, não abordando sobre as demais pessoas, solteiras, viúvas, divorciadas, que possuem dívidas e um único imóvel residencial. Analisando a constitucionalidade da Lei 8.009 no ordenamento jurídico brasileiro, as mudanças oriundas do Código Civil de 2002, juntamente com a Constituição de República de 1988.

Palavras-chave: Impenhorabilidade do Bem de Família, Direito a Moradia, Devedor Solteiro.

ABSTRACT: The present paper aim to address some aspects of the Law of Unseizability of the Family's Properties - Law n. 8.009/90 – a law that tries to protect the residential property of the family entity or couple, that is can't not be subject of forced execution for any kind of debt, even commercial, tax or social pension and security. But that law protects only the family and the couples, not protecting other peoples, like single ones, widows, divorced, indebted, persons that have only one residential property, and so on. We analyze the constitutionality of the law 8.009 and the changes brought by the Civil Code of 2002.

Keywords: Unseizability of the Family's Properties, Habitation Rights, Single Indebted Person.

1- INTRODUÇÃO

O inadimplemento de uma obrigação, quando um devedor não cumpre com sua obrigação, gera ao credor a possibilidade de obtenção da satisfação de seu crédito através de uma execução judicial, aplicada pelo Estado exercendo seu poder jurisdicional.

Em 29 de Março de 1990, entrou em vigor a Lei 8.009, que substituiu os artigos 70 a 73 do Código Civil de 1916, garantindo que o imóvel destinado ao bem de família em regra é impenhorável.

Todavia, não houve menção expressa na lei se o bem imóvel adquirido e residido

¹ Mestre em Direito pela FUMEC, Especialista em Processo Civil Pela UNI-BH, Professor do Centro Universitário Newton Paiva das Disciplinas Processo Civil (Cautelares e Procedimentos Especiais, Teoria Geral do Processo e Recursos), Coordenador do CEJU – Centro de Exercícios Jurídicos da Newton - Professor de Teoria Geral do Processo e Tópicos Especiais Processo Civil e Processo Civil na UNIPAC Itabirito - Advogado.

² Professor de Direito Empresarial da Unipac-Itabirito. Advogado. Mestre em Direito Empresarial. Pós-graduado em direito processual. Ex-procurador do Município de Itabira. Bacharel em Direito.

somente por uma pessoa, solteira, é passível de impenhorabilidade nos casos de dívidas civil, comercial, previdenciária, fiscal ou de outra natureza, fato que trouxe aos estudiosos do Direito grande dificuldade na aplicabilidade da lei.

Devido aos diferentes entendimentos do Superior Tribunal de Justiça, não é tão fácil, determinar os limites de tal proteção. Observa-se que as normas que protegem o imóvel do indivíduo têm além da preservação da sua dignidade, possui uma utilidade social colossal.

Este artigo compreende em analisar e compreender as mudanças e as consequências trazidas pela Lei 8.009/90, a qual trouxe novo entendimento sobre a aplicabilidade da impenhorabilidade do imóvel de um casal, ou entidade familiar. Verificando sua aplicabilidade aos devedores solteiros.

Nesse sentido, será analisada a Lei 8.009/90 e sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro, bem como os entendimentos atuais da jurisprudência e doutrina, uma vez que toda Lei tem uma finalidade social, buscando atender os anseios da sociedade.

2- BREVE HISTÓRICO

Para os romanos a obrigação contraída por uma pessoa era de grande responsabilidade, sendo que a garantia das obrigações era exclusivamente pessoal, onde o devedor respondia com sua própria pessoa. Pois, para os romanos todos os patrimônios de uma pessoa pertenciam a sua família que se interligava a sua religião, destinada ao culto dos deuses, e assim, sempre inalienável e indivisível.³

A Lei das XII Tábuas dispunha sobre o tratamento dado aos devedores, do qual atingia somente a pessoa e nunca seu patrimônio. Os romanos inadimplentes sofriam vigorosamente por suas dívidas, podendo ser presos, virar escravo do credor, sofrer humilhações em praça pública, e até mesmo serem mortos e esquartejados.

Ao fim da civilização romana com a evolução de seu povo, nos casos de inadimplemento de obrigações, o indivíduo não respondia com seu corpo e sim com o seu patrimônio.

Essa modalidade é mantida ao longo do tempo, sendo legitimada e positivada a proibição do uso da pessoa como satisfação em execuções somente no Código Napoleônico, o Código Civil Francês, outorgado por Napoleão Bonaparte em 1804. Positivando que somente respondia pela execução o patrimônio de um devedor.

³ MENDONÇA, Manoel Inácio Carvalho de. *Doutrina e prática das obrigações*. 4ª. edição, Rio de Janeiro: Forense, 1956, V. I, p. 76

Atualmente, o credor para satisfazer seu crédito pode se utilizar do patrimônio do devedor, através da Execução Civil.

O modelo de bem de família adotado no Brasil fora inspirado do modelo americano, conhecido como *homestead*⁴, instituído pelo Estado do Texas em 1839, onde os habitantes foram isentos de execução judicial por dívidas para imóveis urbanos ou rurais de até 50 acres, devido a uma grave crise econômica. Sendo posteriormente adotado por todos os Estados Unidos da América.⁵

O primeiro instituto introduzido no ordenamento jurídico brasileiro veio através do regulamento 737 de 25 de Novembro de 1850, onde alguns bens eram impenhoráveis, mas, o regulamento não isentava da penhora o imóvel residencial do devedor.

A impenhorabilidade do bem de família foi inserida no ordenamento brasileiro somente no Código Civil de 1916, sendo regulado no “Livro dos Bens”, nos artigos setenta a setenta e três.

Com a promulgação da Lei 8.009/90, disciplina a regra que o bem imóvel destinado ao bem de família é impenhorável, com as devidas exceções abordadas na própria Lei. Com a entrada em vigor do novo Código Civil em 2002, foram trazidas ao tema algumas inovações, nos artigos 1711 a 1722.

No artigo 1712 encontramos a definição legal de bem de família:

O bem de família consistirá em prédio residencial urbano ou rural, com suas pertencas e acessórios, destinando-se em ambos os casos a domicílio familiar, e poderá abranger valores mobiliários, cuja renda será aplicada na conservação do imóvel e no sustento da família. (Código Civil de 2002).

Ocorre que com os advenços trazidos pelo novo Código Civil Brasileiro de 2002, juntamente com a Lei 8.009 de 1990, inovou a começar pela permissão para que entidades familiares instituam bem de família. Do qual, bens de família são tratados como inalienáveis, onde se entende que ao devedor deve ser garantido o mínimo de bens para que tenha uma vida digna e que não atinja a dignidade da pessoa humana, ou seja, em regra, existem alguns bens que não podem ser executados para o pagamento de dívidas.

No rol de bens inalienáveis, instituídos no artigo 1º da Lei 8.009/90, encontra-se o imóvel residencial próprio da entidade familiar, posto que o direito pátrio vinculado ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana protege o direito a habitação de todos os indivíduos, impedindo que sua residência seja penhorada.

⁴ Home: casa, e stead: lugar, que na linguagem jurídica quer dizer “uma residência de família”.

⁵ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Bem de família e a Lei 8.009/90**. 5. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 25.

Todavia, não houve menção expressa na Lei 8.009/90 acerca da sua aplicabilidade tendo em vista a moderna concepção de família e se tal instituto pode ou não ser aplicado ao devedor solteiro que resida sozinho.

3- CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DO BEM DE FAMÍLIA

Antônio Chaves conceitua o bem de família como um “patrimônio separado, constituído por bem imóvel isento de execução, por dívida posterior à sua instituição pelos cônjuges, por um deles ou por terceiros, vedada a sua alienação ou alteração de seu destino, que é o de garantir, obedecidos os requisitos, limites e formalidades da lei, a estabilidade e o centro do lar, durante a vida de cada um daqueles e dos seus filhos, enquanto menores.”⁶ Observa-se que o bem de família é uma forma de garantir um abrigo as famílias, tornando o imóvel um domicílio impenhorável e inalienável, sendo assim um patrimônio com destinação específica.

Nesse sentido, conceitua Álvaro Villaça Azevedo, que “o bem de família é um meio de garantir um asilo à família, tornando-se o imóvel onde a mesma instala domicílio impenhorável e inalienável, enquanto forem vivos os cônjuges e até que os filhos completem sua maioridade.”⁷

Sendo assim, o bem de família, no ordenamento brasileiro, é um imóvel – urbano ou rural – que será objeto de proteção do Estado, que, protege a entidade familiar, tornando o domicílio, inalienável e impenhorável, conforme requisitos legais.

Ressalta-se que a família, ente familiar, não é sinônima de sociedade, pela mesma razão, não se atribui ao bem de família como sua propriedade. Desta feita, no tocante a natureza jurídica, conclui ser o bem de família, um patrimônio com destinação específica.

Ensina AZAVEDO, no que tange a natureza jurídica, no ordenamento brasileiro, que “o bem de família é um patrimônio especial, que se institui por um negócio jurídico de natureza especial, pelo qual o proprietário de determinado imóvel, nos termos da lei, cria um benefício de natureza econômica, com o escopo de garantir a sobrevivência da família, em seu mínimo existencial, como célula indispensável à realização da justiça social.”⁸

Assim, deve a família existir com uma proteção efetiva e objetiva do Estado, ou seja, o Estado deve agir através de sua imperatividade, na defesa da família, na sua preservação e

⁶ Tratado de Direito Civil, Parte Geral, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1982, 3. Ed., refundida de Lições de Direito Civil, Parte Geral, v.1, PP. 1107-1109.

⁷ AZEVEDO, Álvaro Villaça, Bem de Família. 6. Ed. São Paulo. Editora Atlas, 2010, p. 80.

⁸ AZEVEDO, Álvaro Villaça, Bem de Família. 6. Ed. São Paulo. Editora Atlas, 2010, p. 93.

manutenção.

4- O BEM DE FAMÍLIA NO ORDENAMENTO JURIDICO BRASILEIRO

Atualmente no ordenamento jurídico brasileiro, existem duas espécies de bem de família. Classificadas em: bem de família voluntário ou convencional e bem de família involuntário ou legal.

O bem de família voluntário ou convencional está disposto e regulado no Código Civil de 2002, do qual gera ao bem instituído, o lar familiar, sua impenhorabilidade e inalienabilidade. Devendo ser constituído tal proteção pelo responsável da entidade familiar, mediante escritura pública ou testamento, observando o limite legal na instituição do patrimônio protegido, conforme disposto nos artigos 1.711 a 1.722 do Código Civil Brasileiro de 2002.

Já o bem de família legal ou involuntário é uma norma de ordem pública, regulada na Lei 9.009/90, protegendo o domicílio, independentemente do montante ou valores do patrimônio familiar, gerando a impenhorabilidade do bem, escolhido como abrigo familiar.

4.1- Bem de Família no Código Civil de 2002

O bem de família voluntário esta disposto no Código Civil de 2002, Livro IV – Do Direito de Família -, Título II – Do Direito Patrimonial-, Subtítulo IV – Do Bem de Família, artigos 1.711 a 1.722.

Ressalta-se que o bem de família voluntário nasce da vontade dos interessados, ou seja, da iniciativa privada.

Inicialmente observa-se o artigo 1.711, do qual dispõe:

Art. 1.711. Podem os cônjuges, ou a entidade familiar, mediante escritura pública ou testamento, destinar parte de seu patrimônio para instituir bem de família, desde que não ultrapasse um terço do patrimônio líquido existente ao tempo da instituição, mantidas as regras sobre a impenhorabilidade do imóvel residencial estabelecida em lei especial.

Parágrafo único. O terceiro poderá igualmente instituir bem de família por testamento ou doação, dependendo a eficácia do ato da aceitação expressa de ambos os cônjuges beneficiados ou da entidade familiar beneficiada.

Com o advento da Constituição da Republica de 1988, trouxe ao ordenamento mudanças significativas relacionadas ao Direito de Família, uma delas é a igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges, sendo assim conforme disposto acima ambos possuem capacidade para instituir bem de família, sem se esquecer da entidade familiar, terceiro

interessado e o convivente, proveniente da união estável.

Ato este mediante escritura pública ou testamento respeitando o limite de um terço do patrimônio líquido existente ao tempo da instituição, limite este não condizente com a realidade da maioria da população brasileira, uma vez que para instituir um bem de família de um imóvel, deverá o instituidor ser proprietário de no mínimo mais dois imóveis, devido a necessidade de não ultrapassar um terço, frustrando a instituição do bem de família. Ressalta-se que o parágrafo único confere ao terceiro capacidade de instituir bem de família, como mencionado acima, ocorre que não faz menção a reserva de uma parte do patrimônio, como disposto no *caput*.

Desta feita, possui capacidade os cônjuges, companheiros, entidade familiar e o terceiro, desde que possuem capacidade civil, seja proprietário do bem a ser instituído e não seja devedor insolvente, podendo até possuir dívidas, o que não seria compatível com o instituto é a sua realização com o objetivo de fraude (Fraude Contra Credores), ou seja, quem tem dívidas pode instituir bem de família convencional.

Ressalta-se que para sua constituição é necessário seguir algumas solenidades, quais sejam, registrar o bem através de escritura pública no competente cartório de Registro Imobiliário, com a maior publicidade possível, caso contrário o ato será nulo, conforme disposto no artigo 166, inciso IV do Código Civil. Sendo possível a instituição por meio de testamento e no caso do terceiro, mediante testamento ou doação.

5 – O DIREITO À MORADIA

Inicialmente ressalta se que o direito à moradia goza não somente no Brasil, mas principalmente no âmbito internacional de proteção legal, tendo como marco inicial a Declaração Universal dos Direitos do Homem, do qual o Brasil foi signatário.

Com o passar dos anos, muitos tratados foram realizados no âmbito internacional com o objetivo de proteção ao direito à moradia, tais como: Convenção Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica, Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento de 1986; Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem; o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. Ratificando internacionalmente o direito a moradia como um direito humano, tendo como principais característica: a universalidade, a indivisibilidade, a interdependência e a inter-relação.

O Brasil mesmo sendo signatário de muitos tratados do qual aborda a proteção e o

direito a moradia, positivou somente no ano de 2000 na Constituição Federal, com a Emenda Constitucional de nº 26, em seu artigo sexto, capítulo II, como direito social o direito a moradia, do qual dispõe:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a **moradia**, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Observa-se que o direito a moradia foi incluído no capítulo dos direitos sociais e nesse sentido nos ensina Alexandre de Moraes, “os direitos sócias caracterizam-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado social de direito, tendo como finalidade a melhoria das condições de vida dos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, que configura em dos fundamentos de nosso Estado democrático”⁹.

Brilhantemente destaca se as palavras de Sérgio Iglesias Nunes de Souza sobre o direito a moradia:

A moradia consiste em um bem irrenunciável da pessoa natural, indissociável de sua vontade e indisponível, a qual permite a sua fixação em lugar determinado, bem como a de seus interesses naturais na vida cotidiana, estes, sendo exercidos em qualquer pouso ou local, desde que objeto de direito juridicamente protegido. O bem da moradia é inerente à pessoa e independe de objeto físico para a sua existência e proteção jurídica. Para nós, moradia é elemento essencial do ser humano e um bem extrapatrimonial. Dessa forma, a moradia também é uma qualificação legal reconhecida como direito inerente a todo ser humano, notadamente, em face da natureza de direito essencial referente a personalidade humana.¹⁰

Diante disso, o direito a moradia é um Direito Fundamental graças a sua positivação pela Carta Magna, recaindo sobre o Estado o dever de proteção através de leis e aplicação de políticas públicas.

Ressalta se que o direito a moradia está condicionado e relacionado ao exercício de outros direitos, principalmente com o direito à vida, à integridade física, à educação, à inviolabilidade do domicílio, ao segredo doméstico, à intimidade, ao sossego, à honra, ao sigilo de correspondência de sua residência, o direito a vida privada, etc., uma vez que a questão da moradia é um problema da sociedade, conseqüentemente do Estado brasileiro.

Pode se caracterizar o direito a moradia sob diferentes enfoques, uma vez que tal direito jamais poderá ser considerado como alienável sendo inerente a cada ser humano, condicionada a personalidade de cada indivíduo. Sendo este (direito) inalienável,

⁹ Alexandre Moraes, Direitos Humanos Fundamentais – Teoria Geral, comentários ao art. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. 3. Ed. São Paulo, Atlas, 2000. p. 43.

¹⁰ Sérgio Iglesias Nunes de Souza. Direito à Moradia e de Habitação, 2. Ed. Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 44.

imprescritível, irrenunciável, gozando de proteção fundamental.

Recaindo sobre o Estado, em atuação conjunta dos três poderes, o dever e a obrigação de garantir o direito à moradia, tendo como norte os princípios fundamentais, de respeitar, ampliar, proteger e facilitar o acesso a todos os indivíduos a essa garantia fundamental.

Nesse sentido, Sérgio Nunes de Souza descreve que “o exercício deste deve ser mantido, e jamais restringido, independentemente da política administrativa ou executiva, ou de normas do Poder Executivo ou do Legislativo que tratem do assunto”¹¹. Sendo assim, toda norma infraconstitucional deverá atender ao preceito constitucional de garantia e proteção a moradia.

6 – BEM DE FAMÍLIA NA LEI 8.009/90

Inicialmente vale conceituar o bem de família disposto na Lei 8.009, de 1990, “é o imóvel residencial, urbano ou rural, próprio do casal ou da entidade familiar, e/ou móveis da residência, impenhoráveis por determinação legal.’ O objeto do bem de família é o imóvel, urbano ou rural, destinado à moradia da família, não importando a forma de constituição desta.”¹²

Destaca-se que a impenhorabilidade do bem de família da Lei em análise é uma norma de ordem pública, em proteção a entidade familiar, uma vez que é à base da sociedade brasileira, conforme dispõe a Constituição Federal.

Ao contrário do bem de família voluntário, instituído pelo Código Civil de 2002, a criação deste bem de família (Lei 8.009/90) independe de formalidades, bastando ao indivíduo residir em um imóvel, rural ou urbano, tornando impenhorável.

Com o advento da Lei 8.009/90, demonstram-se alguns requisitos necessários para a constituição de um bem de família, quais sejam:

“a) O objeto da impenhorabilidade é, principalmente, imóvel residencial próprio do casal ou da entidade familiar; bem como os móveis que guarnecem a residência do casal, seja o imóvel próprio ou simplesmente ocupado.

b) Além da propriedade do imóvel ou de sua posse, é necessário que os membros da família nele residam.”¹³

¹¹ Sérgio Iglesias Nunes de Souza. Direito à Moradia e de Habitação, 2. Ed. Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 121.

¹² Sérgio Iglesias Nunes de Souza. Direito à Moradia e de Habitação, 2. Ed. Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 189.

¹³ Sérgio Iglesias Nunes de Souza. Direito à Moradia e de Habitação, 2. Ed. Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 190.

Ante o exposto, vale a pena analisar os principais artigos da Lei 8.009/90.

6.1 – Artigo 1º

O art. 1º dispõe:

Art. 1º O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei.

Parágrafo único. A impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados.

Nesta nova modalidade de bem de família, observa-se que além da proteção conferida ao bem imóvel, fora abrangido pelo parágrafo único, a proteção aos bens imóveis. Completamente diferente do que é disposto no bem de família voluntário, que não faz nenhuma menção aos bens móveis. Outra distinção é que o bem de família voluntário além de proteger o imóvel torna o torna inalienável.

Observa-se que ao criar a norma o legislador protegeu o imóvel residencial próprio do casal ou da entidade familiar e como o Direito encontra-se em constante mudança, acompanhando a evolução da sociedade, compreende-se como casal, pessoas de diferentes sexos, casadas ou em união estável e até mesmo o casal do mesmo sexo. E como entidade familiar, aquela formada somente por algum dos pais e seus descendentes, ou ascendentes com colaterais. Uma crítica que é necessária destacar é que o legislador não faz menção às pessoas que optam ou acabam vivendo sozinhas, como as solteiras de fato, pessoas viúvas, idosos, divorciadas...

Sendo assim, não se deve interpretar o caput do artigo primeiro de forma restritiva ao enumerar os beneficiários sujeitos a tal proteção. Pois não se pode obrigar alguém a ter ou não uma família, isso afronta a inúmeros princípios constitucionais norteadores do ordenamento jurídico brasileiro.

Desta feita, este presente trabalho tem como objetivo analisar a aplicabilidade da Lei 8.009/90, para as pessoas solteiras, uma vez que as mesmas necessitam de uma moradia e por infortuno acabam sendo devedora de dívidas civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza.

Ante o exposto, verifica-se que o objetivo exposto no artigo primeiro da lei é de garantir além de condições mínimas para sobrevivência do devedor, garantir a família do

devedor uma vida digna, que permita que continuem vivendo no meio social do qual fazem parte.

Destaca-se que “a execução só fica obstada se o débito for do proprietário do bem de família¹⁴”, ou seja, a execução somente será cobrada contra o devedor, nunca contra membros de sua família, e, recaindo somente sobre seu patrimônio, excluindo conseqüentemente os bens de família.

6.2 – Artigo 2º

O artigo segundo dispõe:

Art. 2º Excluem-se da impenhorabilidade os veículos de transporte, obras de arte e adornos suntuosos.

Parágrafo único. No caso de imóvel locado, a impenhorabilidade aplica-se aos bens móveis quitados que guarneçam a residência e que sejam de propriedade do locatário, observado o disposto neste artigo.

Verifica-se que o legislador optou por não incluir como bens de família alguns elementos do qual considera não necessários para uma vida digna do devedor e de sua família.

Sendo assim, cabe ao judiciário analisar nos casos concretos o que pode ou não ser considerado como adornos suntuosos, uma vez que num país de grandes dimensões como o Brasil, de diferentes culturas e padrões sociais o conceito de adorno suntuoso deve ser analisado no caso concreto de acordo com a finalidade aplicada pelo devedor em sua residência.

Em relação às obras de artes, o legislador foi correto, pois não é necessário nenhum objeto artístico para que um ser humano tenha uma vida digna, juntamente com sua família. Não sendo cabível a imobilização do bem, por exemplo, por acessão intelectual.

No parágrafo único do artigo segundo, o legislador, de forma brilhante protegeu os bens móveis que guarnecem a residência do mero possuidor, ocorrendo assim o bem de família móvel legal, também disposto no parágrafo único do artigo primeiro da lei em estudo.

Sendo assim, a lei por ser de cunho social, não faz distinção na proteção a família, sendo o devedor proprietário ou mero possuidor do imóvel, protegendo seus bens móveis, desde que observadas as exigências legais.

6.3 – Artigo 3º

¹⁴ AZEVEDO, Álvaro Villaça, Bem de Família. 6. Ed. São Paulo. Editora Atlas, 2010, p. 198.

O artigo terceiro dispõe:

Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido:

I - em razão dos créditos de trabalhadores da própria residência e das respectivas contribuições previdenciárias;

II - pelo titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato;

III -- pelo credor de pensão alimentícia;

IV - para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar;

V - para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar;

VI - por ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens.

VII - por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.

Pelo *caput* do artigo analisado, a impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução de qualquer natureza, seja de natureza cível, privada, comercial, a penhorabilidade fica impossibilitada devido a proteção ao bem de família, por ser a lei 8.009/90 uma norma de ordem pública e caráter social.

Observa-se que tal oponibilidade é relativa, uma vez que no próprio artigo, existem sete exceções, sem se esquecer das exceções do artigo segundo *caput* (veículos de transporte, as obras de artes e os adornos suntuosos).

Vale a pena destacar cada inciso. Primeiramente analisaremos o primeiro inciso, do qual dispõe que os créditos de trabalhadores da própria residência e suas respectivas contribuições previdenciárias são passíveis de execução contra o bem de família. Tal inclusão se fez necessária uma vez que o crédito trabalhista tem natureza alimentar, sendo fundamental a cada ser humano.

No inciso segundo, inclui-se na execução contra o bem de família o crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato. Tal dispositivo aplica-se aqueles que de má-fé tentem tirar algum proveito da lei, coibindo o enriquecimento sem causa.

Também pode ser penhorado, como disposto no inciso terceiro, o débito alimentar, porque, “à guisa de defender-se a célula familiar, não pode ser negada a proteção existencial do próprio integrante dela. Primeiro, deve sobreviver o membro da família, e, depois, esta,

como fortalecimento da Sociedade e do próprio Estado.”¹⁵

Conforme inciso quarto, também pode ser penhorado o bem de família, na cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar. Sendo assim, o imóvel pode ser penhorado nos casos dos seguintes débitos: IPTU e IPTR (Imposto sobre propriedade territorial urbana e rural), ISS (imposto sobre serviço), INSS (Instituto Nacional da Seguridade Social), taxas decorrentes do poder de polícia (artigo 77 do Código Tributário Nacional).

No inciso quinto, é passível de penhora o crédito hipotecário sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar, uma vez oferecido não a de se falar em proteção pela Lei 8.009/90.

Já, no inciso sexto, dispõe que recairá a penhora quando o imóvel e/ou móveis, tenham sido adquiridos com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens, pois como nos ensina Álvaro Villaça Azevedo, o bem proveniente de ato criminoso não pertence o quem se intitula como proprietário. Sendo a Lei 8.009/90 contra a prática delitual.

No último inciso do artigo terceiro, é passível de penhora, a obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.

6.4 – Artigo 4º

Dispõe o artigo quarto da Lei 8.009/90:

Art. 4º Não se beneficiará do disposto nesta lei aquele que, sabendo-se insolvente, adquire de má-fé imóvel mais valioso para transferir a residência familiar, desfazendo-se ou não da moradia antiga.

§ 1º Neste caso, poderá o juiz, na respectiva ação do credor, transferir a impenhorabilidade para a moradia familiar anterior, ou anular-lhe a venda, liberando a mais valiosa para execução ou concurso, conforme a hipótese.

§ 2º Quando a residência familiar constituir-se em imóvel rural, a impenhorabilidade restringir-se-á à sede de moradia, com os respectivos bens móveis, e, nos casos do art. 5º, inciso XXVI, da Constituição, à área limitada como pequena propriedade rural.

No artigo quarto, a uma preocupação do legislador ao punir todo adquirente de má-fé, que estando insolvente, se transfere de sua atual residência, para outra propriedade de maior valor, desfazendo-se ou não da antiga moradia.

No parágrafo primeiro, com o objetivo de acabar com a fraude, o juiz poderá, após o

¹⁵ AZEVEDO, Álvaro Villaça, Bem de Família. 6. Ed. São Paulo. Editora Atlas, 2010, p. 208.

devido ajuizamento da ação pelo credor, tomar dois provimentos, pode transferir a impenhorabilidade para a moradia familiar anterior, liberando o imóvel mais valioso para a devida execução; ou, anular a venda do imóvel, liberando o imóvel mais valioso para execução do credor ou credores. Retornando a impenhorabilidade a residência antiga.

No parágrafo segundo, ocorre a proteção ao bem de família rural, “a pequena propriedade rural” que atinja sua função social, como disposto pela Constituição Federal de 1988.

6.5 – Artigo 5º

Dispõe o artigo quinto da Lei 8.009/90:

Art. 5º Para os efeitos de impenhorabilidade, de que trata esta lei, considera-se residência um único imóvel utilizado pelo casal ou pela entidade familiar para moradia permanente.

Parágrafo único. Na hipótese de o casal, ou entidade familiar, ser possuidor de vários imóveis utilizados como residência, a impenhorabilidade recairá sobre o de menor valor, salvo se outro tiver sido registrado, para esse fim, no Registro de Imóveis e na forma do art. 70 do Código Civil.

No *caput* do artigo quinto, verifica-se a presença de um dos requisitos para que o imóvel seja considerado como bem de família “legal”. Pois a Lei 8.009/90 tem como objetivo a proteção da família e entidade familiar, sendo assim, só goza de proteção um único imóvel, sendo o mesmo utilizado como moradia.

No caso apresentado no parágrafo único do artigo em análise, caso exista mais de um imóvel utilizado como residência ou domicílio, a proteção aludida pela lei recairá somente no imóvel de menor valor, ou caso o imóvel de maior valor econômico possua a proteção ao bem de família “voluntário”, disposto no artigo 1.711 do Código Civil de 2002.

Sendo assim, conforme dispõe o artigo quinto da Lei 8.009/90, o benefício da impenhorabilidade legal é possível somente em um único imóvel.

7 – APLICABILIDADE DA LEI 8.009/90 AS PESSOAS SOLTEIRAS

Inicialmente voltemos ao *caput* artigo primeiro da Lei 8.009/90, dispõe que “o imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida (...)”, não a dúvidas sobre a abrangência do conceito de entidades familiar, sendo alvo de proteção legal, os diferentes modelos de família, não importando a forma pela qual é constituída.

Ocorre que a dignidade da pessoa humana é um dos princípios basilares do direito brasileiro, sendo um dos fundamentos da existência do Estado. Desta feita o Estado deve garantir a todos uma proteção igualitária, tratando todos de forma igual de acordo com suas desigualdades, permitindo assim, um total desenvolvimento da sociedade.

Visando a proteção de todos, o legislador não pode prover leis que estejam em descompasso com a realidade social, ou, quando uma norma entre em desafino, que a mesma seja revogada ou alterada, atendendo sua função social.

Sendo assim, vislumbramos que a Lei 8.009 não faz menção em seu texto legal a pessoas solteiras, que se tornam insolventes, devedoras de dívidas dispostas no *caput* do artigo primeiro, proprietárias de um único imóvel, urbano ou residencial, que acabam sofrendo a execução deste único bem.

A Lei 8.009/90 visa proteger e garantir a todas as pessoas uma moradia digna para sobrevivência e não pode ser interpretada de outra maneira, sendo assim, o entendimento que um solteiro sofra execução de seu único imóvel, devido ao fato de morar sozinho, não pode ser aceito pelos julgadores, uma vez que estaria cometendo injustiças ao interpretar a lei de forma literal.

Desta feita, seria questionável a constitucionalidade da Lei 8.009/90, por não abordar em seu texto a proteção à pessoa que resida sozinha, de forma discriminatória, contra todos os princípios constitucionais basilares do ordenamento jurídico brasileiro. Sendo assim, cabe ao julgador ao analisar o caso concreto aplicar o benefício da Lei a todas as pessoas, independente da opção de viver ou não com outras pessoas.

Merece destaque, o entendimento de Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos, do qual nos ensina:

De qualquer maneira, a impenhorabilidade legal deve beneficiar as pessoas solteiras independentemente da existência de prole. Quando a Lei 8.009/90 faz menção ao imóvel residencial próprio do casal ou entidade familiar, torna claro o objetivo de proteger a moradia. Além disso, ao utilizar a expressão entidade familiar, admite que a proteção alcance pessoas solteiras. Mais do que reconhecer a abrangência do conceito de família, o legislador preocupou-se em garantir habitabilidade ao executado. Assim, se existe uma lei que tem por objetivo a proteção da moradia, é inconcebível entendê-la tão discriminatória, a ponto de instituir um benefício às pessoas em função do seu estado civil.¹⁶

O legislador ao criar a norma em análise buscou proteger não somente o bem em espécie e sim a pessoa, assim, o julgador ao aplicar a Lei buscando enquadrá-la com a

¹⁶ VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. A Impenhorabilidade do Bem de Família: e as novas entidades familiares. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 141.

dinâmica social, sempre fundado na dignidade da pessoa humana.

O instituto do bem de família legal é de suma importância, uma vez que no Brasil, cresce a cada dia o número de pessoas que optam, ou que por algum motivo acabam morando sozinhas, como por exemplo, no caso de pessoas que não possuem filhos e divorciam, das viúvas e viúvos, assim, após o advento da Lei 8.009/90, ocorreu entendimentos divergentes, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, sobre a aplicabilidade da Lei aos devedores solteiros.

A minoria da doutrina entende que a impenhorabilidade do bem de família é aplicável apenas nos casos em que exista a entidade familiar, estando excluída a proteção ao devedor solteiro que resida sozinho. Pois se o objetivo do legislador fosse à proteção de todos, independente da constituição de família, não restringiria a sua amplitude, estendendo a aplicabilidade legal da Lei 8.009/90 a todos e qualquer devedor.

De fato, após o advento da Lei em 1990, muitos foram os julgados que não ampliaram a proteção legal ao bem de família ao devedor solteiro, conforme se demonstra através das seguintes ementas:

I) RESP 67112/RJ ; RECURSO ESPECIAL (1995/0027046-3)

Fonte DJ DATA: 23/10/1995 PG: 35681

Relator (a) Min. BARROS MONTEIRO (1089)

Data da Decisão 29/08/1995 T4

Ementa Impenhorabilidade. **Lei n. 8.009, de 29.3.90. Executado solteiro, que mora sozinho. A lei n. 8.009/90 destina-se a proteger, não o devedor, mas a sua família. Assim, a impenhorabilidade nela prevista abrange o imóvel residencial do casal ou da entidade familiar, não alcançando o devedor solteiro, que reside solitário.**

Recurso especial não conhecido.

Decisão POR MAIORIA, NÃO CONHECER DO RECURSO¹⁷

II) RESP 212600/SP ; RECURSO ESPECIAL (1999/0039366-0)

Fonte DJ 18/09/2000 p. 127 LEXSTJ vol. 136 p. 105

Relator (a) Min. WALDEMAR ZVEITER (1085)

Data da Decisão 10/04/2000

Ementa PROCESSUAL CIVIL - EXECUÇÃO - BEM DE FAMÍLIA - LEI 8.009/90 - DEVEDOR SOLTEIRO - BENEFÍCIO CONCEDIDO DE OFÍCIO - IMPOSSIBILIDADE.

I - Não havendo convicção absoluta, por insuficiência de elementos nos autos, de que o devedor, mesmo solteiro, não constitui a denominada "entidade familiar", não pode o benefício da impenhorabilidade ser concedido de ofício.

II - Recurso conhecido e provido.¹⁸

¹⁷ <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/550843/recurso-especial-resp-67112-rj-1995-0027046-3-stj>> acessado em 29 de Maio de 2012.

¹⁸ <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/337914/recurso-especial-resp-212600-sp-1999-0039366-0-stj>> acessado em 29 de Maio de 2012

III) RESP 169239/SP ; RECURSO ESPECIAL (1998/0022662-1)

Fonte DJ 19/03/2001 p.112 RSTJ vol. 158 p. 345

Relator (a) Min. BARROS MONTEIRO (1089)

Data da Decisão 12/12/2000

Ementa IMPENHORABILIDADE. LEI Nº 8.009, DE 29.3.90. EXECUTADO SOLTEIRO QUE MORA SOZINHO. **A Lei nº 8.009/90 destina-se a proteger, não o devedor, mas a sua família. Assim, a impenhorabilidade nela prevista abrange o imóvel residencial do casal ou da entidade familiar, não alcançando o devedor solteiro, que reside solitário.**

Recurso especial conhecido e provido parcialmente.¹⁹

Vislumbra-se através desses três julgados, que o entendimento é pela não aplicabilidade da Lei 8.009/90 aos devedores solteiros. Ocorre que esse entendimento é antigo e defasado, tanto que se observa que os julgados ocorreram a mais de uma década atrás.

Assim, com a evolução da sociedade o entendimento dos nobres julgadores brasileiros e da maioria maçante dos doutrinadores mudou completamente, uma vez que a dignidade da pessoa humana e de sua família é de suma importância para a consolidação de uma sociedade justa e sólida, da qual não se deve restringir direitos e garantias protegendo não apenas uma parcela da sociedade. Importante destacar que além da proteção a dignidade da pessoa humana, da função social, o entendimento recai também sobre a proteção ao Direito a Moradia, instituído no ordenamento jurídico brasileiro através do artigo sexto da Constituição Federal de 1988.

Sendo assim, na jurisprudência não existem muitas vacilações sobre a aplicabilidade da Lei aos solteiros, e quando ocorre, é reformada a decisão nas instâncias superiores, pois se entendem que o conceito de entidade familiar abrange tanto os solteiros, como divorciados ou viúvos (as), para os fins de proteção da Lei 8.009/90.

Nesse sentido, defende Álvaro Villaça Azevedo, “o solteiro não pode ser alijado da proteção da lei, porque cada pessoa, ainda que vivendo sozinha, deve ser considerada como família, em sentido mais restrito, já que o homem, fora da sociedade, deve buscar um ninho, um lar, para proteger-se das violências, das agruras e dos revezes que existem em sociedade. Todo ser humano necessita de proteção, no seu lar, não podendo ficar excluído porque optou por viver sozinho.”²⁰

Sendo assim, importante destacar as decisões de diferentes tribunais, do qual adotam a Lei 8.009/90 sem distinção do estado da pessoa, vejamos:

IV) Processo: APL 9096424102007826 SP 9096424-10.2007.8.26.0000

¹⁹http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=impenhorabilidade+bem+de+fam%EDlia+devedor+solteiro&b=ACOR

²⁰ AZEVEDO, Álvaro Villaça, Bem de Família. 6. Ed. São Paulo. Editora Atlas, 2010, p. 195.

Relator(a): Maria Lúcia Pizzotti

Julgamento: 04/08/2011

Órgão Julgador: 24ª Câmara de Direito Privado

Publicação: 22/08/2011

Ementa: EMBARGOS À EXECUÇÃO - IMPENHORABILIDADE - BEM DE FAMÍLIA - PESSOA SOLTEIRA.

1-/1 lei 8.009/90 não se dirige a número predeterminado de pessoas, mas sim à pessoa humana em si, seja ela solteira, casada, viúva, convivente ou divorciada. Pretendeu o legislador garantir o direito constitucional à moradia, seja daquele que vive em grupo, como daquele que reside só, devendo, portanto, ser observado o sentido social da norma. A norma não se limita ao resguardo da família. Seu escopo definitivo é a proteção de um direito fundamental da pessoa humana, pouco importando seu estado civil. Precedentes do STJ nesse sentido.

2 - Faturas de cartão de crédito, energia elétrica, mala direta de editoras e informação prestada pela Receita Federal que apontam que o devedor reside no local informado bastando, portanto, para corroborar sua tese.

3 - Verbas de sucumbência que devem observar o princípio da causalidade.

SENTENÇA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS -RECURSO IMPROVIDO.²¹

V) Processo: AC 35000084497 ES 035000084497

Relator(a): ELPÍDIO JOSÉ DUQUE

Julgamento: 01/07/2008

Órgão Julgador: SEGUNDA CÂMARA CÍVEL

Publicação: 30/07/2008

Ementa APELAÇÃO CÍVEL EMBARGOS À EXECUÇÃO - BEM DE FAMÍLIA - ÚNICO BEM - PESSOA SOLTEIRA - RECONHECIMENTO - RECURSO IMPROVIDO.

A) A matéria atinente à impenhorabilidade, prevista na Lei 8.009/90, é de ordem pública, já que visa a assegurar ao devedor a dignidade de sua família. Essa lei está em consonância com o disposto no artigo 226 da Constituição Federal, que garante à pessoa um patrimônio mínimo, impedindo-se que o imóvel que constitua sua residência venha a ser penhorado. B) O imóvel é residencial quando servir de local em que se estabeleça uma família, centralizando suas atividades. Ele é propriamente o domicílio familiar, em que existe a residência de seus integrantes, em um lugar e o ânimo de permanecer, de estar nesse local em caráter definitivo. C) À pessoa solteira também se estende a regra da incidência da impenhorabilidade consagrada na Lei nº 8.009/90, não podendo ser constricto seu imóvel residencial. Deve ser feita uma análise teleológica da norma, admitindo-se a extensão da proteção às pessoas com esse estado civil, por se entender que também compõem um núcleo familiar.²²

VI) Processo: RESP 518711 RO 2003/0030349-7

Relator (a): MIN: ARI PARGENDLER

Julgamento: 19/08/2008

Órgão Julgador: T3 – Terceira Turma

Publicação: Dje 05/09/2008 LEXSTJ vol.230 p. 101 RDDP vol. 69 p. 165

Ementa? DIREITO CIVIL. BEM DE FAMÍLIA. CARACTERIZAÇÃO.

HIPÓTESE DE DÍVIDA DOS CÔNJUGES QUE, APÓS A PROPOSITURA DA AÇÃO VISANDO AO SEU RECEBIMENTO, PROMOVEM SUA SEPARAÇÃO DE FATO, PARTINDO, CADA UM DELES, PARA RESIDIR EM UM DOS IMÓVEIS INTEGRANTES DO PATRIMÔNIO DO CASAL. PRETENSÃO AO RECONHECIMENTO DA QUALIDADE DE BEM DE FAMÍLIA ÀS DUAS RESIDÊNCIAS. IMPOSSIBILIDADE.

²¹ < <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20267602/apelacao-apl-9096424102007826-sp-9096424-1020078260000-tjsp>> acessado em 29 de Maio de 2012

²²< <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6984966/apelacao-civel-ac-24000188375-es-024000188375-tjes>> acessado em 29 de Maio de 2012

- O Superior Tribunal de Justiça já consolidou seu entendimento no sentido de que a proteção ao bem de família pode ser estendida ao imóvel no qual reside o devedor solteiro e solitário. Esse entendimento, porém, não se estende à hipótese de mera separação de fato entre cônjuges, com a migração de cada um deles para um dos imóveis pertencentes ao casal, por três motivos: (i) primeiro, porque a sociedade conjugal, do ponto de vista jurídico, só se dissolve pela separação judicial; (ii) segundo, porque antes de realizada a partilha não é possível atribuir a cada cônjuge a propriedade integral do imóvel que reside; eles são co-proprietários de todos os bens do casal, em frações-ideais; (iii) terceiro, porque admitir que se estenda a proteção a dois bens de família em decorrência da mera separação de fato dos cônjuges-devedores facilitaria a fraude aos objetivos da Lei. Recurso especial não conhecido.
23

Ante o exposto, a Lei 8009/90 deve ser interpretada da forma a abranger todos, pois o sentido social da norma busca proteger a moradia e a dignidade da pessoa humana. Não sendo passível entendimento contrário.

8 – SÚMULA 364 STJ

No Direito brasileiro as súmulas são criadas por um Tribunal, do qual, registra sua interpretação majoritária sobre um tema específico, após o julgamento de diversos casos idênticos, objetivando uma uniformidade nas decisões. Fazendo com que os Juízes de primeira instância julguem de acordo com as súmulas editadas.

Sendo assim, após inúmeros casos de Execução por Dívidas de devedores solteiros, viúvos ou divorciados, do qual os Embargos à Execução foram fundamentado na impenhorabilidade do bem, por o mesmo ser de família, o Superior Tribunal de Justiça, editou a Súmula 364, do qual dispõe: “O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas.”

Ocorre que para chegar a sumula, o tema foi alvo de grandes discussões, tanto para os ministros do STJ, tanto para doutrina. O entendimento do STJ é de que a Lei 8.009/90 está dirigida a pessoa, e não a números de pessoas. Segundo o Ministro Humberto Gomes de Barros, “para quem a circunstância de alguém ser solitário não significa que esta pessoa tenha menos direito à moradia.” Segundo o ministro, “estender a impenhorabilidade ao imóvel próprio da pessoa solteira significa ampliar a interpretação da lei face a um aspecto da maior importância: o direito à moradia.”²⁴

Nesse sentido, vale a pena destacar algumas jurisprudências do qual aplicam a Súmula 364 do Superior Tribunal de Justiça:

²³ <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7021395/recurso-especial-resp-518711-ro-2003-0030349-7-stj>> acessado em 29 de Maio de 2012

²⁴ http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=368&tmp.texto=69562

Processo: APL 9078183952001826 SP 9078183-95.2001.8.26.0000

Relator (a): Kioitsi Chicuta

Julgamento: 04/08/2011

Órgão Julgador: 32ª Câmara de Direito Privado

Publicação: 04/08/2011

Ementa: Execução. Embargos da devedora. Ação julgada procedente. Bem de família. Penhora pertencente a devedora, viúva e que mora sozinha. Irrelevância. Proteção da Lei nº 8.009/90. Súmula 364 do STJ. Honorários de advogado. Redução para 20% sobre o valor atualizado da causa. Recurso provido em parte. É irrelevante que a devedora, que é viúva, more sozinha no apartamento e não constitua propriamente entidade familiar. Há expressa previsão legal e o próprio Superior Tribunal de Justiça já editou, a respeito, a Súmula 364 ("O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas?"). Há excesso na estimação dos honorários de advogado, não podendo penalizar a parte diante das oscilações da jurisprudência, razão pela qual a verba deve ser reduzida para 20% sobre o valor atualizado da causa.²⁵

Processo: APL 7082347700 SP

Relator(a): Álvaro Torres Júnior

Julgamento: 02/02/2009

Órgão Julgador: 20ª Câmara de Direito Privado

Publicação: 16/02/2009

Ementa: EMBARGOS A EXECUÇÃO - Penhora - Desconstituição - Bem de família - Acolhimento - Impenhorabilidade que se tornou incontroversa ante a falta de impugnação específica dos embargados - Mesmo que o devedor-embargante fosse solteiro, a impenhorabilidade do bem de família seria admissível - O sentido de entidade familiar está relacionado com o uso do imóvel, para fim residencial, de pessoa física que tenha, ou não, constituído família na acepção estrita do termo - Aplicação da súmula 364 do STJ: "O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas" - Não procede a alegação dos embargados de que o imóvel é penhorável porque o devedor se encontra em Brasília-DF, pois a esposa dele foi intimada no imóvel penhorado, o que demonstra a sua destinação familiar - Embargos à execução parcialmente procedentes -²⁶

Recurso Especial n.º 950.663 – SC (2007/0106323-9)

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão

Recorrente: Banco do Brasil S/A

Advogado: Ângelo Aurélio Gonçalves Pariz

Recorrido: Izair Luis Possato

Advogado: Elizabet Correa e outros

Ementa: PROCESSO CIVIL. DIREITO CIVIL. EXECUÇÃO. LEI 8.009/90. PENHORA DE BEM DE FAMÍLIA. DEVEDOR NAO RESIDENTE EM VIRTUDE DE USUFRUTO VITALÍCIO DO IMÓVEL EM BENEFÍCIO DE SUA GENITORA. DIREITO À MORADIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ESTATUTO DO IDOSO. IMPENHORABILIDADE DO IMÓVEL.

1. A Lei 8.009/1990 institui a impenhorabilidade do bem de família como um dos instrumentos de tutela do direito constitucional fundamental à moradia e, portanto, indispensável à composição de um mínimo existencial para vida digna, sendo certo que o princípio da dignidade da pessoa humana constitui-se em um dos baluartes da

25

<www.jusbrasil.com.br/filedown/dev5/files/JUS2/TJSP/IT/APL_9078183952001826_SP_1313614290875.pdf> acessado em 29 de Maio de 2012.

26

<http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev1/files/JUS2/TJSP/IT/APL_7082347700_SP_02.02.2009.pdf> acessado em 29 de Maio de 2012

- República Federativa do Brasil (art. 1º da CF/1988), razão pela qual deve nortear a exegese das normas jurídicas, mormente aquelas relacionadas a direito fundamental.
2. A Carta Política, no capítulo VII, intitulado "Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso", preconizou especial proteção ao idoso, incumbindo desse mister a sociedade, o Estado e a própria família, o que foi regulamentado pela Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), que consagra ao idoso a condição de sujeito de todos os direitos fundamentais, conferindo-lhe expectativa de moradia digna no seio da família natural, e situando o idoso, por conseguinte, como parte integrante dessa família.
 3. O caso sob análise encarta a peculiaridade de a genitora do proprietário residir no imóvel, na condição de usufrutuária vitalícia, e aquele, por tal razão, habita com sua família imóvel alugado. Forçoso concluir, então, que a Constituição Federal alçou o direito à moradia à condição de desdobramento da própria dignidade humana, razão pela qual, quer por considerar que a genitora do recorrido é membro dessa entidade familiar, quer por vislumbrar que o amparo à mãe idosa é razão mais do que suficiente para justificar o fato de que o nu-proprietário habita imóvel alugado com sua família direta, ressoa estreme de dúvidas que o seu único bem imóvel faz jus à proteção conferida pela Lei 8.009/1990.
 4. Ademais, no caso ora sob análise, o Tribunal de origem, com ampla cognição fático-probatória, entendeu pela impenhorabilidade do bem litigioso, consignando a inexistência de propriedade sobre outros imóveis. Infirmar tal decisão implicaria o revolvimento de fatos e provas, o que é defeso a esta Corte ante o teor da Súmula 7 do STJ.
 5. Recurso especial não provido.²⁷

Desta feita, com a edição da Súmula 364 do Superior Tribunal de Justiça, não nos resta dúvidas que o devedor solteiro, goza da proteção imposta pela Lei 8.009/90, protegendo o único bem imóvel de execuções por dívidas, sejam de caráter civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza.

9 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo envolve uma análise técnica sobre a aplicabilidade da Lei 8.009/90 nos dias atuais, uma vez que esta Lei foi inicialmente criada para proteção da entidade familiar, tornando o imóvel único de um devedor, impenhorável.

A Lei 8.009/90 é uma lei de grande importância para sociedade brasileira, pois, além de estar em consonância com a Constituição Federal de 1988, da qual dispõe que a Moradia é um Direito Fundamental, está em harmonia com os princípios basilares do ordenamento jurídico brasileiro, quais sejam: a Dignidade da Pessoa Humana e Direito a Vida Digna. Ou seja, não pode uma Lei com um caráter social, privilegiar somente uma parte da sociedade.

Analisando a Lei, verifica-se em seu artigo primeiro que a proteção legal recairá sob a entidade familiar e/ou casal, seja casado ou em união estável. Ocorre que não se pode interpretar a Lei 8.009/90 de forma literal, uma vez que toda lei visa à proteção de todos, pois

²⁷ <http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev6/files/JUS2/STJ/IT/RESP_950663_SC_1335659049654.pdf> acessado no dia 29 de Maio de 2014.

a sociedade é composta por pessoas e não somente por entidades.

Sendo assim, vislumbra-se que a Lei não faz menção expressa sobre sua proteção ao imóvel residencial único do devedor solteiro, seja ele, viúvo (a), separado (a), divorciado (a).

Devido essa omissão expressa, trouxe aos doutrinadores e a jurisprudência diferentes entendimentos a cerca da aplicabilidade legal da proteção ao imóvel, aos devedores que residam sozinhos.

Não se pode vincular a proteção da Lei 8.009/90 ao estado civil do devedor, pois é, no mínimo, ir contra os preceitos da Lei e do ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que ambos visam proteger a moradia, assegurando a todos uma vida digna. Não podendo ser é o estado civil da pessoa requisito para tornar o imóvel residencial impenhorável. Desta feita, não pode afastar da proteção legal todos os que residam sozinhos, em razão do seu estado civil.

A Lei 8.009/90 deve ser analisada primeiramente no âmbito social, qual seja, garantir a todos, independente de seu estado civil, uma moradia digna, é sob essa ótica que deve ser interpretada a Lei.

Nesse sentido, após inúmeras execuções judiciais, da qual figura no pólo passivo, o devedor solteiro, o Superior Tribunal de Justiça, editou a súmula 364, garantindo habitabilidade ao executado. Pois, se a Lei 8.009/90 tem por objetivo a proteção ao direito de moradia, não se pode interpretar, limitando sua abrangência a ponto de instituir sua proteção em função do estado civil de cada pessoa.

Assim, os julgadores devem aplicar a Lei 8.009/90, norteado pelo fim social da norma, enfocando modernamente o instituto, considerando a evolução da sociedade, atendendo-se à sua finalidade social, com base nos princípios constitucionais, Dignidade da Pessoa Humana e ao direito social de moradia, direitos estes consagrados no inciso III do artigo primeiro e no caput do artigo sexto da Constituição Federal de 1988. Trata-se de uma proteção, voltado a todos, ao casal, aos solteiros, a todas as formas de entidades familiares, aos viúvos, separados ou divorciados e aos homossexuais, conforme a Constituição Federal de 1988.

10 – Bibliografia

BRASIL. **Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990.** Dispõe sobre as hipóteses e exceções do imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, ser impenhorável. Diário Oficial

[da] República Federativa do Brasil, Brasília, 29 de março de 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8009.htm>. Acesso em 16 de maio de 2014..

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Bem de Família com comentários à Lei 8.009/90**. 6ª Edição. São Paulo, Editora Atlas S.A. 2010.

VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. **A Impenhorabilidade do Bem de Família e as novas entidades familiares**. 1ª Edição. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais Ltda. 2002.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito a Moradia e de Habitação, análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos da personalidade**. 2ª Edição. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais. 2009.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil, tutela jurisdicional executiva**. 3ª Edição. Brasil. Editora Saraiva. 2010.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil, execução e processo cautelar**. 2ª Edição. Brasil, Editora Saraiva. 2009.

DELGADO, José. **STJ entende impenhorabilidade do bem de família ao imóvel residencial do devedor solteiro**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=368&tmp.texto=69562>. Acesso em: 30 de Maio de 2014.

FERREIRA, Gecivaldo Vasconcelos. **A Impenhorabilidade do Imóvel Residencial do Devedor**. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/7019/a-impenhorabilidade-do-imovel-residencial-do-devedor>> Acesso em: 30 de Maio de 2014.

LEMOS, Helio Chin da Silva. **A Impenhorabilidade do Bem de Família**. Disponível em: <<http://www.unibrasil.com.br/arquivos/direito/20092/helio-chin-da-silva-lemos.pdf>> Acesso em: 30 de Maio de 2014.

ALMEIDA, Alisson da Cunha. **Devedor solteiro e Bem de Família**. Disponível em: <http://www.juspodivm.com.br/i/a/%7BD4BA19EF-382A-4E56-A42D-BB0FEEE7F9AA%7D_7.pdf> Acesso em: 30 de Maio de 2014.

COSTA, Willian da. **A impenhorabilidade do bem residencial ao solteiro**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29568>> Acesso em: 30 de Maio de 2014.

YOSHIKAWA, Daniella Parra Pedroso. **Súmula 364 estende a impenhorabilidade do bem de família à pessoas solteiras, separadas e viúvas.** Disponível em: <
<http://fg.jusbrasil.com.br/noticias/143353/sumula-364-estende-a-impenhorabilidade-do-bem-de-familia-a-pessoas-solteiras-separadas-e-viuvas>> Acesso em: 30 de Maio de 2014.

CORREIA, Márcia. **Moradia: direito à dignidade.** Disponível em: <
<http://www.metodista.br/cidadania/numero-35/moradia-direito-a-dignidade>> Acesso em: 30 de Maio de 2014.

GALLO, Gabriela Neves. **Direito a Moradia – Direito Humano Fundamental.** Disponível em: <
http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/gabriela_neves_gallo.pdf> Acesso em: 30 de Maio de 2014.

MARTINS, Marcelo Marciel. **Comentários sobre o Bem de Família no Código Civil e na Lei 8.009/90.** Disponível em: <
<http://www.webartigos.com/artigos/comentarios-do-bem-de-familia-no-codigo-civil-e-na-lei-n-8-009-90/6714/>> Acesso em: 30 de Maio de 2014.

FAGUNDES, Elaine Divina da Silva. FAGUNDES, Clecio Carvalho. ARAUJO JUNIOR, Vicente Gonçalves de. **Bem de Família.** Disponível em: <
http://www.portalcatalao.com/painel_clientes/cesuc/painel/arquivos/upload/temp/cfcb827078c357c3b62a08ba0e05007d.pdf> Acesso em: 30 de Maio de 2014.

PRINCÍPIOS E CRITÉRIOS NORTEADORES DO JUÍZO DE IMPUTAÇÃO PENAL OBJETIVA

*José Carlos Henriques*¹

RESUMO: O presente trabalho visa apresentar as principais discussões em torno da temática da formação do juízo de imputação, segundo as doutrinas da imputação penal objetiva. Trata-se de listar os mais relevantes princípios e critérios comumente indicados pelos doutrinadores para a formação do juízo de imputação penal, no que diz respeito à verificação dos aspectos objetivos do juízo de atribuição no direito penal. Dentre outros, são apresentados como mais relevantes para a formação do juízo de imputação penal objetiva os princípios do incremento do risco e o da efetivação do perigo criado pelo agente.

Palavras-chave: juízo de imputação, imputação penal objetiva, agente.

PRINCIPIOS RECTORES Y CRITERIOS DE JUICIO DE IMPUTACIÓN PENAL OBJETIVA

RESUMEN: Este trabajo presenta los principales debates en torno al tema del juicio de imputación penal, de acuerdo con las doctrinas de la imputación objetiva. Presenta una lista de los principios y criterios más relevantes comúnmente dados por los estudiosos acerca de la formación del juicio de imputación penal, en lo que respecta a la verificación de los aspectos objetivos del juicio de atribución en el derecho penal. Se presentan como más relevantes para la formación del juicio de imputación penal el aumento del riesgo y la eficacia del peligro creado por el agente.

Palabras-clave: juicio de imputación, imputación penal objetiva, agente.

1. Introdução.

Não é incomum a opinião de que, ao nos aproximarmos do tema da imputação objetiva, no estágio atual das doutrinas objetivistas, se nos depara um amontoado de critérios de imputação, reunidos sem os devidos cuidados sistemáticos.

Os doutrinadores costumam apontar tanto princípios quanto a critérios de imputação objetiva. Ora se fala apenas de princípios, ora se fala de critérios, ora se utilizam os dois vocábulos em conjunto. A nosso juízo, princípio é voz mais abrangente do que critério. Por

¹ Doutorando em Direito pela UFMG, Mestre em Direito, Mestre em Filosofia, Especialista em Direito Civil e Processual Civil, Graduado em Filosofia, Teologia e Direito. Professor e Coordenador do Curso de Direito da Faculdade Presidente Antônio Carlos de Itabirito.

isto, defendemos que existem tanto princípios quanto critérios de imputação, aqueles são bases fundantes para estes, a lhes dar direção e sentido. Neste artigo, adiante, nos ocuparemos desta distinção terminológica, com maior vagar.

Como se afirmou, alguns doutrinadores chegam a reconhecer que as teses de uma pretensa teoria da imputação objetiva se resumem apenas à aglomeração de princípios e regras de imputação.

Segundo estes autores, tais mecanismos, indevidamente reunidos pelas doutrinas objetivistas, são desnecessários, já que outros critérios, outros raciocínios ... poderiam, do mesmo modo ou até com maior vantagem, decidir sobre a imputação penal. Não concordamos com este juízo depreciativo. Há efetivas contribuições doutrinárias que podem advir das reflexões dogmáticas sobre a imputação objetiva e que têm sido sim alcançadas pelas teorias objetivistas.

Não se pode, sem prejuízo de um entendimento fiel às origens da reflexão sobre a imputação objetiva, pensar as doutrinas objetivistas como um aglomerado informe e desconexo de critérios de imputação. A proposta exatamente é inversa: *sistematizar critérios de imputação que respirem funcionalisticamente os ares da política criminal*, horizonte sustentador do sistema jurídico-penal, permitindo que o juízo de imputação seja adequado aos fins do direito repressivo.²

Para além, os princípios e critérios de imputação objetiva não decidem sobre a causalidade, mas *norteiam a análise qualitativa do nexu causal*, julgando sua relevância para o direito penal. A análise daqueles princípios e critérios objetivo-normativos de imputação deve se processar sem, contudo, adentrar o juízo de imputação subjetiva, *atribuindo-se objetivamente* a conduta ou o resultado ao âmbito de responsabilidade do agente, somente se este houver, de forma juridicamente relevante, ameaçado ou causado lesões a bens protegidos pela normação penal incriminadora.

Superando primitivo estágio de dispersão, os princípios e critérios de imputação objetiva devem ser ordenados de forma sistemática, em consonância com os demais elementos do sistema penal. Não devem subsistir isolados, como se fossem resoluções particulares de casuísmos. Devem aparecer como mecanismos norteadores da imputação objetiva, sem que desconfigurem o sistema que, por sua vez, deve ser erguido, ele próprio, sobre bases teleológicas, assim como cada um dos princípios e critérios objetivo-normativos

² Quanto ao fato de ser a perspectiva funcionalista da reflexão sobre a imputação objetiva a mais adequada para o tratamento do tema, ver supra, parte II, capítulo 1, assim intitulado: *Bases funcionalistas de uma teoria da imputação objetiva*.

de atribuição. O fato de esta necessária tarefa de sistematização não ter sido, ainda, totalmente cumprida pela dogmática, não nos autoriza a pensar que ela será irrealizável no futuro, quiçá em breve.

Se é verdade que, atualmente, não se processou uma sistematização completa dos princípios e critérios regentes do juízo de imputação objetiva, não é menos verdade que as teorias objetivistas não se apresentam mais como amontoados informes de casuísmos, já se podendo nelas vislumbrar firme delineamento sistemático.

Apesar da defesa da sistematização dos princípios e critérios regentes da imputação objetiva, não podemos concordar com a exagerada opinião de que uma teoria da imputação objetiva proponha, de per si, um novo sistema penal.³

Na verdade, trata-se da redescoberta de uma perspectiva obnubilada pelo sucesso teórico tanto das teses causalistas, estas com prioridade histórica, quanto das finalistas, após. Uma verdadeira construção sistemática de toda a dogmática penal não se poderia resumir aos pressupostos da imputação objetiva, por certo, devendo avançar em direção a outros institutos, apoiando-se sempre em bases teóricas alcançadas pela perspectiva teleológico-racional ou funcionalista.

A imputação objetiva é apenas um dos elementos componentes de um sistema penal, não a sua síntese ou seu ponto único. Na verdade, a temática tem ganhado foros de centralidade talvez por ter sido descurada por muito tempo, recobrando forças apenas nos tempos hodiernos e, entre nós, somente na última década do século passado.

2. Uma dupla perspectiva: juízo positivo e negativo de atribuição.

Em geral, os princípios e critérios de imputação objetiva, aqueles comumente apontados pela doutrina, podem ser vistos sob dois aspectos.

Se, de um lado, são critérios positivos de imputação, por outro, se ausentes, se erigirão, em razão mesmo desta ausência, como definidores do juízo negativo de imputação.

Em uma palavra: se presentes os elementos definidores dos critérios de imputação objetiva, o juízo de imputação ao tipo objetivo se aperfeiçoará; se ausentes, decide-se este negativamente, não havendo imputação. Há, pois, dupla face dos mecanismos de imputação: orientam, a um só tempo e sob o aspecto estritamente objetivo, o juízo de imputação, definindo positiva ou negativamente a atribuição.

³ JESUS, op. cit. p. XVII.

É da origem e da essência da imputação penal objetiva a atribuição de uma conduta, ou de um resultado, a seu autor somente quando estes puderem ser tidos como obra do agente e seu conteúdo for jurídico-penalmente relevante.

Apenas a relevância da ameaça ou da lesão produzida a bens jurídico-penalmente protegidos poderá justificar a sanção repressiva. Se inexistir sequer o risco de lesão a bens tutelados, ou se for mínimo e/ou irrelevante aquele risco, não há falar em aplicação de sanções penais, mas na tolerância dos atos praticados pelo agente.

Se o direito penal cumpre o *munus* especial de oferecer proteção última a bens jurídicos, o comportamento humano que ameaça ou agride *efetivamente* tais bens deve merecer a reprimenda legalmente cominada. Os bens juridicamente tutelados não podem ser ameaçados ou sofrerem lesões, sem que o direito possa atribuir à conduta ameaçadora ou lesiva as reprimendas devidas.

Contudo, não é toda e qualquer ameaça ou lesão que merecem reprimenda penal. Há lesões ou ameaças que, ou são penalmente irrelevantes, ou não podem ser tidas como resultantes de condutas em desacordo com o direito devendo, como tais, merecer tolerância no convívio social. Anuncia-se aqui o primeiro e mais significativo dos critérios de imputação: a criação de risco juridicamente relevante ao bem protegido pela norma penal. Tornaremos ao assunto adiante.

Como já dissemos, os princípios e critérios de imputação têm dupla face permitindo, a um só tempo, afirmar ou negar a atribuição. Se presentes as circunstâncias por eles apontadas como definidoras do juízo positivo de atribuição, deverá haver imputação; se ausentes, decide-se negativamente pela não imputação.

Por isto, optamos por apresentar os princípios e critérios de imputação objetiva, aqueles mais freqüentemente apontados pela doutrina, de forma alternativa, em sua vertente positiva e negativa. Esclarecemos, desde já, que não serão tratados todos os princípios e critérios que comparecem na doutrina, em razão dos limites deste trabalho.

Para além, deve ainda ser lembrado o fato de que a questão da causalidade é passo prévio e pressuposto necessário para a posterior análise do processo de imputação.

Na verdade, na esteira do pensamento roxiniano, entendemos a análise da imputação como uma *decisão normativa sobre a causalidade*, ou seja, decidido o nexos causal, definir se a causação é típica ou não é já parte da fase seguinte do processo de imputação. Nas precisas palavras de Roxin:

a tarefa primária da imputação ao tipo objetivo é fornecer as circunstâncias que

fazem de uma causação (como limite máximo da possível imputação) uma causação típica.⁴

Na doutrina alemã, segundo Roxin, dois princípios têm sido aceitos como aptos a reger a imputação ao tipo objetivo: criação de um perigo para o objeto da ação, não compreendido no risco permitido e a realização do perigo criado pelo autor.⁵

Além destes princípios fundamentais indicados por Roxin, outros aparecem na doutrina, de forma mais ou menos dispersa. Para melhor compreensão dos mais importantes, passamos a analisá-los em separado.

3. O princípio da criação ou não-criação de risco não permitido e seus critérios determinantes.

Posto que o direito penal, como *ultima ratio*, visa proteger bens jurídicos, cuja importância, em homenagem ao princípio da reserva legal, deve ser acolhida pela legislação positiva, somente um comportamento que crie um *efetivo* perigo ao objeto da ação, não compreendido no risco permitido, poderá ser imputado a seu autor, em tese.⁶

Fala-se na doutrina ora em perigo, ora em risco, neste trabalho tomamos estes vocábulos como sinônimos, já que apontam para uma mesma ideia: o desprestígio e a possível ocorrência de ameaça ou lesão a bens jurídico-penalmente protegidos.

O perigo criado pelo agente há de ter relevância jurídica podendo, somente assim, ser imputado ao autor, vez que a criação de risco social e juridicamente tolerado jamais poderá conduzir-nos a juízo positivo de imputação. A realização daquilo que é tolerado não pode ser proibido ou sancionado, comportamentos adequados, situados no âmbito de permissão do direito, não podem merecer reprimenda penal.

Entre tantos exemplos que poderiam esclarecer o posicionamento da doutrina acerca deste princípio geral que deve reger o juízo imputação objetiva, escolhemos um apresentado por Roxin, em artigo introdutório por ele escrito sobre o tema da imputação objetiva, dado à publicação em 1994, pela primeira vez.

Eis como exemplificou brilhantemente Roxin:

instigar alguém a uma viagem à Flórida, ainda que, em seu aspecto objetivo, constitua a causa de uma morte e, subjetivamente, tenha por finalidade a morte da

⁴ ROXIN, op. cit. p. 308.

⁵ Ibidem. pp. 308/309.

⁶ Ibidem. p. 308.

vítima, não pode sequer objetivamente constituir uma ação de homicídio, porque tal conduta não criou um perigo de morte juridicamente relevante, e não elevou de modo mensurável o risco geral de vida. É duvidoso que uma viagem à Flórida aumente o pequeno risco de ser vítima de um delito de homicídio, existente em qualquer país. Ainda assim, enquanto não imperar o caos em determinado Estado, a ponto de que os países de onde saem os visitantes desaconselhe, em razão do perigo, uma viagem para lá, um eventual aumento do risco será juridicamente irrelevante, tendo em vista os milhões de turistas que voltam para casa ilesos. A morte do viajante não pode ser, portanto, imputada ao provocador da viagem como ação de homicídio. Isto significa que sequer o tipo objetivo do homicídio está preenchido, de modo que a pergunta a respeito do dolo sequer se coloca.⁷

Como se vê, no caso apontado, exclui-se a imputação objetiva já que o risco causado pelo comportamento de quem instiga a ação, eventualmente causadora do resultado lesivo, não oferece risco não tolerado ao bem juridicamente protegido, no caso, a vida. Aqui não há falar na inexistência de dolo, ou mesmo na análise de elementos subjetivos do tipo, já que a ação de quem instiga a viagem, nos moldes do exemplo apresentado, é objetivamente atípica, não havendo necessidade de se avançar na análise do processo de imputação, vez que não realizado o tipo objetivo.

Este princípio regente da imputação objetiva, ou seja, a criação de um risco relevante a um determinado bem jurídico-penalmente protegido, não dispensa saber se a vontade do autor é capaz ou não de reger o curso causal, já previamente identificado como presente.

Com efeito, não seria correto e desejável imputar a alguém conduta ou resultado se o agente não pudesse dirigir o processo de causação. Mas, a análise da possibilidade de domínio volitivo do curso causal, neste momento da imputação, deve se processar sob o aspecto estritamente objetivo.

Com precisão, Luís Régis Prado e Érika Mendes de Carvalho, bem descreveram o posicionamento doutrinário de Roxin acerca deste decisivo ponto, ao afirmarem:

desenvolveu ele esses critérios de imputação objetiva com lastro na doutrina elaborada por Honig e, a exemplo deste, também sustenta que só é imputável aquele resultado que pode ser finalmente previsto e dirigido pela vontade. Desse modo, ainda que presente uma relação de causalidade, faltará a possibilidade de imputar objetivamente o resultado ao sujeito se estamos diante de um curso causal irregular ou não-dominável, já que nesses casos está ausente a possibilidade de um controle efetivo do processo causal. Logo, os resultados que não forem previsíveis ou dirigíveis pela vontade não são típicos.⁸

A criação de um risco relevante de lesão a determinado bem jurídico protegido somente pode ser típica e, como tal imputada objetivamente ao sujeito agente, quando este

⁷ ROXIN, Claus. A Teoria da Imputação Objetiva. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 38. pp. 13/14. abril/junho/2002. Tradução de Luís Greco.

⁸ PRADO; CARVALHO, op. cit. p. 64.

puder dominar pela vontade o curso do processo causal de produção da lesão por ele pretendida. A análise da *finalidade objetiva*, aquela possível de ser regida pela vontade do agente, é anterior à aferição do dolo ou da culpa, restando ainda no âmbito da imputação objetivamente considerada, sem avançar para além dela no processo de imputação.⁹

Com vistas a clarificar e a tornar mais concreta a aplicação e análise do princípio da criação do risco juridicamente relevante, se apresentam na doutrina vários critérios de imputação que o especificam.

Na verdade, segundo bem intuíram Luís Régis Prado e Érika Mendes de Carvalho, tais critérios podem ser erigidos em parâmetros concretos para determinar o juízo de imputação objetiva.¹⁰ Aqui se mostra útil aquela distinção que propomos entre princípios e critérios: estes especializam e concretizam a generalidade e abstração daqueles.

Os critérios concretos, elaborados para explicitar o princípio da criação ou não-criação do risco, mais se apresentam como critérios negativos da imputação objetiva, sustentando o juízo de exclusão da imputação, mormente porque identificam situações em que o risco não existe ou, se existe, é mínimo ou ainda a ação do sujeito se insere dentro dos parâmetros jurídico-sociais, seja porque não incrementa o risco normalmente existente, seja porque a ação permanece nos limites do âmbito de proteção da norma. Como em todas estas situações apontadas não há ou a criação ou o incremento de risco já existente, exclui-se a imputação objetiva.

Em suma, são critérios que, concretamente, podem reger o juízo de imputação objetiva, segundo enumeração apresentada por Luís Régis Prado e Érika Mendes de Carvalho: a) a diminuição do risco; b) a criação ou não-criação de um risco juridicamente relevante; c) o incremento ou falta de aumento do risco permitido; d) o âmbito de proteção da norma.¹¹

Correta a enumeração apresentada, exceto em um ponto. A criação ou não-criação de um risco juridicamente relevante é o próprio princípio geral, não se podendo falar que este suposto critério o torne mais concreto, já que se mantém nos lindes de generalidade e abstração, somente podendo se concretizar mediante a casuística particular.

Talvez por isto, ou seja, pela dificuldade de se concretizar, por meio de critérios bem definidos, o princípio geral da criação ou não-criação de um risco juridicamente relevante, enfrentem as teorias da imputação objetiva que o acolhem inumeráveis críticas, dentre as

⁹ Ibidem. p. 64.

¹⁰ Ibidem. p. 65.

¹¹ Ibidem. p. 66.

quais a de que “não tenha dado origem a outra coisa senão a um ‘conjunto de *topoi*’”.¹²

A elaboração dos critérios de imputação objetiva, deduzidos do princípio geral consubstanciado na criação do risco juridicamente relevante a certo bem protegido pelo direito, busca solucionar, na prática, certas esferas de problemas regionalizados e situados no interior do juízo de imputação objetiva, mostrando alguma analogia com a teoria da adequação social da ação.

Neste sentido, mais uma vez com razão, se expressaram Luís Régis Prado e Érika Mendes de Carvalho, *in verbis*:

a esfera da criação ou não-criação de um risco juridicamente relevante abarca o âmbito da chamada teoria da adequação, bem como a problemática dos denominados desvios do curso causal. O critério do incremento do risco foi reservado para a solução dos casos de comportamentos alternativos ajustados ao Direito, enquanto sob a égide do fim de proteção da norma – circunscrito inicialmente aos delitos culposos – incluiu, por exemplo, as hipóteses de autocolocação em perigo, de colocação em perigo de um terceiro voluntariamente aceita por este e os casos de produção de um segundo dano (conseqüências secundárias).¹³

Insisto, talvez por se dedicar à solução particularizada e concreta de certas problemáticas atinentes ao juízo de imputação objetiva, possam ter as teorias da imputação objetiva merecido acerbas críticas por parte de doutrinas adversas. Em geral, tais críticas se voltam contra o fato de que pensar *topoi* não garante uma solução sistemática adequada dos problemas, mormente quando contemplados isoladamente.

De forma mais detalhada, tomando-se os critérios como excludentes hipotéticos do juízo de imputação Juarez Tavares, fundado em Roxin, assim os formula:

situando-se deste modo frente à sociedade pós-moderna, propõe Roxin que esses critérios normativos tenham que se referir necessariamente aos pressupostos da própria incriminação, quer dizer, pressupõe que o agente, com sua conduta, tenha incrementado um risco para o bem jurídico, risco esse indevido e materializado como resultado no âmbito da extensão do tipo de delito. Não haverá assim, alternativamente, imputação: a) se o agente tiver diminuído o risco para o bem jurídico; b) se o agente não tiver aumentado o risco para o bem jurídico; c) se o risco era permitido; d) se esse risco não se materializar no resultado típico; e) se o resultado, na forma como ocorrido, não se incluir no âmbito de alcance do tipo.¹⁴

Reconhecidamente, a elaboração de uma teoria geral da imputação objetiva esquecida, por longo período, ou pelo menos não considerada pela doutrina com a devida centralidade,

¹² Armin Kaufmann, citado por Ingeborg Puppe, apud PRADO; CARVALHO, op. cit. pp. 66-67. Nota de rodapé número 6.

¹³ PRADO; CARVALHO, op. cit. pp. 65-66.

¹⁴ TAVARES, Juarez. Teoria do Injusto Penal. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 224.

está ainda em ebulição, não tendo ainda encontrado soluções definitivas.¹⁵

Apesar disto, na esteira de boa parte da doutrina, entendemos que certas bases conceituais já se encontram construídas, restando ser alcançado aperfeiçoamento doutrinário que explicita, justifique e sistematize as construções até agora erigidas.

Assim, uma comum, mas errônea, opinião deve ser afastada: a elaboração dos critérios de imputação objetiva, como a que vimos de apresentar, não pode ser tomada como construção teórica informe, reduzido-se a amontoado caótico de critérios.

Com precisão, identifica Roxin o núcleo teórico-principiológico que, segundo pensamos, é marco conceitual firme já alcançado pelas construções dogmáticas objetivistas em torno do problema da imputação objetiva, superando-se assim a crítica de tais doutrinas somente pensam de forma casuística, isolando os casos particulares, em prejuízo de uma necessária interpretação sistemática.

Com efeito, após considerar que os resultados das investigações sobre o tema da teoria da imputação objetiva são ainda, no momento, inseguros e, em sua maioria, não foram acolhidos pela jurisprudência alemã, arremata Roxin:

contudo, na ciência está cada vez consolidada a idéia de que a imputação ao tipo objetivo ocorre segundo dois princípios, o primeiro pressuposto do segundo: a) O resultado causado pelo autor só deve ser imputado ao tipo objetivo se o comportamento do autor criar um perigo para o objeto da ação, não compreendido no risco permitido, e este perigo se realizar no resultado concreto. [...] b) Quando o resultado representar a realização do perigo criado pelo autor, ele será, em regra, imputável, de modo que o tipo objetivo se considerará preenchido. Excepcionalmente, contudo, a imputação pode ser excluída, se o alcance do tipo não compreender o impedimento de tais perigos e de suas conseqüências.¹⁶

As tentativas doutrinárias realizadas no sentido de concretizar este núcleo principiológico já consolidado, podem ainda não ter sido suficientemente produtivas e seguras, como afirmara Roxin mas, a cada passo e sempre mais, tem se aperfeiçoado a argumentação que as sustenta e já se tem chegado à descoberta de critérios normativos concretos de exclusão da imputação.

É verdade que pode a doutrina não ter ainda avançado o bastante, não indo muito além dos princípios gerais orientadores do juízo de imputação. Por outro lado, os critérios normativos explicitadores dos princípios já descobertos podem, à falta de outros, ser aceitos como delimitadores normativo-teleológicos aptos a recuperar o papel do sujeito no âmbito da teoria do tipo, expurgando-se do juízo de imputação o que a ele não pertence objetivamente.

¹⁵ ROXIN, op. cit. p. 308.

¹⁶ ROXIN, op. cit. pp. 308-309.

Com rara clarividência, quanto ao princípio da criação ou não-criação do risco proibido, embora reconhecendo possa ser contestada a base funcional sobre a qual repousa aquele princípio tido como fundamental, Juarez Tavares defende a tese de que, à míngua de outros mecanismos delimitadores da atribuição, podem os critérios concretos, derivados do princípio geral da criação ou não criação do risco, se prestar ao ingente papel de reguladores normativos do juízo de imputação.

Eis a passagem em que, segundo nos parece, espousa o autor esta acertada tese:

embora a base funcional de fundamentação desses critérios possa ser contestada porque tem em vista que o injusto decorre, na verdade, da violação a deveres de organização e não da realização de uma conduta que ultrapasse os lindes da intervenção estatal, podem eles merecer acolhida, na falta de outros indicadores, desde que subordinados às condições pessoais do sujeito e de sua liberdade contextual. Isto significa que o processo de imputação objetiva deve ser visto como um recurso adicional a recuperar a função do sujeito na realização do injusto, eliminando de seu âmbito aqueles acessórios absolutamente contingentes, pelos quais esse mesmo sujeito se veria situado como mero objeto das propostas incriminadoras. Na medida em que esses critérios possam acentuar essa sua função central delimitadora, segundo o princípio da integridade racional da ordem jurídica, são válidos como critérios normativos.¹⁷

Para melhor compreensão e clareza, deve ser frisado que o juízo positivo de imputação objetiva, reconhecendo-se preenchido o tipo objetivo do delito, ocorrerá *se o agente tiver criado ou aumentado o risco eventualmente existente para os bens jurídico-penalmente protegidos, agindo fora dos lindes do risco tolerado, realizando-se este materialmente como resultado típico, em consonância e nos limites do fim protetivo da norma incriminadora.*

Já salientamos que os princípios e critérios regentes do juízo de imputação objetiva têm dupla face, prestando-se a sustentar os juízos negativo e positivo de atribuição.

Contudo, estes melhor se têm apresentado em sua face delimitadora da causação, *circunscrevendo o campo de extensão da causalidade*, permitindo apontar, dentre os processos causais, quais são típicos merecendo, exatamente por isto, a reprimenda penal cominada e quais são atípicos, devendo ser tolerados pelo ordenamento jurídico-penal. É assim que parte da doutrina vê os critérios criados para orientar o juízo de imputação objetiva, ou seja, como critérios negativos de atribuição.¹⁸

Para não destoarmos do contexto doutrinário em que, na atualidade, se movimentam as discussões em torno da imputação objetiva deveríamos também entender os critérios normativos regentes do juízo de imputação objetiva como critérios negativos de atribuição.

Fácil, contudo, perceber que, mesmo que destaquemos o papel negativo de atribuição

¹⁷ TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 224.

¹⁸ Por todos, entre nós, TAVARES, op. cit. p. 222.

desempenhado pelos referidos critérios normativos, não se pode negar ser dúplice seu caráter: podem se prestar tanto a afirmar ou quanto a excluir a imputação.

Assim, a criação do risco (ou seu incremento) e a eventual diminuição daquele risco já existente, no contexto do juízo de imputação, na verdade, são duas faces de um princípio único, visto este sob dois ângulos diferentes. O que queremos dizer é que dentro do princípio da criação ou não-criação do risco juridicamente relevante, há duas ou mais formas de se efetuar o julgamento: uma positiva, a criação ou o incremento do risco existente, exasperando-o para fora dos limites permitidos; outra negativa, a diminuição do risco, que poderá fazer da ação, eventualmente perigosa ou lesiva, uma tentativa de minimizar resultados mais gravemente lesivos, o que não só é permitido pelo direito sendo, inclusive, desejável jurídica e socialmente.

Vê-se que, a um só tempo, o princípio geral da criação ou não-criação do risco se explicita de dupla forma: uma afirmativa da atribuição, outra negativa; uma permitindo a formação do juízo positivo de imputação objetiva, a outra excluindo, negando a imputação.

Falemos agora da intensidade do risco. Deve ser observado que toda ação reputada delituosa há de ter uma *referência lesiva ou deve implicar no perigo concreto de lesão a um bem jurídico*, não devendo haver reprimenda a condutas que, de alguma maneira, buscaram preservar e resguardar a proteção dada aos bens tutelados pelo direito.¹⁹ Ação conforme o direito não merece, a nenhum título, reprimenda penal.

Neste diapasão, diminuir uma lesão, ou um perigo concreto já existente para determinado bem juridicamente tutelado, não pode levar a um juízo positivo de imputação, vez que, *objetivamente*, a ação eventualmente lesiva ou perigosa que possa resultar da tentativa de minimizar a lesão ou o perigo mais gravosos, é praticada por quem age, na verdade, visando proteger um bem tutelado, buscando com sua ação exatamente evitar resultado de lesão ou perigo concretos mais gravosos para aquele mesmo bem.

Nas precisas palavras de Juarez Tavares,

embora o agente tenha provocado uma lesão ou um perigo de lesão ao bem jurídico, não lhe será imputado tal resultado de dano ou de perigo, se a sua conduta consistiu numa alteração do processo causal em marcha, de modo a tornar menor essa lesão ou menor a possibilidade da ocorrência do perigo.²⁰

Exemplificando este critério de exclusão da imputação poderíamos dizer que se A, para evitar que seja atingido na cabeça B, desvia a mira do revólver impunhado por A,

¹⁹ No sentido do texto, TAVARES, op. cit. p. 224.

²⁰ TAVARES, op. cit. p. 225.

fazendo com que o projétil venha a atingir B na perna, efetivamente terá minimizado o potencial lesivo da ação de A contra B. Em assim, *objetivamente*, não poderá ser imputado ao agente A o eventual resultado lesivo produzido por sua ação, vez que seu agir diminuiu efetivamente o risco de que B fosse mais gravemente lesionado, no caso, evitou-se possível morte de B. Embora seja a ação de A causa material da lesão sofrida por B, na forma em que esta se verificou, o resultado lesivo não lhe será objetivamente atribuído.

Evidente que para se falar de diminuição do risco existente, não criado este pelo agente, é necessário que já esteja em marcha um processo causal lesivo, e que não tenha este iniciado por obra do agente que busca minimizar o risco.

A diminuição do risco é precisamente isto: desvio de curso causal mais gravosamente lesivo, de modo a buscar impedir que se produza o possível resultado mais gravoso, embora não se exclua a possibilidade de que o desvio do curso causal produza, também ele, lesões, as quais não poderão ser objetivamente imputadas ao agente.

Se não houver curso causal em execução ou se o agente inaugurar curso causal independente, que vise produção de distinta lesão ao bem jurídico, haverá imputação, vez que não há falar em diminuição do risco efetivamente já existente. Com efeito, nestes casos, ou o agente terá criado o risco ou jogará com mera possibilidade de ocorrência de resultado menos gravoso para a vítima, em nenhum dos casos se poderá falar de exclusão da imputação.²¹

Se o agente minimizador inaugurar o curso causal lesivo e, no decorrer da execução, vier a buscar diminuir seus efeitos, estamos diante de caso em que menor poderá ser a reprimenda penal, já que poderá ser menos reprovável sua conduta, mas não há falar em exclusão da imputação penal objetiva.

Certo Roxin quando justifica a adoção do critério da diminuição do risco argumentando que o agente, ao buscar minorar as conseqüências de um ato em si gravosamente lesivo, atua no sentido da finalidade de proteção da norma e não contra ela, não devendo, por isto, se aperfeiçoar o juízo positivo de atribuição.²²

Reconhece Roxin que, em essência, o princípio da criação ou do aumento do risco coincide com os parâmetros elaborados pela teoria da adequação desenvolvida por Larenz e Honig, doutrina esta que sustenta que a imputação ao tipo objetivo deverá ser excluída no caso de ser mínimo o incremento do risco, de modo a não merecer reprimenda penal.²³

²¹ No sentido do texto, TAVARES, op. cit. p. 225.

²² ROXIN, op. cit. p. 309. Em sentido contrário, entre nós, TAVARES, op. cit. p. 226.

²³ Se, de um lado, há insistência crescente quanto ao caráter subsidiário do direito penal, de outro há aqueles que pregam o mais radical abolicionismo. A primeira tese leva à descriminalização dos riscos mínimos, teorizando sejam estes insignificantes para a decisão da imputação jurídico-penal, dando lugar à defesa de

Os mínimos riscos provindos de ações sociais adequadas, ou os acidentes provenientes da realização destas mesmas atividades, não podem ser objetivamente imputados a quem delas tome parte. Esta tese é corolário de uma outra: somente a relevância jurídica e social de certa conduta ou de determinado resultado pode justificar a imputação objetiva e a aplicação da correlata sanção penal.

Veja-se, passagem esclarecedora de Roxin em que nos parece clara a analogia de suas teses com aquelas defendidas pela teoria da adequação social da ação. *In verbis*:

Además hay que rechazar la imputación al tipo objetivo cuando el atur ciertamente no ha disminuído el riesgo de lesión de um bien jurídico, pero tampoco lo ha aumentado de modo jurídicamente considerable. A estos supuestos pertenece (...) también cualquier otra incitación a realizar actividades normales y jurídicamente irrelevantes, como pasear por la gran ciudad, subir escaleras, bañarse, subir a la montaña, etc. Incluso aunque tales conductas en situaciones excepcionales puedan dar lugar a um accidente, el Derecho no toma en cuanto los mínimos riesgos socialmente adecuados que van unidos a ellas, por lo que de entrada no es imputable una causación del resultado producida por las mismas. Como la provocación de una conducta socialmente normal e generalmente no peligrosa no puede estar prohibida, no habrá una acción homicida típicamente delictiva aunque excepcionalmente tal actuación sea causal respecto de una lesión de um bien jurídico. Y lo mismo sucede si um peligro ya existente no es incrementado de modo mensurable.²⁴

Citando os dispositivos do Código Penal Alemão, explica ROXIN, que o incremento do risco existente há de ser relevante para que se aperfeiçoe o juízo positivo de imputação objetiva, neste sentido,

el viejo problema utilizado em las explicaciones de cátedra de si incurre en delito de inundación (parágrafo 313) el sujeto que vierte un barreño de água em las águas turbulentas que están a punto de romper la presa, debe resolverse em el sentido de que ciertamente. Y debido a la modificación del resultado (aunque sea extremadamente pequeña), se puede afirmar que existe causalidad (...), pero em cualquier caso esa conducta no se puede imputar al tipo del parágrafo 313 como provocación de una inundación, pues los peligros que quiere prevenir ese precepto penal no son aumentados al añadir una cantidad tan escasa de água.²⁵

Como se vê, não haverá juízo positivo de imputação objetiva se a conduta do agente, eventualmente provocadora de perigo concreto ou de lesão suportados pelo bem jurídico, tiver minimamente incrementado o risco já existente, visto estar ausente relevância jurídica do

uma maior importância que deve ser concedida ao princípio da lesividade. O abolicionismo se firma na tese de que direito penal é incapaz de demonstrar sua utilidade social devendo a proteção aos bens, mercedores de tutela jurídica, serem protegidos por outras áreas do direito, com isto, deve conhecer seu fim o direito repressivo.

²⁴ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. – Parte General*. Tomo I. Madrid: Civitas, 1997. p. 366. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal.

²⁵ *Ibidem*. p. 367. Também o Código Penal Brasileiro, em seu artigo 254, incrimina a conduta causadora de inundação, desde que esta exponha a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem. No direito brasileiro, como se vê, introduziu o legislador interessantes elementos normativos do tipo, necessários para que se configure a figura delituosa.

incremento do risco a justificar a reprimenda penal.

Se a conduta do agente for socialmente adequada, não criando nem promovendo relevante incremento do risco já suportado pelo bem jurídico, não há falar em imputação ao tipo objetivo. Neste passo, para se apurar o grau de relevância do perigo ou da lesão que, por ventura, venham a atingir os bens protegidos, deve ter lugar análise equilibrada, guiada esta pelo *princípio da razoabilidade*.

Anuncia-se então princípio decisivo de exclusão da imputação: a atuação do agente nos lindes do risco permitido. Com isto, tem-se que permitidos são aqueles riscos avaliados, jurídica e socialmente, como adequados ou tolerados. Geralmente, estes riscos são permitidos ou tolerados em nome da realização de certas atividades perigosas, mas socialmente necessárias ou, de alguma forma, importantes para o estabelecimento de relações sociais, ainda que potencialmente lesivas.

Claro que as atividades humanas, desenvolvidas no seio da sociedade podem ser potencialmente lesivas a determinados bens jurídicos comportando, às vezes, clara ameaça para estes mesmos bens. Mas é evidente, por outro lado, que a proibição de qualquer conduta arriscada, potencialmente lesiva ou perigosa, poderia inviabilizar o convívio social, emperrando as estruturas de seu costumeiro movimento.

Cada sociedade escolhe o limite de tolerabilidade dos riscos, estabelecendo o grau de ameaça ou perigo que podem sofrer os bens protegidos.

Se se escolhe permitir o tráfego viário, aéreo, ferroviário ... deve-se ao fato de que, mesmo tendo a antevisão dos riscos que estas comportam, são aquelas atividades tidas por necessários, possibilitando-se por causa delas o comum trato social de deslocamento e comunicação. Se são permitidas atividades perigosas no setor usineiro, petrolífero, industrial... é porque a sociedade, historicamente aceitou correr os riscos decorrentes daquelas atividades, em troca dos benefícios econômicos que possam delas advir.

Medir o limite permitido de risco, ou estabelecer seja tolerado este ou aquele perigo, é tarefa que se perfaz orientada por escolhas sociais, historicamente situadas, em benefício de atividades comuns aos membros da sociedade que, de algum modo, se revestem de importância para o aglomerado social e, por isto mesmo, se toleram.

Os riscos não são ilimitados e nem podem sê-lo. A mais permissiva e descuidada das sociedades, que tudo permitisse, em que todos os riscos fossem tolerados, poderia ver nisto mesmo seu fim. Deve haver regras que limitem o perigo permitido a que podem ser expostos certos bens jurídicos especialmente relevantes.

Em suma, comportamento socialmente adequado (aqui a confluência, mais uma vez, da teoria da adequação social) é aquele que se posta nos lindes do regramento social, que define o grau de tolerância dos riscos ou perigos a que podem ser expostos determinados bens tutelados pelo direito.

Risco permitido é sinônimo de risco socialmente adequado, socialmente regrado e, como tal, tolerado em nome dos benefícios que certas atividades, mesmo que arriscadas ou perigosas, podem trazer para o desenvolvimento social. A escolha dos riscos permitidos e das regras que devem reger os limites das ações perigosas é definida legislativamente, sendo aquela escolha sócio-historicamente fundada.

Neste sentido, como exemplo, pode-se dizer que mereçam ser toleradas as atividades potencialmente arriscadas realizadas pelos profissionais da área médica, por ocasião das intervenções curativas, em geral. Assim, desde que seguidas à risca a *lex artis*, não há falar em imputação, já que o modo de atuar dos profissionais e o regramento de suas ações arriscadas, são construções socialmente fundadas, não se podendo exigir de um profissional médico que aja antecipando técnicas de diminuição de riscos em suas habituais atividades.²⁶

Não cabe aqui contemplar com extensão o argumento segundo o qual, por exemplo, na atuação médica, as atividades desenvolvidas pelos profissionais, naturalmente arriscadas, pudessem ser justificadas pelo estado de necessidade.

A nosso sentir, as atividades médicas, se realizadas com respeito à *lex artis*, são atípicas, não devendo o processo de imputação avançar para além do primeiro passo, ou seja, da análise da causação. Neste caso, *reconhecer a presença de ações típicas, precisamente ali onde se busca minimizar o risco suportado por bens jurídicos já ameaçados, é procedimento completamente contrário à teleologia do direito repressivo*. Esta visão doutrinária é uma das conquistas teóricas trazidas pelas doutrinas objetivistas.

Sem nos alongarmos, sobre o tema, que mereceria trabalho específico, neste passo, nos postamos de acordo com Marco Antonio Terragni quando afirma que

el estado de necesidad es el control posterior a la determinación de tipicidad de una conducta que, siendo prevista por la ley como delito, no vulnera sin embargo las normas fundamentales; aquellas que tienen una relevancia superior a las contingentes en la legislación penal ordinaria. Así, en el análisis global de si una acción médica es lícita o no, tendríamos una primera criva que dejaría fuera (por atípicas) las conductas que se mantienen dentro de la zona del riesgo permitido. Pasarían aquellas que han excedido ese límite, al generar un peligro intolerable. La segunda criva

²⁶ TERRAGNI, Marco Antonio. La Moderna Toría de la Imputación Objetiva y la Negligencia Médica Punible. *passim*. Conferencia pronunciada en las Jornadas Internacionales de Derecho Penal, en Homenaje al Dr. Claus Roxin, en la ciudad de Córdoba (Argentina), en octubre de 2001. In. <www.terragni.htm/doctrina/articulos>. Acesso em 22 de março de 2003.

apartaría las que, no obstante adecuarse al tipo, fueran concretadas con el fin de evitar un mal mayor y dejaría pasar las restantes.²⁷

Sob este acertado ponto de vista, seriam típicas as condutas perigosas que ultrapassassem os limites dos riscos permitidos, não aquelas que se mantiverem dentro daqueles limites ou forem praticadas para minimizar lesões ou ameaças maiores a bens juridicamente tutelados.

Não há falar, portanto, em imputação objetiva de eventuais resultados perigosos ou lesivos se a ação médica se deu nos limites do risco permitido, respeitados integralmente os ditames da *lex artis*, ou seja, o regramento técnico aplicável ao caso interventivo-terapêutico.

Por fim, devemos considerar uma questão difícil e que, segundo parte da doutrina,²⁸ somente recentemente tem recebido maior atenção: a questão dos cursos causais hipotéticos em confronto com o juízo sobre a criação de um perigo não permitido.

Se há uma premissa de consenso acerca desta problemática, esta pode ser assim enunciada, segundo Roxin:

a imputação de uma realização antijurídica de um tipo não pode ser excluída por existir um autor substituto que, na inexistência do primeiro autor, teria assumido a prática do fato (princípio da Assunção - Übernahmepinzip).²⁹

A hipotética existência de um autor substituto que, de uma forma ou de outra, provocaria a lesão ao bem jurídico, ainda que inexistisse outro agente, não é apta a excluir a imputação, o mesmo deve ser dito nos casos em que o autor substituto agir conforme o direito.³⁰

Tomando exemplos fornecidos por Roxin, podemos esclarecer:

a) autor substituto que, na inexistência da ação de outro agente, assumiria a prática da lesão ao bem jurídico: não exclusão da imputação. É o caso daquele que furta alegando, para ver-se livre da responsabilização criminal, que se não o fizesse outro procederá à realização da prática do furto, ficando o proprietário de qualquer modo privado do bem furtado. Evidente que “*não pode o ordenamento jurídico recuar em suas proibições unicamente porque outra pessoa está pronta para violá-las*”.³¹ Portanto, no caso do exemplo apontado, formar-se-á o juízo positivo de imputação objetiva.

²⁷ Ibidem. p. 7.

²⁸ ROXIN, op. cit. p. 368.

²⁹ ROXIN, op. cit. p. 318.

³⁰ Neste sentido, ROXIN, op. cit. 319.

³¹ ROXIN, op. cit. pp. 318-319. Grifo nosso.

b) Hipótese em que o autor substituto age conforme o direito: não exclusão da imputação. É o caso do agente que, empurrando o juiz da execução, toma seu lugar e aciona o botão da cadeira elétrica, levando à morte a pessoa que nela se encontra. Haverá a imputação. A ação conforme o direito do autor substituto não afasta a imputação da ação ou resultado lesivos ao agente que o substituiu.

A imputação deverá ser excluída na seguinte hipótese: quando o agente põe em ação uma modificação da causalidade natural, sem que disto decorra uma piora na situação geral da vítima. Contudo, evidente que, se da ação do autor decorrer um aumento (*princípio da intensificação*) ou antecipação do dano deverá subsistir a imputação.³²

Embora desperte inúmeras discussões, a análise dos cursos causais hipotéticos deve ser feita sob o ponto de vista dos ditames da política criminal. Em situações que tais, é difícil mensurar a existência de um incremento do risco, por isto, esta tarefa deve ser aferida à luz dos princípios normativos ditados pela política criminal.³³

Ainda outros critérios de exclusão da imputação são apresentados pela doutrina. Passamos a analisar alguns deles.

4. O fim de proteção da norma: princípio limitador da atribuição.

Não haverá imputação se os resultados advindos da conduta do agente não estiverem no âmbito do fim de proteção da norma de cuidado. Mesmo existindo o aumento do perigo de que ocorra determinado curso causal lesivo, ou mesmo se este se realizar, mas não estiver o resultado compreendido entre aqueles que a norma tem por fim evitar, não haverá imputação.

A conduta compatível com a finalidade protetiva da norma não pode merecer reprimenda, bem assim aquela da qual decorra perigo ou lesão a bens protegidos, mas não estiverem estes resguardados pela norma com sua finalidade protetiva.

A produção de perigo ou de lesão só será imputável se sua natureza for precisamente aquela prevista pela norma como perigo ou lesão a serem evitados. O resultado lesivo que não se encontra no âmbito de proteção da norma de cuidado, não deve ser atribuído, sob pena de

³² ROXIN, op. cit. p. 320.

³³ Neste sentido, ROXIN, op. cit. p. 322.

se imputar a alguém algo fora de seu domínio, enveredando-se pelos já abandonados caminhos da responsabilidade objetiva.

Um exemplo colhido na doutrina pode nos esclarecer: sem a observância da norma de cuidado que ordena circulem as bicicletas com equipamentos de iluminação em pleno funcionamento, dois ciclistas transitam, um após outro. Aquele que circula à frente, em razão da ausência da devida iluminação, colide com veículo que circulava em direção contrária.³⁴ Se existente a iluminação na bicicleta do segundo ciclista, ou seja daquele que circulava atrás do que veio a colidir, o acidente e seus danos teriam sido evitados.

Aqui, claramente, o fim de proteção da norma, aquela que torna obrigatório o uso de iluminação para o trânsito noturno de bicicletas, não é evitar acidentes alheios, mas próprios.

Eis porque não deve ser imputado ao segundo ciclista, que circulava atrás daquele que veio a colidir, qualquer lesão a bem jurídico, já que o fim de proteção da norma, no caso, não acoberta os eventos lesivos suportados pelo ciclista acidentado, vez que se trata de acidente alheio. Isto porque é o fim de proteção da norma que deve ser o marco delimitador entre o risco permitido e, como tal, tolerado e o risco não permitido, este sim imputável.

Em suma, assevera Roxin, mesmo que seja aumentado o risco, se este se realizar fora do âmbito de proteção da norma, não deverá ser imputado ao agente. É o que se verifica no caso anteriormente citado dos ciclistas, uma vez que

o fim de proteção da norma que exige a iluminação de bicicletas é evitar acidentes que decorram imediatamente da própria bicicleta, e não iluminar outras bicicletas, impedindo colisões com terceiros.³⁵

5. Comportamento hipotético conforme o direito e atribuição do resultado: limites do incremento do risco.

Outro critério de exclusão da imputação pode ser enunciado pela seguinte interrogação: produzido um evento lesivo, no caso de o agente ter se comportado alternativamente conforme o direito, este teria ocorrido ou teria sido evitado? Da resposta a esta interrogação decorrerá a imputação ou sua exclusão. Se a resposta apontar que, mesmo o comportamento ajustado ao direito, teria de qualquer modo produzido o evento lesivo, deve

³⁴ ROXIN, op. cit. p. 318. O exemplo é citado por outros doutrinadores e o próprio Roxin o herdou dos que o antecederam.

³⁵ ROXIN, Claus. op. cit. p. 336. Cita aqui Roxin, em nota de rodapé, que acordos com esta posição se postam também JESCHECK/WEIGEND e SCHLÜCHTER. Defendemos que uma melhor redação para a parte final da passagem citada seria: impedindo colisões *destas* com terceiros.

ser excluída a imputação. Se a resposta apontar que o comportamento conforme o direito teria impedido o resultado haverá imputação.

Vê-se que a análise da imputação se faz buscando descobrir a probabilidade ou a possibilidade de que um comportamento conforme ao direito, se realizado pelo autor, pudesse evitar o evento lesivo.

Para além, deve-se ter em vista a teoria do aumento do risco. Se houver a possibilidade de que um comportamento alternativo evitasse o resultado lesivo ou diminuísse seus efeitos, não deverá ser excluída a imputação. Neste caso, o aumento do risco sustenta o juízo positivo de imputação.

Se houver certeza de que a conduta conforme o direito levaria ao mesmo resultado produzido pelo comportamento arriscado não há falar em imputação, já que de qualquer modo o evento lesivo ter-se-ia realizado.

Apresenta Roxin o seguinte exemplo para esclarecimento deste ponto controverso, sempre se referindo aos dispositivos legais e regulamentares vigentes em sua pátria:

o motorista de um caminhão deseja ultrapassar um ciclista, mas o faz a 75 cm de distância, não respeitando a distância mínima ordenada. Durante a ultrapasse, o ciclista, que está bastante bêbado, em virtude de uma reação de curto circuito decorrente da alcoolização, move a bicicleta para a esquerda, caindo sob os pneus traseiros da carga do caminhão. Verifica-se que o resultado também teria provavelmente (variante: possivelmente) ocorrido, ainda que tivesse sido respeitada a distância mínima exigida pela Ordenação de Trânsito (Strassenverkehrsordnung). [...]. No exemplo acima, porém, a opinião aqui sustentada imputará o resultado, pois se, de um lado, não há certeza de que o comportamento correto teria salvado a vida do ciclista, haveria possibilidade de que o fizesse. Assim, a superação do risco permitido pelo desrespeito à distância mínima de ultrapassagem elevou o risco de um resultado de modo juridicamente relevante.³⁶

Segundo esta visão, o aumento do risco juridicamente relevante, aliado à incerteza de que o comportamento alternativo conforme o direito pudesse evitar ou minimizar o acontecimento lesivo, deve levar à decisão positiva do juízo de imputação objetiva, atribuindo-se ao agente o resultado decorrente do evento perigoso ou lesivo.

No fundo, pensamos, deve ser o evento lesivo ou perigoso analisado como de fato tenha ocorrido. Imiscuir na análise da imputação hipóteses cuja verificação é completamente impossível, a não ser por um esforço lógico cambaleante e desprovido de qualquer certeza, pode conduzir à indevida exclusão da imputação, precisamente em casos em que tal exclusão não poderia ocorrer.

Por isto, entendemos que, havendo criação ou incremento de risco já existente, se

³⁶ ROXIN, op. cit. pp. 338-339.

ultrapassados os limites de perigo da permissão estatuída pelo ordenamento jurídico, deverá ser positivo o juízo de imputação.

Em casos como os do exemplo acima referido, somente a incontestada certeza de que o comportamento alternativo conforme o direito, efetivamente, pudesse evitar o resultado lesivo, poderia justificar a exclusão da imputação.

Contudo, mais uma vez afirmamos, o aumento juridicamente relevante do risco permitido deve fazer com que o processo de imputação objetiva seja decidido positivamente, atribuindo-se ao agente, como obra sua, as conseqüências que possam advir do evento perigoso por ele perpetrado.

A análise do incremento do risco deve se fazer à luz dos acontecimentos reais, situados estes objetiva e subjetivamente. Mesmo porque verificar a intensidade do risco a que fora exposto determinado bem, juridicamente protegido, somente é possível *ex post*. Aqui devem ser combinados os resultados teóricos alcançados pela teoria do aumento do risco e aqueles atinentes ao fim de proteção da norma.³⁷

6. O princípio da confiança.

O conceito de confiança é essencialmente relacional, ou seja, só se poder falar em confiança quando mais de um sujeito entabulam relações sociais. Os horizontes da confiança se ampliam quando esta relação que este comporta é contemplada no todo do corpo social.

Confiar é esperar dos participantes de uma relação social certos comportamentos que respeitem regras preestabelecidas. Neste sentido, as regras se configuram como ponto de confluência das relações, sendo o referencial necessário para que os participantes do trato social, confiando que serão aquelas regras cumpridas por todos, entabulem relacionamentos ordenados e seguros.

No âmbito do direito, o princípio da confiança diz respeito à expectativa de que os sujeitos que estabelecem entre si relações se comportem segundo os ditames estatuídos em um corpo de normas, organizador das ações socialmente realizáveis.

Sendo o direito parte importante do regramento social, de se esperar que os

³⁷ A respeito das controvérsias existentes acerca do tema do incremento do risco, consultem-se as páginas 338 a 352 da obra de Roxin anteriormente citada, em que é apresentado abrangente quadro do sucesso da solução por ele pensada para a problemática, bem como são apresentados as principais controvérsias existentes na doutrina e seus reflexos na jurisprudência de alguns países europeus.

componentes da sociedade ajustem seu comportamento às permissões contidas naquele corpo de regras, abstendo-se de praticar ações violadoras de suas proibições.

Assim, comportando-se conforme o direito, determinado sujeito de uma relação social, deve poder esperar que os demais indivíduos, também envolvidos naquela relação, façam o mesmo, ou seja, comportem-se de acordo com as regras estatuídas pelo ordenamento jurídico.

É justo pensar, então, que se comportar conforme o direito e confiar em que outros também o façam são faces de uma mesma relação, perfazendo-se a possibilidade mesma de existência da sociedade organizada, sob os auspícios do princípio da confiança.

As relações que se travam no seio da sociedade devem se basear, pois, no princípio segundo o qual todos os envolvidos no trato social se comportarão de acordo com as regras estabelecidas. Se alguém, portanto, agindo de acordo com o direito, vier eventualmente a causar ameaça ou dano a bem juridicamente protegido, não podemos falar em sua responsabilização, precisamente porque se tiver ele atuado com o devido cuidado objetivo, nos limites exigidos pelo regramento jurídico, não há falar em imputação da ação ou do resultado lesivos.

A idéia fundamental acerca do princípio da confiança é esta: agindo de acordo com as regras do direito, o sujeito deve poder confiar que os demais, que com ele vierem a se relacionar, também ajam do mesmo modo, respeitando o regramento e, com isto, evitando-se a imputação. Nas magistrais palavras de Juarez Tavares,

salvo em hipóteses de ação conjunta e vinculadora, ninguém em princípio, deve responder por ações defeituosas de terceiros, mas, sim, até mesmo pode confiar em que atendam todos os outros aos respectivos deveres de cuidado.³⁸

Cabe, contudo, uma advertência. O princípio da confiança conhece limites. Assim, se alguém sabe, com relativa certeza, que não é justo esperar de outros agentes o respeito às regras estabelecidas, ele desfalece. Com efeito, se não for razoável esperar o cumprimento das regras, o cuidado objetivo por parte do sujeito agente deverá ser redobrado, modificando-se em qualidade e intensidade, não havendo mais lugar para a afirmação do princípio da confiança, excludente da imputação.

A aplicação do princípio da confiança mais incide, segundo a doutrina, em três casos específicos: trânsito de veículos, atuação em divisão do trabalho e ação dolosa de terceiros.³⁹

Em todos estes casos, se existente a confiança de que as regras serão cumpridas, exclui-se a imputação objetiva. Caso contrário, ou seja, quando não seria razoável esperar

³⁸ TAVARES, Juarez. Direito penal da negligência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 148.

³⁹ GALVÃO, op. cit. p. 83.

que os demais sujeitos envolvidos na relação se comportem conforme o direito, haverá a imputação objetiva e, se cumprido também o juízo de imputação ao tipo subjetivo, deverá ter lugar a responsabilização penal decorrente.

7. Referências Bibliográficas

CANCIO MELIÁ, Manuel. *La exclusion de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima(Imputación a la Víctima)*. In: AA.VV. *Estudios sobre la teoría de imputación objetiva*. Buenos Aires: AD-HOC, 1998.

COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito Penal – Parte Geral*. Vol. I. São Paulo: Forense Editora, 2008. GRECO FILHO, Vicente. *Imputação objetiva: O que é isso?* Disponível em: www.ibccrim.org.br, acesso em 21/05/2009.

JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no Direito Penal*. Trad. André Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

JESUS, Damásio de. *A Doutrina Brasileira e a Teoria da Imputação – Alguns posicionamentos*. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, acesso em 5 de outubro de 2001. Disponível em: www.damasio.com.br/novo/hltm/frame_artigos.htm. Acesso em 3 de outubro de 2008.

JESUS, Damásio Evangelista. *Imputação objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000.

KÖSTER, Mariana Sacher de. *La evolución del tipo subjetivo*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998.

ORDEIG, Enrique Gimbernat, *Delitos qualificados por el Resultado Y Causalidad*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramos Areces, 1990.

PRADO, Luís Regis; CARVALHO, Érika Mendes de. *Teorias da Imputação Objetiva do Resultado – Uma Aproximação Crítica a seus Fundamentos*. São Paulo: RT, 2002.

REALI, Giovanni. ANTISERI, Dario. *História da Filosofia: De Spinoza a Kant*. Trad. Ivo Storniolo. Rev. Zolferino Tonon. São Paulo: Paulus, 2005.

REALI, Giovanni. ANTISERI, Dario. *História da Filosofia: Do Romantismo ao Empiriocriticismo*. Trad. Ivo Storniolo. Rev. Zolferino Tonon. São Paulo: Paulus, 2005.

ROXIN, Claus, *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Renovar: Rio de Janeiro, 2002. Tradução de Luís Greco.

ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Veja: Lisboa, 1998, 3. ed.

ROXIN, Claus. *Tem Futuro o Direito Penal?* In: Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 90, número 790, pp. 459 – 474. agosto/2001.

TERRAGNI, Marco Antonio, *Causalidad e imputación objetiva en la doctrina y la jurisprudencia Argentina*. Cuadernos de Doctrina y Jurisprudência Penal. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997.

WELZEL, Hans, *Direito Penal*, Trad.Dr. Afonso Celso Resende. Campinas: Ed. Romana, 2003.

O CASO RUBENS PAIVA E A TRANSIÇÃO DA JUSTIÇA BRASILEIRA

João Víctor Martins¹

“O pavor é muito maior com o desaparecimento do que com a morte. (...) quando você desaparece – isso é ensinamento estrangeiro – quando você desaparece, você causa um impacto muito mais violento no grupo. Cadê o fulano? Não sei, ninguém viu, ninguém sabe. Como? O cara sumiu como?” (PAULO MALHÃES, 2014).

RESUMO: Partindo do atual cenário de evolução da justiça de transição brasileira que vem sendo construído nas três últimas décadas, o presente artigo pretende estabelecer uma análise crítica do recebimento pela Justiça Federal, em 26 de maio de 2014, da denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal contra cinco militares acusados pelo homicídio e ocultação do cadáver do Deputado Rubens Paiva, além de associação criminosa e fraude processual, bem como os pressupostos para o recebimento desta denúncia e os seus reflexos no enfrentamento do passado ditatorial brasileiro.

PALAVRAS CHAVE: Justiça de Transição; Ditadura; Rubens Paiva; Denúncia.

THE RUBENS PAIVA'CASE AND THE TRANSITION OF THE BRAZILIAN JUSTICE

ABSTRACT: Based on the current scenario of the Brazilian transition justice evolution that has been constructed over the past three decades, this article seeks to establish a critical analysis of the receipt by the Federal Court, on May 26, 2014, of the complaint offered by federal prosecutors against five soldiers accused of the murder and concealment of the Congressman Rubens Paiva cadaver, procedural fraud and conspiracy, as well as the conditions for receipt of the complaint and its impact in addressing the Brazilian dictatorial past.

KEYWORDS: Transitional Justice; Dictatorship; Rubens Paiva; Complaint.

1. INTRODUÇÃO: O CASO RUBENS PAIVA

Em 26 de maio de 2014, o Juiz Federal Caio Márcio Gutierrez Taranto recebeu a denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal no Rio de Janeiro contra os militares reformados José Antonio Nogueira Belham, Rubens Paim Sampaio, Raymundo Ronaldo Campos, Jurandyr Ochsendorf e Souza e Jacy Ochsendorf e Souza, pela prática do homicídio

¹ Mestre em Teoria do Direito e Direito Constitucional (Bolsista CAPES/DEMANDA SOCIAL) pelo Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da UFMG. Professor Adjunto da UNIPAC. Advogado. E-mail: joao_victormartins@hotmail.com

doloso qualificado (pelo motivo torpe, pelo emprego de tortura e pela utilização de recurso que tornou impossível a defesa do ofendido) de Rubens Beyrodt Paiva; de ocultação do seu cadáver; de fraude processual; e de associação em quadrilha armada (JUSTIÇA FEDERAL, 2014).

A denúncia trouxe à tona o caso do sequestro, tortura, assassinato e desaparecimento do corpo do Deputado Rubens Paiva, durante a Ditadura Militar, no ano de 1971.

Rubens Beyrodt Paiva havia sido eleito deputado federal pelo estado de São Paulo por seu partido, o PTB (Partido Trabalhista Brasileiro) no ano de 1962. Como participou ativamente da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) instituída para investigar as atividades do IPES-IBAD (Instituto de Pesquisas e Estudos Sociais – Instituto Brasileiro de Ação Democrática) – que vinha formulando pesquisas e divulgando “dados” sobre a “ameaça vermelha” no Brasil –, teve o seu mandato cassado pelo primeiro Ato Institucional de 9 de abril de 1964, tão logo se consolidou o governo militar após o Golpe (COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE, 2014).

Após ter o seu mandato cassado, Rubens Paiva exilou-se na Iugoslávia e, após, na França, tendo retornado ao Brasil apenas nove meses depois. No Brasil, instalou-se no Rio de Janeiro e, muito embora exercendo a sua profissão de engenheiro, não deixou de manter a sua oposição política e ideológica ao regime militar à época vigente (CNV, 2014).

Entre a noite do dia 19 e a madrugada do dia 20 de janeiro de 1971, foram presas, torturadas e interrogadas por agentes do Centro de Informações e Segurança da Aeronáutica (CISA), em sua chegada do Chile no aeroporto do Galeão, Cecília de Barros Correia Viveiro de Castro e Marilene de Lima Corona. A prisão foi motivada por cartas que as opositoras traziam do Chile. Uma dessas cartas tinha como destinatário Rubens Paiva (CNV, 2014).

Na manhã do dia 20 de janeiro de 1971, a equipe do CISA, coordenada diretamente pelo coronel João Paulo Moreira Burnier obrigou a prisioneira Marilene de Lima Corona a telefonar para Rubens Paiva, informando-lhe sobre a chegada da carta. Minutos após, agentes da CISA fortemente armados invadiram a casa de Rubens Paiva, determinando a sua prisão (MPF, 2014).

Paiva foi compelido a conduzir o seu próprio carro até o comando da III Zona Aérea na Avenida General Justo, sendo, posteriormente, encaminhado ao 1º Batalhão de Polícia do Exército, onde funcionavam as instalações do DOI (Destacamento de Operações de Informações), no Rio de Janeiro. No dia seguinte, 21 de janeiro, a esposa e a filha de Paiva, Eunice Paiva e Eliane Paiva, à época com 15 anos, também foram conduzidas para o DOI.

Foram interrogadas e libertadas, Eliane no dia 23 de janeiro e Eunice apenas no dia 2 de fevereiro (CNV, 2014).

Entre a noite do dia 21 e a madrugada do dia 22 de janeiro de 1971, Rubens Paiva foi submetido a interrogatório e a sessões de tortura que, conforme comprovam vários depoimentos, como o do então tenente-médico do Exército Amílcar Lobo abaixo transcrito, levaram o deputado à morte.

Em data não precisa, mas certamente no mês de janeiro de 1971, por prestar serviços médicos no Primeiro Batalhão de Polícia do Exército foi chamado em sua residência para fazer um atendimento naquela dependência militar; que eram aproximadamente duas horas, quando um veículo tipo Volkswagen, modelo sedan, apanhou-o em sua residência; que chegando naquele local foi levado a uma dependência chamada presídio onde em uma das últimas celas, encontrou um indivíduo, segundo alegou a pessoa que encaminhou o declarante até aquele local, estava um indivíduo com fortes dores abdominais; que o declarante esclarece que aquele dependência era conhecida como PIC, quer dizer, Pelotão de Investigações Criminais; que o declarante não sabe informar se a pessoa que o conduzia era, ou não, militar, uma vez que trabalhava em trajes civis; que ao examinar o paciente verificou que o mesmo encontrava-se na condição de abdome em tábua, o que em linguagem médica pode caracterizar uma hemorragia abdominal, sendo que naquela situação parecia ter havido uma ruptura hepática; Que ao examinar o paciente este disse ao declarante chamar-se RUBENS PAIVA; Que o declarante aconselhou a pessoa que o conduziu até aquela dependência que o paciente fosse imediatamente hospitalizado; que ao retornar para a sua jornada normal de trabalho, naquele Batalhão, o declarante recebeu a notícia de que a pessoa a quem fizera atendimento de madrugada havia falecido; que o declarante tomando ciência da reabertura do caso de desaparecimento de RUBENS PAIVA, achou por bem tornar público aquilo que sabia (CNV, 2014, p. 08).

Tendo falecido o deputado, foi forjada pelos militares do DOI a história de um sequestro no momento em que Rubens Paiva estava sendo encaminhado para “averiguação”. Essa versão, entretanto, foi desmentida pelo próprio coronel Raymundo Ronaldo Campos, que atestou:

“(…) que, no dia em que estes fatos ocorreram, na noite do dia 21 para 22 de janeiro de 1971, em dado momento, sem se lembrar da hora exata, o chefe do setor de operações que estava de plantão o Major Francisco Demiurgo Santos Cardoso, o chamou e disse, ‘olha, você vai pegar o carro, levar em um ponto bem distante daqui, vai tocar fogo no carro para dizer que o carro foi interceptado por terroristas e vem para cá’. Que chegou a questionar seu superior perguntando “ué, por quê?” tendo ouvido como resposta que era “para justificar o desaparecimento dum prisioneiro”. Que nesta ora o major Demiurgo não lhe deu o nome do prisioneiro e só depois, quando voltou ao quartel e preencheu o Mapa de Missão, é que foi informado de que se tratava de Rubens Paiva, motivo pelo qual no Mapa de Missão aparece o nome do preso político; que saiu do quartel sem saber o nome do preso político; que a justificativa para o desaparecimento do preso, segundo ouviu do major Demiurgo, foi que a pessoa que deveria estar no carro morreu no interrogatório; que não lhe foi dito em que condições esta pessoa morreu no interrogatório; que o major apenas informou “morreu, morreu, morreu no

interrogatório”. (CNV, 2014, p. 05).

Após confirmada a sua morte, os militares do DOI enterraram o corpo de Rubens Paiva no Alto da Boa Vista e, tempos depois, o desenterraram e enterraram-no novamente no Recreio dos Bandeirantes, área à época ainda desabitada no Rio de Janeiro. Receosos de que o corpo fosse encontrado, um grupo de militares coordenados pelo então capitão do Exército Paulo Malhães desenterrou novamente os restos mortais de Rubens Paiva e os jogou no mar (MPF, 2014).

A partir destes fatos, o Ministério Público Federal ofereceu a denúncia contra os militares José Antonio Nogueira Belham, Rubens Paim Sampaio, Raymundo Ronaldo Campos, Jurandyr Ochsendorf e Souza e Jacy Ochsendorf e Souza, denúncia esta que, conforme já informado, foi acolhida pela Justiça Federal no dia 26 de maio de 2014.

O fato que, inevitavelmente, mais atrai os olhares no caso é que, conforme narra a denúncia oferecida pelos Procuradores da República do Grupo de Trabalho “Justiça de Transição” do Ministério Público Federal no Rio de Janeiro (MPF, 2014), embora os crimes tenham sido cometidos entre os dias 21 e 22 de janeiro de 1971, a pretensão punitiva do Estado brasileiro não está prescrita. E esta afirmação se baseia em dois fundamentos que vêm, nos últimos três anos, sendo recorrentemente utilizados pelo Ministério Público Federal: a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade e a não incidência da Lei de Anistia em casos de crimes contra a humanidade.

2. A JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO E A TRANSIÇÃO DA JUSTIÇA NO BRASIL

A atuação do Ministério Público Federal relativamente aos crimes contra a humanidade cometidos sob o pálio do aparato do Estado ditatorial brasileiro tomou rumo diverso, sobretudo, a partir da publicação da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Gomes Lund e outros vs. Brasil*, em 24 de novembro de 2010, por meio da qual a Corte IDH utilizou da competência que lhe foi atribuída por meio do artigo 62.3 da Convenção Americana pelos Direitos Humanos – tanto pelo fato de o Brasil ter anuído com a referida convenção, tornando-se parte em 25 de setembro de 1992 e reconhecido a competência da Corte IDH em 10 de dezembro de 1998 – para apreciar uma demanda que lhe foi apresentada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Conforme muito bem salientou a Comissão, o caso julgado pela Corte aborda uma série de crimes cometidos, como tortura, prisão arbitrária e desaparecimento forçado de

resistentes e camponeses da região do Araguaia entre os anos de 1972 e 1975, quando ocorreram expedições compostas por cerca de 10 mil homens do Exército, Marinha, Aeronáutica e polícias federal e estaduais para dar fim à Guerrilha do Araguaia (CORTE IDH, 2010, p. 03-04). À época, parte da resistência formada pelo Partido Comunista do Brasil havia formado um movimento dissidente de resistência armada contra o regime ditatorial então vigente. Esse grupo, que em 1972 contava com cerca de 70 pessoas, se estabeleceu na região do Araguaia, onde posteriormente foi criado o estado do Tocantins (CORTE IDH, 2010, p. 33). Segundo a Corte IDH:

Nas primeiras campanhas, os guerrilheiros detidos não foram privados da vida, nem desapareceram. Os integrantes do Exército receberam ordem de deter os prisioneiros e de “sepultar os mortos inimigos na selva, depois de sua identificação”; para isso, eram “fotografados e identificados por oficiais de informação e depois enterrados em lugares diferentes na selva”. No entanto, após uma “ampla e profunda operação de inteligência, planejada como preparativo da terceira e última investida de contra-insurgência”, houve uma mudança de estratégia das forças armadas. Em 1973, a “Presidência da República, encabeçada pelo general Médici, assumiu diretamente o controle sobre as operações repressivas [e] a ordem oficial passou a ser de eliminação” dos capturados (CORTE IDH, 2010, p. 33).

Assim, incumbia à Corte IDH se posicionar relativamente à atuação estatal não somente quando do cometimento dos referidos crimes contra a humanidade² – sobretudo em relação ao crime de desaparecimento forçado, que é permanente –, mas se posicionar sobre a atuação estatal no sentido de investigar e penalizar os responsáveis pelas violações, bem como por dar acesso à informação e conceder reparação às vítimas e aos seus familiares.

A responsabilidade do Estado pelas violações aos direitos humanos e pelos crimes de tortura, execução sumária e desaparecimento forçado havia sido assumida através da promulgação da Lei n. 9.140/95, que também instituiu a Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. Entretanto, a assunção da responsabilidade não gerou o esperado efeito da investigação e publicação dos fatos ocorridos com os guerrilheiros e não permitiu, ainda, que o Estado promovesse a devida responsabilização administrativa, cível e penal dos responsáveis pelo cometimento dos aludidos crimes.

² Assim definidos aqueles previstos no item 6 (c), do do Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg: “Crimes contra a humanidade: Homicídio, extermínio, escravização, deportação ou quaisquer atos inhumanos praticados contra qualquer população civil, ou perseguições com fundamentos políticos, raciais e religiosos, quando tais atos são praticados ou tais perseguições são levadas à frente na execução ou em conexão com qualquer outro crime contra a paz ou qualquer crime de guerra”. Tradução livre de: “Crimes against humanity: Murder, extermination, enslavement, deportation and other inhuman acts done against any civilian population, or persecutions on political, racial or religious grounds, when such acts are done or such persecutions are carried on in execution of or in connexion with any crime against peace or any war crime.”

Assim, diante do quadro apresentado, a Corte IDH determinou a responsabilidade do Brasil não somente pelas violações aos direitos humanos ocorridas no âmbito da Guerrilha do Araguaia, mas também pela sua omissão para com o seu dever de investigar, informar, reparar e punir (CORTE IDH, 2010, p. 45). A Corte IDH determinou, então, a responsabilidade do Brasil pelos desaparecimentos forçados, bem como pela sujeição dos guerrilheiros e camponeses à tortura e tratamento desumano e pela aquiescência do Estado em relação às referidas violações. De acordo com a Corte IDH, esse fato, por si só, já constitui “uma infração ao dever de prevenção de violações dos direitos à integridade pessoal e à vida, estabelecidos nos artigos 5 e 4 da Convenção Americana” (CORTE IDH, 2010, p. 45)³. Além disso, a atuação do Estado implicou na violação aos direitos de acesso à jurisdição, à garantia de não privação da vida de forma arbitrária e à personalidade, previstos nos artigos 1.1, 4.1 e 3, da aludida convenção (CORTE IDH, 2010, p. 45-46).

A Corte IDH também condenou o Brasil pela violação ao direito previsto nos artigos 1.1, 8.1, 13 e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos, relativamente à necessidade de amplo acesso à informação às vítimas e aos seus familiares. Conforme reiterado diversas vezes tanto pela CIDH quanto pela Corte IDH, apesar dos esforços realizados pelo governo brasileiro – mormente após a sua condenação nos autos da Ação Ordinária No. 82.00.24682-5, muito embora ter havido uma imensa relutância processual –, a grande maioria das vítimas não foi encontrada nem sequer foi determinado o paradeiro dos seus corpos. Até o momento em que a decisão havia sido promulgada, o Estado não havia informado o que aconteceu com cada uma das vítimas do aparelho estatal de repressão utilizado contra a Guerrilha do Araguaia (CORTE IDH, 2010, p. 52).

A Corte destacou, ademais, que o Estado, enquanto anuente do teor da Convenção Americana dos Direitos Humanos, tem o dever de manter estrutura suficiente à investigação e punição dos atos violadores dos direitos humanos, em conformidade com o exposto no artigo 1.1, da referida convenção.

A Corte IDH decidiu, por fim, em verdadeiro controle de convencionalidade, que a decisão proferida pelo STF nos autos da ADPF 153 – que havia declarado a

³ “A Corte Interamericana de Derechos Humanos (...) baseia-se amplamente no caráter cogente de alguns ditames internacionais, como a proibição do desaparecimento forçado de pessoas e o correspondente dever de investigar e punir seus responsáveis. Vide Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C N. 153, par. 84; Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C, N. 212, par. 193; Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de Septiembre de 2010. Serie C, N. 217, par. 197” (MCARTHUR, 2012, p. 89).

constitucionalidade da Lei 6.683/79, a Lei de Anistia – não poderia configurar um obstáculo, imposto pelo próprio Estado à investigação e persecução penal dos responsáveis pelo cometimento de crimes contra a humanidade.

A criação, no ano de 2012, do Grupo de Trabalho (GT) “Justiça de Transição” pelo Ministério Público Federal aparenta ter sido o primeiro passo para a construção de uma resposta institucional à condenação sofrida pelo Estado brasileiro na Corte Interamericana de Direitos Humanos. Desde a consolidação do aludido GT, o Ministério Público Federal tem oferecido reiteradas denúncias face a diversos crimes cometidos durante a ditadura. No Rio de Janeiro, o MPF já ofereceu denúncia contra seis militares reformados envolvidos no atentado à bomba no Riocentro, ocorrido em 1981, ofereceu denúncia, ainda, contra cinco agentes da ditadura envolvidos no sequestro e tortura do militante político Mário Alves e, conforme aqui analisado, também ofereceu denúncia contra mais cinco militares envolvidos no sequestro, tortura, assassinato e ocultação do cadáver do deputado Rubem Alves.

Resgatando os argumentos apresentados pela Corte IDH para condenar o Estado brasileiro no caso *Gomes Lund*, o MPF sustentou, na denúncia oferecida contra cinco militares no caso Rubem Alves, que não ocorreu a extinção da punibilidade nem pela anistia (art. 107, II, do Código Penal) e sequer pela prescrição (art. 107, IV, do Código Penal) (MPF, 2014), já que a denúncia versa sobre crimes contra a humanidade, “razão pela qual devem incidir sobre eles as consequências jurídicas decorrentes da subsunção às normas cogentes de direito internacional, notadamente a imprescritibilidade e a insuscetibilidade de concessão de anistia” (MPF, 2014, p. 27).

O fato é que as condutas dos denunciados já eram, ao tempo do seu cometimento, consideradas crimes contra a humanidade no direito internacional positivado e no direito consuetudinário cogente internacional, como na Carta do Tribunal Militar Internacional (1945); na Lei do Conselho de Controle n. 10 (1945); nos Princípios de Direito Internacional reconhecidos na Carta do Tribunal de Nuremberg e nos julgamentos do Tribunal; no Relatório da Comissão de Direito Internacional da ONU; na Resolução n.º 2184 da Assembleia Geral da ONU em 1966; na Resolução n.º 2202 da Assembleia Geral da ONU de 1966; Resolução n. 2338 da Assembleia Geral da ONU de 1967; h) na Resolução n. 2583 da Assembleia Geral da ONU de 1969; na Resolução n. 2712 da Assembleia Geral da ONU de 1970; j) na Resolução n. 2840 da Assembleia Geral da ONU de 1971; nos Princípios de Cooperação Internacional na identificação, prisão, extradição e punição de pessoas condenadas por crimes de guerra e crimes contra a humanidade (Resolução 3074 da Assembleia Geral das Nações Unidas de

1973) ; e na Resolução 33/173 da Assembleia Geral das Nações Unidas de 1978 (MPF, 2014, p. 28-30).

De fato, “com a ratificação da Convenção de Genebra de 1949, o Brasil passa a compartilhar da obrigação internacional de investigar permanentemente os graves crimes internacionais, tais como são considerados os crimes contra a humanidade cometidos durante a ditadura militar brasileira” (ADNAM, 2010, p. 09).

Enquanto crimes contra a humanidade, os crimes cometidos pelos denunciados são, conseqüentemente, insuscetíveis de anistia ou de prescrição, por determinação do mesmo Direito Internacional⁴.

O MPF sustentou, ainda, como fundamentos jurídicos ensejadores ao afastamento da aplicação da anistia ou da prescrição ao caso, o próprio Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos – 1968) e os diversos precedentes da Corte IDH, como o próprio caso *Gomes Lund*.

Ora, se o Estado brasileiro, por meio dos seus procedimentos legislativos, anuiu com os dispositivos da Convenção Americana de Direitos Humanos e com a atribuição de competência à Corte IDH para apreciar e julgar as violações aos direitos humanos, por que não acatar a sua jurisprudência e, ainda pior, a sua determinação direta ao Estado brasileiro em decisão judicial?

Por fim, o MPF sustentou, na mesma linha de raciocínio da decisão proferida pela Corte IDH, a impossibilidade de a decisão do STF, ainda não transitada em julgado, nos autos da ADPF 153 – que determinou a constitucionalidade da Lei de Anistia – constituir um óbice à persecução penal dos denunciados. Isso se deve ao fato de o STF ter-se limitado, como não poderia deixar de ser, a fazer um controle de constitucionalidade da aludida lei. Não fez, por outro lado, tanto pelo fato de não ser sua competência, o controle de convencionalidade da referida norma. Mas a Corte Interamericana de Direitos Humanos o fez, e determinou, expressamente, que a anistia não se aplica aos crimes contra a humanidade (MPF, 2014, p. 38).

⁴ Como destaca Meyer: “As normas de Direito Internacional Humanitário compõem as chamadas “Convenções de Genebra”, assinadas em 1949 e promulgadas pelo Brasil por meio do Decreto nº 42.121, de 21 de agosto de 1957. Elas abrangem: a Convenção para a Melhoria da Sorte dos Feridos e Enfermos dos Exércitos em Campanha (Convenção I); a Convenção para a Melhoria da Sorte dos Feridos, Enfermos e Náufragos das Forças Armadas no Mar (Convenção II); a Convenção relativa ao Tratamento dos Prisioneiros de Guerra (Convenção III); e a Convenção relativa à Proteção dos Civis em Tempos de Guerra (Convenção IV). Posteriormente, por meio das Convenções de Genebra, celebradas em 1977 e promulgadas pelo Brasil por meio do Decreto nº 849, de 25 de julho de 1977, foram acrescentados o Protocolo Adicional às Convenções de Genebra relativo à Proteção das Vítimas de Conflitos Armados Internacionais (Protocolo I) e o Protocolo Adicional às Convenções de Genebra relativo à Proteção das Vítimas de Conflitos Armados Não-Internacionais (Protocolo II)” (MEYER, 2012, p. 125-1260).

Dessa forma, concluiu o MPF que “em síntese, os crimes imputados aos denunciados, cometidos no contexto de um ataque sistemático ou generalizado a uma população civil, são imprescritíveis e insuscetíveis de anistia, seja por força da qualificação das condutas como crimes contra a humanidade, seja em razão do caráter vinculante da sentença do caso *Gomes Lund vs. Brasil* ao presente caso” (MPF, 2014, p. 37).

Os argumentos apresentados pelo MPF ora relatados foram acolhidos, à íntegra, pela Justiça Federal, que, recebendo a denúncia, determinou a instauração de processo criminal em face dos denunciados.

A qualidade de crimes contra a humanidade do objeto da presente Ação Penal obsta a incidência do decurso do prazo prescricional como hipótese de extinção da punibilidade. O homicídio qualificado pela prática de tortura, a ocultação do cadáver (após tortura), a fraude processual para a impunidade (da prática de tortura) e a formação de quadrilha armada foram cometidos por agentes do Estado, como forma de perseguição política, no período da Ditadura Militar como atos de repressão à liberdade política da vítima.

A Ordem Constitucional em vigor à época também contemplava a incidência da normatização dos princípios de direito internacional, razão pela qual consagrava a competência da União em celebrar tratados (artigo 8º, I, da Emenda Constitucional nº 01/69). Dessa forma, já incidia o princípio geral de direito internacional, acolhido como costume pela prática dos Estados e posteriormente por Resoluções da ONU, de que os crimes contra a humanidade são imprescritíveis.

A esse fato, acrescenta-se que o Brasil, pela edição do Decreto nº 10.719 de 1914, ratificou a Convenção Concernente às Leis e Usos da Guerra Terrestre, firmada em Haia em 1907, na qual reconhece o caráter normativo dos princípios *jus gentium* preconizados pelos usos estabelecidos entre as nações civilizadas, pelas leis da humanidade e pelas exigências da consciência pública. Na lição de Cançado Trindade, o *jus gentium* possui caráter de universalidade emanado da consciência jurídica universal.

O conceito de crime contra a humanidade foi previsto inicialmente no art. 6º. do Estatuto do Tribunal de Nuremberg, e depois ratificado pela Organização das Nações Unidas em dezembro de 1946. Nele estão previstas as condutas de homicídio, deportação, extermínio e outros atos desumanos cometidos “dentro de um padrão amplo e repetitivo de perseguição a determinado grupo (ou grupos) da sociedade civil, por razão política.” Nesse contexto, o sentido e conteúdo de crime contra a humanidade deve ser extraído ponderando-se o histórico de militância política da vítima, inclusive sua atuação na qualidade de Deputado cassado pelo Movimento de 1964 (JUSTIÇA FEDERAL, 2014, p. 09-10).

A preocupação institucional do Ministério Público Federal com o acolhimento e devida observância à determinação judicial da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Gomes Lund* parece ter, da mesma forma, acometido a Justiça Federal, ainda que tardiamente, após cinquenta anos da instauração e quase trinta anos depois da superação da Ditadura Civil-Militar no Brasil.

O caso Rubens Paiva, assim como as demais denúncias oferecidas pelo Grupo de Trabalho Justiça de Transição do Ministério Público Federal, tem demonstrado, assim, uma

séria preocupação institucional com a averiguação e persecução penal dos crimes cometidos contra os opositores civis no decorrer da Ditadura Civil-Militar brasileira sob o pálio do aparato estatal.

Trata-se, evidentemente de uma mudança de paradigma. E essa mudança não foi abrupta, como pode transparecer, mas construída passo a passo, tijolo por tijolo, desde a abertura “lenta e gradual” do regime ditatorial, permitindo, somente agora, praticamente três décadas após o fim do regime militar, a transição da justiça para uma concepção efetivamente preocupada com as graves violações aos direitos humanos cometidas sob o pálio do estado ditatorial.

A alteração do paradigma que tem fundamentado a atuação do Ministério Público e uma transição na concepção de justiça, relativamente aos crimes contra a humanidade cometidos no âmbito da Ditadura Militar, reverbera o processo de justiça de transição pelo qual o Brasil ainda caminha (a passos lentos, porém importantíssimos).

Esse processo de transição envolve, basicamente, quatro diferentes eixos: “punição, investigação histórica, reparações, expurgos e elaboração de nova constituição”⁵ (TEITEL, 2000, p. 06-07).

O primeiro eixo da justiça de transição, constituído pela memória e pela verdade, caracteriza-se, inicialmente, pela busca das versões omitidas da história dos estados nacionais nos períodos de barbárie. Em regra, os governos ditatoriais detêm grande controle da mídia e do acesso à informação. Não obstante, os constantes desrespeitos aos direitos humanos são, muitas vezes, fruto de operações levadas a cabo pelo próprio Estado, que, no apagar das luzes, sempre encobre esses dados.

Assim, é tarefa essencial da justiça de transição a busca pelas versões da história omitidas e adulteradas pelo Estado. É também tarefa o esclarecimento acerca das políticas públicas que, perpetradas pelo Estado, tenham como fim ou como meio o desrespeito aos direitos humanos. Isso deve ser feito através da abertura e ampla divulgação dos arquivos públicos, sobretudo aqueles que, durante a vigência de um governo ditatorial, eram classificados como sigilosos, em virtude da defesa dos interesses nacionais. As comissões da verdade têm, sem sombra de dúvida, um importante papel na realização deste primeiro eixo da justiça de transição.

Por fim, também é tarefa da justiça de transição, em seu primeiro eixo, na busca pela verdade e pela memória, o restabelecimento da memória do país, através da criação de

⁵ Tradução nossa do original em inglês: “(...) punishment, historical inquiry, reparations, purges, and constitution making”.

museus e centros de reconhecimento àqueles que resistiram ao regime e foram, de alguma forma, prejudicados por ele; através da revisão dos materiais didáticos de estudo da história do país; através de medidas simbólicas de reconhecimento aos resistentes e de condenação dos atos perpetrados pelo regime.

O segundo eixo da justiça de transição, consistente nas reparações, é responsável pela tentativa de minoração da dor das vítimas do regime autoritário e de suas famílias. A partir dessa perspectiva, é função da justiça de transição a busca pelo paradeiro ou pelos restos mortais das vítimas, entregando-os às famílias. É ainda função da justiça de transição a concessão de auxílio médico e psicológico às vítimas do regime autoritário e às suas famílias; a restituição dos funcionários públicos exonerados pelo regime autoritário por razões políticas às suas funções; o pagamento de indenização àqueles que não puderem reassumir as suas funções; a contagem do tempo de serviço para fins previdenciários; e o pagamento de indenização às vítimas e familiares pelas atrocidades sofridas.

A reparação das vítimas dos regimes também pode se dar através da concessão de anistia àqueles que cometeram crimes exclusivamente políticos e através da concessão de reparações simbólicas individuais e coletivas às vítimas e às famílias das vítimas.

O terceiro eixo da justiça de transição consiste na justiça criminal em si, ou seja, na responsabilidade do estado de promover a persecução criminal daqueles que cometeram atrocidades contra a humanidade através do aparelho estatal ao seu dispor. Trata-se da *accountability*, ou seja, da prestação de contas ou responsabilização.

É ainda responsabilidade da justiça de transição, neste eixo, a proposição de ações cíveis e administrativas que visem à responsabilização dos perpetradores de crimes contra a humanidade. Seguindo os preceitos da justiça de transição, é responsabilidade do estado investigar, apurar e punir (seja administrativa, civil ou penalmente) os crimes cometidos sob o comando ou a leniência do estado.

Por fim, o quarto e último eixo da justiça de transição é caracterizado pela necessidade de reforma das instituições. Este, sem dúvida, é o eixo que de forma mais evidente demonstra o caráter também prospectivo da justiça de transição. A reforma das instituições deriva da necessidade de consolidação do Estado Democrático de Direito e do total afastamento dos ideais totalizantes e autoritários do estado. A concretização da reforma das instituições se dá através da derrocada dos pilares do estado autoritário e da construção de um novo paradigma de estado fundado nos anseios do Estado Democrático de Direito. Para tanto, a reforma das instituições implica em: expurgos; atualização da legislação; estabilidade

e equiparação entre as instituições democráticas do estado; reformas institucionais, visando à não repetição e, portanto, suprimindo órgãos estatais voltados ao desrespeito aos direitos humanos; realização de eleições democráticas; e mesmo a promulgação de uma nova constituição.

A complementaridade sugere que os quatro eixos da justiça de transição são interdependentes e, portanto, se comunicam. A verdade e a memória, a reparação, a justiça e a reforma das instituições não podem ser vistos como eixos estanques e limitados. Existe uma mútua e constante influência entre os eixos. A realização da justiça de transição em um eixo é condição de possibilidade para a efetiva realização da justiça de transição nos demais (PIRES JÚNIOR; TORELLY, 2012, p. 37).

Pois bem, no caso analisado, relevado o caráter interdependente dos eixos da justiça de transição, há, sem dúvida, uma preocupação maior com o cumprimento da justiça criminal, ou *accountability*. Neste esteio, o dilema central intrínseco a qualquer transição enfrentado por qualquer país que passe pelo anseio da responsabilização criminal durante a transição perpassa por como sair do Estado não liberal e até que ponto esta mudança deve ser guiada por noções convencionais do Estado de Direito e de responsabilidade individual associados com as democracias estabelecidas (TEITEL, 2000, p. 27).

Segundo Teitel, as sociedades transicionais enfrentam uma série de dilemas e, comumente, estas sociedades chegam a um compromisso de transição de aplicação da "sanção penal limitada", que é, acima de tudo, uma forma simbólica de punição (TEITEL, 2000, p. 27).

O argumento principal para a punição em períodos de transição política é consequencialista e voltada para o futuro: argumenta-se que, em sociedades com legados de domínio repressivo, o governo sucessor desempenha um papel fundamental significativo ao lançar as bases de uma nova ordem liberal. Nessas horas, em uma variante da justificação "utilitária" convencional para a punição, a base para a punição é a sua contribuição para o bem social. Há, inobstante, um argumento contrafactual: quais seriam as consequências da ausência de punição? (TEITEL, 2000, p. 28).

O julgamento proposto pelo regime sucessor tem o potencial de ter um papel distintivo, uma linha divisória entre as velhas tiranias e o regime vindouro. Julgamentos oferecem uma maneira de expressar a condenação pública da violência do passado bem como a legitimação do Estado de Direito necessário para a consolidação da democracia no futuro (TEITEL, 2000, p. 29).

Mas há aí um dilema: fundar-se-iam as bases de um novo Estado de Direito desrespeitando outro Estado de Direito? Existe aí um risco de perpetuação de uma justiça política. Por isso os Estados que passaram por transições devem buscar limites à justiça criminal (TEITEL, 2000, p. 29).

Nuremberg é a grande influência pós II Guerra de justiça perpetrada pelo regime sucessor. Os seus principais legados foram a internacionalização da jurisdição e a responsabilização individual (TEITEL, 2000, p. 31). O paradigma de justiça estabelecido em Nuremberg e o seu vocabulário de direito internacional, apesar de suas deficiências, continuam a moldar o debate justiça sucessora. O fato é que o direito internacional é pensado para retirar a justiça do seu contexto nacional politizado. Ademais, o direito internacional oferece soluções para o enfrentamento de problemas como a irretroatividade das leis penais nacionais. Os “Princípios de Nuremberg” ainda permitem a responsabilização individual por crimes cometidos pelo Estado. Segundo o “Princípio da Responsabilidade de Comando”, comandantes podem ser responsabilizados por ordens que impliquem em crimes contra a população civil. Esse princípio foi reforçado após o julgamento dos crimes cometidos pelo Japão nas Filipinas (TEITEL, 2000, p. 34).

O fato é que o direito humanitário internacional oferece fundamentos e uma linguagem para se discutir a justiça de sucessão, mas, de toda forma, o que prevalece como fundamentação para a punição individual, pelo entendimento desenvolvido da justiça de transição, não é um ideal universal, mas as circunstâncias políticas peculiares e contingenciais daquelas circunstâncias da sociedade política. A justiça transicional é, conseqüentemente, o resultado de influências do direito internacional humanitário, mas, também do direito interno.

O que este direito transicional deve enfrentar, na seara criminal, é a questão de se saber se a responsabilidade pelas atrocidades cometidas em regimes repressores pode ser, de forma justa, atribuída aos escalões superiores do governo. Segundo Teitel, o grande legado deixado por Nuremberg para o enfrentamento de questões como estas é que a prestação de contas estatal não pode nunca mais ser confinada aos limites do Estado, mas deve ser vista como uma questão internacional (2000, p. 36).

Pois bem, mas quem deve ser responsabilizado? Todos os responsáveis? Alguns para servirem de exemplo? A questão implica em problemas de extrema relevância: haveria uma aplicação não isonômica do direito? É este o primeiro passo para um regime liberal?

Em geral, deveriam ser elencados os responsáveis pelo seu grau de responsabilidade no cometimento das atrocidades, para a partir de tanto, decidir quais deveriam ser,

exemplarmente, julgados. Historicamente, as civilizações têm considerado os líderes políticos como os responsáveis a serem julgados pelas atrocidades (TEITEL, 2000, p. 41).

Para o enfrentamento desta questão, também o direito internacional contribui, incorporando os sistemas jurídicos nacionais, sobretudo nos casos mais graves. Na Hungria, por exemplo, quando a lei promulgada trinta anos após a Revolução de 1956 foi declarada inconstitucional por estipular a punição *ex post facto*, uma exceção foi aberta para os crimes de guerra que encontravam previsão no direito internacional (TEITEL, 2000, p. 43).

Assim, a ideia mais recorrente seria a responsabilização dos principais líderes políticos pelo cometimento das atrocidades mais graves, mormente aquelas já previstas pelo direito internacional. O problema que surge deste raciocínio é que, em grande parte das vezes, os líderes políticos não estão diretamente relacionados às principais atrocidades cometidas sob o manto do aparato estatal (TEITEL, 2000, p. 43).

Tanto por isso, em alguns exemplos de justiça de sucessão, foram julgados os diretamente responsáveis pelas atrocidades mais graves, previstas no direito internacional, independentemente de não estarem em um primeiro escalão de liderança política. Exemplos são a Grécia e a Alemanha (os atiradores do muro de Berlim – julgamento no qual os guardas diretamente responsáveis e os militares de patente mais elevada foram condenados e o alto escalão político, responsável pelas leis que lhes davam as ordens para atirar, não foram). Neste caso, foi utilizada, por exemplo, a doutrina do “controle do ato”, que atribui responsabilidade tanto aos perpetradores diretos quanto aos perpetradores indiretos. Este entendimento, entretanto, não foi acatado pelos tribunais superiores (TEITEL, 2000, p. 45).

A sanção criminal na transição, portanto, pode ser vista como limitada e esta a principal característica que distingue a justiça transicional. A “sanção criminal limitada” compreende o processo de persecução que não necessariamente culmina em uma punição completa, segundo Teitel (2000, p. 47).

Teitel reverbera a importância da sanção criminal limitada, que constitui um símbolo do Estado de Direito. Ela extrapola as questões da responsabilização por um crime particular em circunstâncias transicionais. A sanção criminal tem um papel muito dinâmico da mudança normativa. As práticas punitivas nestes tempos revelam os propósitos de transformação transicional. Mesmo em sua forma limitada, a sanção criminal transicional demonstra o propósito de denunciar e renegar os malfeitos do passado (TEITEL, 2000, p. 49).

Trata-se, segundo Teitel, de uma resolução pragmática para os principais dilemas da transição, mormente para o problema da responsabilização individual por atrocidades

cometidas pelo sistema estatal. A condenação pelos erros do passado ganha ares transformadores. O julgamento público, ainda que simbólico e não total, provoca uma reação de contrariedade aos erros do passado pela esfera pública. Ademais, o caráter limitado da sanção criminal demonstra que as ferramentas do Estado de Direito, sobretudo ligadas à legitimidade para a sanção, estão funcionando, impondo limites ao exercício do poder sucessor (TEITEL, 2000, p. 50).

Há, entretanto, limites sobre as restrições políticas do poder de punição no estado em transição, como, por exemplo, o "crime contra a humanidade", já que este delito de perseguição política carece de qualquer um dos parâmetros jurisdicionais convencionais. Este limite deve ser imune a políticas nacionais. O crime contra a humanidade compreende a forma extrema de perseguição, transcendendo as fronteiras nacionais para ofender a comunidade internacional. O significado central do crime contra a humanidade como "ofensa à humanidade" é exemplificado sempre que a resposta às atrocidades do Estado transborda as fronteiras nacionais para a arena internacional (TEITEL, 2000, p. 60).

Historicamente, trata-se da construção de limites ao poder estatal, por meio da concessão de direitos individuais. Os crimes contra a humanidade representam um desrespeito monstruoso, em massa e de forma sistemática, contra estes direitos, perpetrados sob os auspícios do aparato estatal.

O problema da passagem do tempo é outro obstáculo a ser enfrentado pela justiça de transição, já que, em muitas transições, houve a persecução penal e o julgamento após o decurso de até décadas. Importante, assim, reiterar o caráter imprescritível dos crimes contra a humanidade, a necessidade de punição levando em consideração o princípio da isonomia em relação às vítimas (já que quando o Estado é cúmplice na perseguição, noções de limite de igualdade e segurança ao abrigo da lei são colocadas em perigo) e a necessidade histórica de se aplicar um pensamento do "agora ou nunca". Ademais, conforme Teitel, é importante ressaltar a natureza contínua (permanente) de algumas violações e, por fim, a responsabilidade permanente do Estado em promover a persecução penal em relação aos crimes contra a humanidade (TEITEL, 2000, p. 63).

A justiça criminal promove, portanto, a liberalização do Estado, permite que o governo sucessor fique livre do fardo dos crimes cometidos sob o pálio do governo antecessor e, portanto, tem um potencial não apenas para promover a estabilidade, mas também mudanças sociais.

A persecução penal dos denunciados pelo MPF no caso Rubem Alves não foge a esta

regra do caráter interdependente dos eixos da justiça de transição.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS: OS 50 ANOS DO GOLPE CIVIL-MILITAR

É possível, diante das questões ora debatidas, enxergar a importância da persecução penal dos responsáveis pela morte do deputado Rubens Paiva, não apenas pela importância da justiça criminal, mas também pelas diversas possibilidades trazidas pelo processo de responsabilização.

A responsabilização criminal atinge não apenas o objetivo central do eixo da justiça criminal, mas também é responsável pela reconstrução formal da história dos fatos, contribuindo para formar a memória coletiva, por meio de um caráter pedagógico, como lembra Mark Osiel (1997).

Mais relevante ainda é o caráter reconstutivo da democracia enquanto implicação dos processos de persecução penal. A importância que é dada à necessidade de responsabilização penal pelos crimes cometidos pelos agentes do Estado outrora reverbera na necessidade de rediscussão sobre a responsabilização penal pelos crimes cometidos pelos agentes do Estado hoje.

É fato notório que ainda existem resquícios do Estado ditatorial no Brasil e a publicização da imprescindibilidade da urgente reforma das instituições é muito bem alcançada por meio dos julgamentos, que ganham imensa repercussão midiática.

O relatório especial sobre execuções extrajudiciais, sumárias ou arbitrarias da Organização das Nações Unidas (ONU)⁶, formulado após missão da ONU no Brasil, entre 7 e 14 de novembro de 2007, constatou que “já há algum tempo, entre 45 mil e 48 mil homicídios são cometidos por ano no Brasil.” (ONU, 2008, p. 02). O relatório ainda ressaltou que:

Na maioria dos casos, assassinatos cometidos por policiais em serviço são registrados como “atos de resistência” ou casos de “resistência seguida de morte”. Em 2007, no Rio de Janeiro, a polícia registrou 1.330 mortes por atos de resistência. Isto corresponde a 18 % do total de assassinatos no Rio de Janeiro. Em tese, essas são casos em que a polícia teve de usar a força necessária e proporcional à resistência daquele que os agentes da lei desconfiavam ser criminosos. Na prática, o quadro é radicalmente diferente. (ONU, 2008, p. 02-03).

⁶ Organização das Nações Unidas – ONU. **Relatório do relator especial sobre execuções extrajudiciais, sumárias ou arbitrarias, Philip Alston.** 2008. Disponível em: www.nevusp.org/downloads/relatoriophilip.doc. Acesso em 10 de julho de 2013.

O fato é que, apesar de o Brasil ter passado por um processo parcial e inacabado de justiça de transição (na verdade, o Brasil ainda está passando por um processo de justiça de transição), tendo afastado o governo militar e superado os governos ditatoriais, muitas das instituições e considerável fatia da estrutura ainda são aquelas impostas pela ditadura militar. Este fato pode ser facilmente verificado caso se observe a legislação que estrutura a administração pública, que ainda gravita ao redor do Decreto-lei 200 de 1967.

Esse resquício da ditadura, entretanto, é ainda mais flagrantemente observado no âmbito da polícia. A legislação que organiza a matéria também gravita ao redor de um decreto imposto pelo governo ditatorial – no caso o DECRETO-LEI Nº 667, DE 2 DE JULHO DE 1969, outorgado pelo Ditador Costa e Silva, sob o pálio do Ato Institucional n. 05.

A existência dessa legislação defasada demonstra a despreocupação do Estado para com a devida superação das instituições antidemocráticas. Inobstante, demonstra ainda que todo o movimento em prol da democracia das décadas de 1960 a 1980 foi incorporado pelo Estado apenas parcialmente. O reflexo dessa despreocupação do Estado é a perpetuação de uma cultura de violência policial e total desrespeito aos direitos humanos. A polícia que nas décadas de 1960 e 1970 distribuía violência contra a oposição é exatamente a mesma que hoje distribui violência nas favelas e subúrbios.

O alvo, ou o inimigo, mudou, mas a polícia não. Para se ter ideia, em um período de 7 anos, as polícias militares dos Estados de São Paulo e Rio de Janeiro mataram, em conjunto, mais de 11.000 pessoas, conforme apurou a organização *Human Rights Watch*⁷. Essa violência e a sua quase total impunidade constituem um perigoso obstáculo à consolidação da democracia.

Todo esse quadro relatado deixa patente que, conforme muito bem ressalta Gagnebin, “o silêncio sobre os mortos e torturados do passado, da ditadura, acostuma silenciar sobre os mortos e torturados de hoje” (GAGNEBIN, 2010, p. 185).

Daí a importância do processo de justiça de transição, ou dos processos de justiça de transição, ainda que lentos e graduais.

A denúncia dos cinco militares pelo sequestro, tortura, assassinato e ocultação do cadáver do deputado federal Rubens Paiva é menos relevante pela possibilidade de aplicação de uma sanção penal a estes militares do que pela real possibilidade de rediscussão pública das graves violações aos direitos humanos cometidas pelos militares durante a ditadura. É menos relevante do que a real possibilidade de rediscussão o papel da força policial em um

⁷ Human Rights Watch. **Força letal: violência policial e segurança pública no Rio de Janeiro e em São Paulo**. 2009. Disponível em: <http://www.hrw.org/node/87056>. Acesso em 10 de julho de 2013.

estado efetivamente democrático. É menos relevante do que a real possibilidade de rediscussão, pública e ampla, sobre o papel cogente do Direito Internacional, mormente relativamente aos direitos humanos, e sobre o caráter vinculante das decisões da Corte Interamericana de Direitos humanos.

Permitir a persecução penal daqueles que mataram Rubens Paiva é sinalizar para a efetiva transição e abandono dos resquícios ditatoriais do Estado brasileiro, pois ainda existem muitos “rubens paivas” sendo diariamente assassinados pela força policial do Estado.

REFERÊNCIAS:

ASSOCIAÇÃO DEMOCRÁTICA E NACIONALISTA DE MILITARES – ADNAM. **Petição de ingresso no julgamento da ADPF 153 como *amicus curiae***. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2644116>. Acesso em 29 de maio de 2014.

COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE. **Relatório preliminar de pesquisa caso Rubens Paiva**. Disponível em: http://www.cnv.gov.br/images/pdf/relatorio_preliminar_26-02.pdf. Acesso em 29 de maio de 2014.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010**. Disponível em: www.corteidh.or.cr. Acesso em 29 de maio de 2014.

GAGNEBIN, Jeanne Marie. O preço de uma reconciliação extorquida. *In*: SAFATLE, Vladimir; TELES, Edson. **O que resta da ditadura: a exceção brasileira**. São Paulo: Boitempo, 2010.

HUMAN RIGHTS WATCH. **Força letal: violência policial e segurança pública no Rio de Janeiro e em São Paulo**. 2009. Disponível em: <http://www.hrw.org/node/87056>. Acesso em 30 de maio de 2014.

JUSTIÇA FEDERAL. **Decisão de recebimento de denúncia PROCESSO: 0023005-91.2014.4.025101**. Disponível em: <file:///C:/Users/JO%C3%83O%20VICTOR/Downloads/REC.%20DENUNCIA%20RUBENS%20PAIVA.pdf>. Acesso em 29 de maio de 2014.

MEYER, Emílio Peluso Neder. **Responsabilização por graves violações de direitos humanos na ditadura de 1964-1985: a necessária superação da decisão do Supremo Tribunal**

Federal na ADPF nº 153/DF pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos. Tese de doutorado. Curso de Pós-graduação da Faculdade de Direito da UFMG. Disponível em: <http://www.pos.direito.ufmg.br/tesediss.php>. Acesso em 30 de janeiro de 2013.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Cota da Denúncia oferecida por dependência à medida cautelar n. 2014.51.01.020100-0.** Disponível em: <file:///C:/Users/JO%C3%83O%20VICTOR/Downloads/cota-denuncia.pdf>. Acesso em 29 de maio de 2014.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **Relatório do relator especial sobre execuções extrajudiciais, sumárias ou arbitrárias, Philip Alston.** 2008. Disponível em: www.nevusp.org/downloads/relatoriophilip.doc. Acesso em 30 de maio de 2014.

OSIEL, Mark. **Mass Atrocity, Collective Memory, and the Law.** New Jersey: Transaction Publishers, 1997.

PIRES JÚNIOR, Paulo Abrão; TORELLY, Marcello D.. *Mutações do conceito de anistia na justiça de transição brasileira: a terceira fase da luta pela anistia.* **Revista Anistia Política e Justiça de Transição / Ministério da Justiça.** – N. 7 (jan. / jun. 2012). – Brasília: Ministério da Justiça, 2012.

TEITEL, Ruti. **Transitional Justice.** New York: Oxford University Press Inc., 2000.

A JUSTIÇA ENTRE O DIONÍSIO E O CRUCIFICADO

Ou como tornar-se o que se é

Ramon Mapa da Silva
Mestre em Teoria do Direito pela PUC-Minas
Professor da UNIPAC-Itabirito

RESUMO: Este texto é o quarto de quatro trabalhos dedicados ao pensamento nietzscheano e sua relação com a justiça. Percorre o momento final da obra do filósofo alemão com livros como *O Anticristo* e *Ecce Homo*, onde algumas de suas ideias mais polêmicas foram immortalizadas. Assumindo uma inimidade filosófica e política contra os valores cristãos, Nietzsche toma um último fôlego em seu projeto de crítica cultural.

Palavras-chave: Nietzsche, Justiça, Anticristo, Filosofia, Direito.

THE JUSTICE BETWEEN DIONISIUS AND THE CRUCIFIED

Or how to become what it is

ABSTRACT: This paper is the fourth of four works dedicated to the nietzschean thought and his relationship with justice. He runs the final moment of the work of the german philosopher with the books *The Antichrist* and *Ecce Homo*, where some of his most polemical ideas were immortalized. Assuming a philosophical and political enmity against the christian values, Nietzsche take a last breath in his project of cultural criticism.

Keyword: Nietzsche, Justice, Antichrist, Philosophy, Law.

Introdução

O presente trabalho finaliza um conjunto de textos que investiga o problema da justiça em vários momentos da obra de Friedrich Nietzsche. Tal esforço investigativo não é inédito, nem no Brasil, nem no exterior. Não são poucos os autores que se debruçaram sobre os livros de Nietzsche buscando respostas para os mais diversos problemas ligados ao direito e à justiça. Contudo, todos esses esforços conseguiram, se muito, arranhar a superfície da obra nietzscheana no tocante a esses problemas. Os quatro textos que compõem as análises que se encerram com o trabalho aqui apresentado não têm nem mesmo essa pretensão. Consciente da profundidade do pensamento de Nietzsche e de suas problematizações fugidias a respeito da

justiça, o máximo que podemos almejar é introduzir o problema para os leitores interessados.

Essa introdução se encerra com uma análise do projeto final de transvaloração de todos os valores que Nietzsche teceu em seus últimos escritos e cuja expressão mais bem acabada é a diatribe intitulada *O Anticristo*. Nietzsche não só desafia os valores e a moral cristã, como amaldiçoa todo o cristianismo, o maior responsável pela decadência e niilismo de todo o mundo.

Nietzsche enxerga no cristianismo uma vitória da má consciência judaica em sua ânsia universalizante. Vitória que seria impossível sem Paulo, o verdadeiro inimigo, o verdadeiro anticristo. Nietzsche desfere contra Paulo uma saraivada de violentas acusações, muitas vezes de forma caótica e verborrágica, mas que se resumem em culpar Paulo por desvalorizar a vida, o corpo, o sexo, o poder.

Outro livro que analisamos nesse texto final é o *Ecce Homo*. Meio biografia, meio trajetória intelectual, *Ecce Homo* repassa os diversos momentos da conturbada obra nietzscheana, atrelada indiscutivelmente às tribulações de sua própria vida. Ali, vemos o próprio Nietzsche como resultado do processo de transvaloração de todos os valores.

O Anticristo e *Ecce Homo* representam um momento particular do pensamento nietzscheano. Neles o projeto da transvaloração aponta sua mira contra a moral mais vitoriosa até aquele momento: o cristianismo. Num livro curto, porém repleto de passagens raivosas e grandiloquentes, Nietzsche elege o cristianismo como “platonismo para o povo”, e a mais baixa expressão de decadência fisiológica e moral. Tudo isso Nietzsche realiza em *O Anticristo*, reservando o *Ecce Homo*, sua autobiografia intelectual, como exemplo de obra e de vida desvencilhada dos preconceitos perniciosos advindos da fé e da tradição. Nesse momento de sua vida, as constantes dores de cabeça e crises de visão e estômago levavam Nietzsche a passar dias de completo delírio, sob a influência de drogas analgésicas ou da intensidade do sofrimento. Devido a isso, e a algumas cartas do período, extremamente virulentas e agressivas, muitos opositores de Nietzsche interpretaram esses escritos como consequência ou antecipação da loucura e alienação que tomariam o filósofo em seus últimos anos.

O fato é que essas tentativas de descrédito da obra não consideram que ela segue e aprimora muitas das críticas e pontos de vista presentes em escritos anteriores, colocando agora o cristianismo como centro da análise da decadência.

Parindo centauros e crucificando dionísios

Para Nietzsche, a fraqueza, o medo e a baixaza dos instintos geram um poderoso ressentimento contra tudo o que é visto como nobre, aristocrático e forte. Devido à crença na responsabilidade do ser e da vontade, alguém deve ser culpado por toda essa miséria, e são justamente os bons e nobres que são condenados por isso. Devido à incapacidade de se oporem a eles, os fracos criam um mundo onde eles - os decadentes – são os bons e os nobres: o paraíso; e um mundo onde os fortes pagarão por toda infelicidade que pretensamente geraram: o inferno. O instinto de vingança e reação cria a mentira do além-mundo, convertido em verdade através dos labirintos da metafísica. Insistindo e espalhando a crença na igualdade como verdade universal, os fracos incutem nos fortes a noção de que todos os atos contra eles são atos contra si mesmo, gerando a ilusão de que eles podem agir de forma diferente da que agem, como se o cordeiro convencesse a ave de rapina que ela poderia se alimentar de grama, ao invés de matá-lo.

O cristianismo é então, também parte da luta constante da existência, mas representa o pólo decadente, que odeia a luta e destila esse ódio entre todos, tornando o saudável doente, e elevando o doente à condição de sábio e idealidade:

Não se deve embelezar nem desculpar o cristianismo: ele travou uma guerra de morte contra este tipo de homem superior; renegou todos os instintos fundamentais deste tipo e desses instintos destilou o mal, o negativo – o homem forte como tipo censurável, como o mal, o negativo – o homem forte como tipo censurável, como proscrito. O cristianismo tomou o partido de tudo o que é fraco, baixo e incapaz, e transformou em um ideal a oposição aos instintos de conservação da vida saudável; e até corrompeu a faculdade daquelas naturezas intelectualmente poderosas, ensinando que os valores superiores do intelecto não passam de pecados, desvios e tentações. O mais lamentável exemplo: a concepção de Pascal, que julgava estar a sua razão corrompida pelo pecado original; estava corrompida sim, mas apenas pelo seu cristianismo! NIETZSCHE (2004:40)

Sendo o conflito e o *amor fati* o que marcam a alma sadia e de boa disposição, é próprio do cristianismo e de seus baixos instintos condenar tudo o que é complexo e contraditório. Como a expressão de instintos atávicos, a unidade e o conceito formam a visão de mundo do cristão, sua má nova, seu *dysvangelho*. Negar o que existe de conflito, cruel e complexo no mundo é segundo Nietzsche, negar o mundo em si. Por isso a crença no além-mundo, por isso a postura infantil do próprio Cristo diante do mundo:

Ainda uma vez mais me oponho a que se incluam o fanatismo no tipo do Salvador; a palavra impérieux, usada por Renan, é suficiente para anular por si só o tipo. A “boa-nova” consiste precisamente em não existirem contradições: o reino de Deus pertence às crianças; a fé que aqui se revela não é uma fé adquirida por lutas; ela existe desde o princípio; é por assim dizer, uma candidez infantil que se refugiou no espiritual. O caso da puberdade retardada que fica em estado latente no organismo

é familiar pelo menos aos fisiologistas como sintoma resultante da degenerescência. Uma fé tal não se irrita, não acusa, não se defende; não usa “espada”; não imagina sequer o conflito que poderia provocar algum dia. Não se manifesta nem por milagres nem por recompensas, nem por promessas, muito menos “pelas Escrituras”; é ela própria, e a cada instante, o seu próprio milagre, a sua recompensa, a sua prova, o seu “reino de Deus”. NIETZSCHE (2004: 67)

Por não afirmar, essa “fé” impede um refinamento de gosto, impede a avaliação, e impede a aplicação de uma verdadeira justiça. Pregando a igualdade de todos, prega o direito de todos, o que equivale a dissolver os direitos, visto que os mesmos são, em última instância, privilégios. A fé é vista como corruptela do gosto, como falta de decoro, perversão, decadência e negação do mundo. Mas não é em Cristo que Nietzsche enxerga essa perversão. Para ele Cristo é como uma criança, presa de uma inocência atávica e simplificadora, mas não é o corruptor da realidade.

É contra Paulo que o título do livro se dirige. Paulo é o grande corruptor, o *dysvangelista par excellence*. Foi ele que mistificou Cristo, transformando-o no Deus que se entrega ao sacrifício. Foi ele que espalhou a culpa e a má consciência sacrificando o credor em nome do devedor, o santo em nome do pecador, para perpetuar a culpa e o castigo por toda a eternidade. Foi Paulo, que tornou o ódio ao corpo como regra da santidade, o ascetismo como vergonha e nojo de si. Foi ele que disse que antes arrancar um olho e entrar cego no reino dos céus do que não entrar. Obviamente não é ao olho que Paulo se refere. São Orígenes, assim como os seus seguidores, bem o soube, castrando-se para não ceder à concupiscência da carne. Por causa dele o código canônico começou a condenar a automutilação. Não é Nietzsche o Anticristo, é Paulo.

Vê-se agora o que terminava pela morte na cruz: um novo esforço completamente original para um movimento de pacifismo budístico, para a felicidade sobre a terra, não apenas prometida, mas realizada. Porque é aí que reside – já atrás o sublinhei – a diferença fundamental entre as duas religiões da decadência: o budismo não promete, mas assegura; o cristianismo promete tudo, mas não cumpre nada. A “boa nova” sucedeu-se a pior de todas, a de Paulo. Nele se encarna o tipo oposto ao do “alegre mensageiro”, o gênio do ódio, na visão do ódio, na implacável lógica do ódio. Quantas coisas sacrificou ao ódio, esse “dysvangelista”! Antes de tudo o Salvador: cravou-o na sua cruz. A vida, o exemplo, o ensinamento, a morte, o sentido e o direito de todo o Evangelho – já nada existia quando esse falsário no seu ódio apoderou-se do que lhe podia ser útil. Não a realidade, não a verdade histórica!... E mais uma vez, o instinto sacerdotal do judeu cometeu o mesmo crime contra a história – suprimiu simplesmente o ontem e o anteontem do cristianismo, criou para seu uso uma história do cristianismo primitivo. Mais ainda: Paulo falsificou de nova a história de Israel, para a apresentar como a pré-história dos seus atos: todos os profetas anunciaram o seu “Salvador”... A Igreja por sua vez falseou mais tarde até a história da humanidade, para a tornar a pré-história do cristianismo... O tipo do Salvador, a doutrina, a prática, a morte, o sentido da morte e até o que a ela se seguiu, nada permaneceu intacto, nada conservou um aspecto que fosse parecido com a realidade. Paulo deslocou simplesmente o centro de gravidade de toda a existência, para o colocar detrás dessa existência – na mentira

do Cristo “ressuscitado”. No fundo não podia servir-se em absoluto da vida do Salvador – tinha necessidade da morte na cruz e ainda de outra coisa mais... Crer na sinceridade de um Paulo que tinha a sua pátria no centro principal do racionalismo estóico, quando, com uma alucinação, se preparava para compor a prova da sobrevivência do Salvador, ou até acreditar no relato e em que foi ele quem teve aquela alucinação, seria uma verdadeira niaiserie¹ da parte de um psicólogo. Paulo queria o fim, logo queria também os meios... Aquilo em que ele mesmo não acreditava, acreditaram-no os idiotas para o meio dos quais lançava sua doutrina. A sua necessidade era o poder, como Paulo o sacerdote quis ainda outra vez o poder – e não podia servir-se senão de idéias, de doutrinas, de símbolos, que tiranizam as multidões, que formam rebanhos. O que é que Maomé pediu mais tarde de empréstimo ao cristianismo? A invenção de Paulo, a sua técnica de tirania sacerdotal para arrebanhamento: a fé na imortalidade, ou seja, a doutrina do juízo final. NIETZSCHE (2004:77-78)

E é pela fé e pelo medo que Paulo criou seu rebanho e o ampliou para abarcar toda a humanidade. A fé proibia a dúvida como pecado, facilitando a tirania sacerdotal expressa no dogma, e o medo que gera o sentimento e a necessidade de rebanho. Uma vez que aquele que tem fé não duvida, não questiona nem avalia a própria vida, e uma vez lhe ensinado o mundo sem história e sem transitoriedade, acaba aceitando, passivamente, todas as normas que determinam o que é bem e o que é mal. Por isso a justiça, enquanto consciência de si e construção de um gosto, enquanto *amor fati* e aceitação do Eterno Retorno não pode existir no cristianismo. Segundo Nietzsche, aliás, forma alguma de justiça pode existir no cristianismo, uma vez que é uma doutrina de negação, negação de tudo o que é forte e nobre, e do mundo mesmo, e a justiça é afirmação, criação, do mundo enquanto beleza e caos.

Eis o homem

Em *Ecce Homo*, a proposta filosófica de Nietzsche se transforma em carne e sangue. Tratando da própria vida e da própria obra, o alemão procura demonstrar o processo de transformação do camelo na criança, como trabalhado em seu *Zarathustra*. Nietzsche lida com os valores que carregara enquanto criança, baseados na superproteção materna e nas lições protestantes do pai pastor, e com o abandono raivoso desses mesmos valores.

Assim como *O Anticristo*, *Ecce Homo* é um livro contra os valores do que Nietzsche chamava de “moralina cristã”. Mas aqui o ataque se dá com Nietzsche se elegendo como o exemplo de vida afirmativa, que vingou apesar das tentativas cristãs de contaminá-la com decadência e ressentimento.

Há um esforço até certo ponto consciente de evitar tudo que pareça próprio dos valores e da moralidade cristã. A ausência de humildade que marca o livro, constantemente lembrada

¹ Tolice

pelos críticos da época, é um exemplo disso. Nietzsche percorre sua relação com pessoas que um dia admirara e que, ao cabo, revelaram-se como trãsfugas e decadentes. Wagner e Schopenhauer, por exemplo.

Percebe-se também uma tentativa de, através da abertura para valores afirmativos e do *amor fati*, superar definitivamente o niilismo como expressão da decadência. A justiça surge como parte das técnicas de si para a construção de uma vida bela e afirmativa.

Conclusão ou como terminar o que não tem fim

Nietzsche é um filósofo desafiador. A rispidez de muitas de suas passagens, a beleza de seus escritos, bem como as questões que levanta fizeram dele, juntamente a **FREGE**, o único representante da modernidade tardia dentro da filosofia que ainda é estudado com seriedade. **HEIDEGGER**, **FOUCAULT**, **DELEUZE**, **A ESCOLA DE FRANKFURT**, **DERRIDA**, e mais uma série de pensadores, tornaram o século XX indiscutivelmente um século nietzscheano. O filósofo que via a si mesmo como dinamite e martelo nunca teve no direito um tratamento adequado, talvez por esse se arvorar um saber extremamente sistemático e científico, coisa que o pensador de Röcken abominava como fruto do medo. A obra de **KELSEN** seria vista por Nietzsche como uma tentativa de dar uma lógica à esfera normativa do mundo que não lhe é própria, seria vista como fruto do medo e seu autor como um decadente. Talvez por isso tanta resistência em aceitar que Nietzsche tenha algo a oferecer para o pensar do direito e da justiça, o questionar constante dos dogmas e verdades prontas que os compõem até o presente não é, ainda, exercício ordinário dos juristas.

A busca por segurança e proteção que caracteriza o moderno Estado de Direito também é um impecilho, pois concebe as estruturas do saber jurídico como escudos imutáveis e inafastáveis contra o poder do Estado e da exploração de poucos por muitos. Em verdade perpetuam o *status quo* e suplantam a consciência da transitoriedade. Por isso **HEIDEGGER** afirma ser a justiça um dos eixos centrais da obra nietzscheana, uma vez que o questionamento da verdade que o mesmo empreende lança por terra todas as certezas prontas sobre o *status quo*, o direito e a justiça, todas categorias presas ao conceito de verdade, pelo menos desde **SÓCRATES**. No lugar desse racionalismo, Nietzsche pretende incutir o confronto, o conflito, o caos, o gosto, a estética e o estilo, como formas de afirmação e justificação, do justo e do não justo. No ditirambo dionisíaco que Nietzsche conduz como um

Corifeu, o mundo é visto como um monstro de energia, de extravagância e força, e somente uma justiça como por ele concebida, pode honrar e servir a essa verdade: uma justiça trágica.

BIBLIOGRAFIA

HABERMAS, Jürgen, *El discurso filosófico de la modernidad*, versión castellana de M. Jiménez Redondo, Taurus, 1989

HEIDEGGER, Martin, *La frase de Nietzsche “Dios há muerto”*, Traducción de Helena Cortés y Arturo Leyte en HEIDEGGER, M., Caminos de bosque, Madrid, 1996, pp. 190-240.

NIETZSCHE, Friedrich, *O Anticristo*, Martin Claret, São Paulo, SP: 2004.

NIETZSCHE, Friedrich, *Ecce Homo*, Editora Escala, São Paulo, SP:2006.

NIETZSCHE, Friedrich, *O Crepúsculo dos Ídolos*, Editora Escala, São Paulo, SP: 2005.

NIETZSCHE, Friedrich, *A Visão Dionisíaca do Mundo*, Martins Fontes, São Paulo, SP: 2005.

NIETZSCHE, Friedrich, *Introdução à Tragédia de Sófocles*, Jorge Zahar Editores, Rio de Janeiro, RJ: 2006.

NIETZSCHE, Friedrich, *Acerca da Verdade e da Mentira*, Editora Rideel, São Paulo, SP: 2005.

NIETZSCHE, Friedrich, *A Gaia Ciência*, Editora Martin Claret, São Paulo, SP: 2004.

NIETZSCHE, Friedrich, *Aurora*, Editora Escala, São Paulo, SP: 2007.

NIETZSCHE, Friedrich, *Segunda Consideração Intempestiva: da utilidade e desvantagem da história para a vida*, Relume Dumará, Rio de Janeiro, RJ: 2003.

NIETZSCHE, Friedrich, *O Nascimento da Tragédia ou Helenismo e Pessimismo*, Companhia das Letras, São Paulo, SP: 2003.

NIETZSCHE, Friedrich, *Genealogia da Moral, uma polêmica*, Companhia das Letras, São Paulo, SP: 2001

NIETZSCHE, Friedrich, *Para Além do Bem e do Mal, prelúdio para uma filosofia do futuro*, Editora Martin Claret, São Paulo, SP: 2002.

NIETZSCHE, Friedrich, *Assim Falou Zaratustra, um livro para todos e para ninguém*, Martin Claret, São Paulo, SP: 2003.

NIETZSCHE, Friedrich, *Human, All Too Human, A book for free spirits*, Helen Zimmern Published, USA: 1981.

NIETZSCHE, Friedrich, *Cinco Prefácios Para Cinco Livros Não Escritos*, Editora 7 Letras, Lisboa: 1975.

MARCUSE, Hebert, *De Eros y Civilización*, traducción de Juan Garcia Pontes, Buenos Aires: 1985.

MELO, Eduardo Rezende, *Nietzsche e a Justiça*, Editora Perspectiva, São Paulo, SP: 2004.

MORRISON, Wayne, *Filosofia do Direito, dos gregos ao pós-modernismo*, Martins Fontes, São Paulo, SP: 2006.

SUPIOT, Alain, *Homo Juridicus, Ensaio sobre a função antropológica do direito*, Martins Fontes, São Paulo, SP: 2007.

TUCHMAN, Barbara, *A Torre do Orgulho*, Paz e Terra, Rio de Janeiro, RJ: 1990.

TRIBUNAL DE CONTAS

Uma breve introdução

Ariadne Guimarães Vieira¹
Ricardo Augusto de Araújo Teixeira²

RESUMO: O presente artigo visa fazer uma breve reconstrução histórica do Tribunal de Contas enquanto instituição essencial à regularidade dos gastos públicos. Foi feita uma reconstrução do surgimento de tais instituições nos países pioneiros e, posteriormente, apresentada a evolução histórico-institucional no Brasil. Ao longo da exposição há questionamentos quanto aos rumos que as cortes de contas têm tomado em nosso país, vez que é perceptível o desvirtuamento em prol de negociações políticas.

Palavras-chave: Tribunal de Contas; Controle; Administração Pública.

TRIBUNAL DE CONTAS

A brief introduction

ABSTRACT: The present article aims to produce a brief historical review of the Tribunal de Contas as an institution that is essential to the regularity of public expenses. A reconstruction from its foundations in the pioneers countries was done and, afterwards, presented its historical and institutional evolution in Brazil. Throughout the exposition there are debates about which ways the accountability courts are taking within our country, as it is noticeable that they are being used in political negotiations.

Key-words: Tribunal de Contas; Control; Public Administration

1. Introdução

A ordem constitucional vigente teve profunda preocupação em estabelecer mecanismos de controle da atuação do Estado. Há inúmeros institutos e instituições que visam consolidar a ideia de *checks and balances* tão presente no constitucionalismo,

1 Graduada em Direito pela UNIPAC Itabirito.

2 Mestre e Doutor em Direito Público pela PUC Minas. Professor Adjunto da Universidade Federal de Lavras – UFLA.

decorrente, de forma notável, do constitucionalismo norte-americano.

Uma das instituições de maior potencial é o tribunal de contas, que, embora não sejam exatamente novidades, passaram a ter feição diferenciada. No sistema constitucional atual os tribunais de contas são órgão auxiliares do Poder Legislativo, e existem em âmbito nacional e estadual, ressalvada a existência das cortes de conta municipais já existentes antes de cinco de outubro de 1988.

De forma simples, a função dos tribunais de contas, como o nome sugere, é julgar as contas dos administradores públicos brasileiros, fazendo um controle primário e viabilizando o controle efetivo que pode e deve ser realizado pelo Legislativo sobre o Executivo.

Não obstante, é mais um exemplo de boa ideia cuja concretização deixa a desejar. É perceptível um aparelhamento dos tribunais de contas existentes, que vêm sendo utilizados como moeda de troca para acomodações políticas, de forma que, apesar de seus membros terem as mesmas garantias dos ministros do STJ, sua atuação fiscalizadora fica sensivelmente prejudicada.

O objetivo deste ensaio é traçar um panorama histórico da instituição, e parte do pressuposto de que é preciso saber a origem das instituições a fim de conhecê-las o suficiente para fazer propostas de melhoria.

Trata-se, fundamentalmente, de trabalho desenvolvido como parte de um trabalho de conclusão de curso da UNIPAC Itabirito e que foi, posteriormente, revisto e modificado a fim de tornar-se adequado ao específico objetivo de estudar o desenvolvimento histórico das cortes de contas no Brasil.

Apesar do foco no desenvolvido em território nacional, há, quando necessário, referências externas com o intuito de referenciar as fontes de ideias da instituição sob estudo.

Apesar de carregar o nome de tribunal, o Tribunal de Contas é um órgão administrativo, com atribuição para julgar as contas de administradores públicos e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos federais, abrangendo também as contas de qualquer pessoa que contribuir para causa, perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário. Tais competências estão prevista no art. 71 da Constituição Federal.

O Tribunal de Contas da União é composto por nove ministros, sendo seis deles indicados pelo Congresso Nacional, um pelo presidente da República e dois, escolhidos entre auditores e membros do Ministério Público que funciona junto ao Tribunal de Contas, este ainda deve ter presença confirmada nas sessões do Plenário e das Câmaras.

Aos tribunais de contas são conferidas funções fiscalizadora, consultiva, judicante, sancionadora, corretiva, normativa e de ouvidoria. A título de exemplo, cabe a ele fiscalizar projetos de obras públicas ou fiscalizar a concessão de aposentadorias em algumas situações.

2. O Surgimento Histórico dos Tribunais de Contas

O surgimento dos Tribunais de Contas nos remete a idéia de uma criação moderna, já que estes têm a finalidade de controlar as finanças públicas e gerenciá-las, mas os precedentes históricos universais nos revelam que as primeiras manifestações desse controle e fiscalização se deram em épocas remotas, de três mil anos antes de Cristo, conforme relata Bernardo Rocha Siqueira, p.145:

As primeiras manifestações desse controle e fiscalização deram-se por volta de três mil anos antes de Cristo, conforme registro nos papiros referentes ao Faraó Menés I do Egito, no Código Indiano de Manu, no Eclesiastes do Rei Salomão e nos escritos romanos de Cícero e Plínio. Alguns autores, todavia, alegam que aquelas primeiras manifestações ocorreram na legislação romana, com os *Proeffecti Aerarii* e, em particular, nos *Tabularii* e *Numerarii*. (SIQUEIRA, p.145).

Entretanto há controvérsias quanto a primeira origem deste surgimento quando o Sr Ruben Machado da Rosa, ex ministro Presidente do Tribunal de Contas embasando no historiador Robert Cohen, afirma que encontrou-se na história grega há mais de dois mil anos atrás, um modelo que se aproxima ao Tribunal de Contas da atualidade. Em que eram eleitos dez tesoureiros, que deveriam justificar os atos de gestão, além de prestar contas do dinheiro público recebido, que estavam sujeitas à aprovação pela assembleia grega.

Naquele modelo de tribunal, anualmente, eram eleitos dez tesoureiros – os *hellenotamiai* – da deusa Atenas, perante os quais todos quantos exerciam parcela da administração deveriam não só justificar os atos de sua gestão, bem como prestar contas do dinheiro público recebido. Ademais, as contas públicas, na Grécia, estavam sujeitas à aprovação pela assembleia grega, as quais eram

gravadas em pedra, para permitir um exame perene dos cidadãos. Salienta-se que no Museu Britânico, em Londres, encontra-se, bem conservado, um daqueles exemplares. (SIQUEIRA, p.145).

No reinado de Luís IX, havia um órgão com características semelhantes a um Tribunal de Contas denominado *Chambre de Comptes*, que dotada de poderes que se estendia por todo complexo administrativo do Estado, sentenciou a morte de diversos fraudadores do Tesouro do Rei, mandando cumprir as sentenças no pátio do prédio onde funcionava.

A partir do século XII e por todo o período medieval, na Península Ibérica, surgiram as assembleias políticas de nobres, podendo citar a Corte de Léon em 1188, eram as chamadas de Cortes que desempenhavam a função de controladores das finanças dos reinos ibéricos.

Composto pelos senhores feudais, denominados *barons of Exchequer*, que separavam as operações de contabilidade daquelas referentes ao administrativo judiciário, surgiu na Inglaterra antes mesmo da Carta Magna de 1215, o Tribunal de Justiça Financeiro, *Exchequer* que equivaleria aos Tribunais de Contas da atualidade.

Já em Portugal somente houve autonomia administrativa com o Regimento dos Contos de 1419.

Com a decadência das imposições dos senhores feudais, coube aos reis assumirem de maneira absoluta o exercício do controle financeiro dos seus Estados ou Reinos.

A Criação da Câmara de Contas no Império Austríaco se deu em 1661, havendo uma ampliação de suas atribuições pelo Imperador José II em 1781, e em 1805, o Imperador Francisco II estabeleceu a Direção-Geral de Contas.

Na Prússia, começou-se apenas com uma simples revisão das contas dos administradores denominada Câmara Superior de Contas, criada por Frederico Guilherme em 1714, suas atribuições se expandiram, e em 1823 foi lhe concedida autonomia e confiada a fiscalização geral das contas do Estado. Nos anos de 1872 e 1874, a referida Câmara passou a denominar-se Corte de Contas do Tribunal da Alemanha, a qual compreendia um Tribunal de Finanças Judicante.

Já a Corte de Contas da Romênia, criada em 1864, adaptou-se à legislação francesa de Napoleão.

O Tribunal Maior de Contas, em Buenos Aires, que abrange a jurisdição sobre as

províncias do Rio Prata, Paraguai e Tucuman, foi instituído no ano de 1767 pelo Rei da Espanha Carlos III.

Todo este monopólio absolutista monarca em torno do controle de contas e finanças públicas se extinguiu com a Revolução Francesa em 1789, suprimindo a existência da Câmara de Contas, transferindo suas atribuições à Assembleia Constituinte. E foi também na França, no início do século XIX que foi criado um Tribunal de Contas que tem servido de inspiração e modelo para grande número de países na Europa e América na criação de órgãos com atribuições semelhantes que exercem a função de controle jurídico nas contas públicas.

Toda essa evolução dos Tribunais de Contas e principalmente a estrutura adotada em cada país, teve a contribuição fundada basicamente em dois fatos: o desenvolvimento da vida em sociedade e da presença cada vez mais marcante do Estado intervindo diretamente como elemento arrecadador e distribuidor de recursos públicos, sob as formas de impostos ou de serviços sociais.

Outro ponto fundamental foi uma maior liberdade e a consciência social crítica que dominou a sociedade contribuindo para a instituição dos regimes democráticos de direito, através do qual os cidadãos contribuintes, pagadores de impostos, mostraram-se cada vez mais interessados em acompanhar e fiscalizar os atos de seus dirigentes, e principalmente, certificarem a destinação e aplicação do que era arrecadado pelos chefes de Estado.

A partir desta consciência crítica social, viu-se diante da limitação do poder do rei, na tentativa de controlar sua arrecadação e gastos, além da proibição da criação de novos impostos sem a consulta popular que passou a ser representada pelo Parlamento, que inicialmente ficou responsável pela fiscalização da boa aplicação dos recursos públicos pelos soberanos que somente era atingida após o cumprimento fiel de suas respectivas leis orçamentárias pelos reis.

Entretanto, diante da complexidade de tal fiscalização deparou-se com a necessidade de um tratamento especializado, da criação de um órgão técnico que garantisse uma maior segurança no controle e julgamento das finanças e despesas públicas administradas pelos chefes de Estado.

Foram criados, portanto, os chamados Tribunais de Contas e controladorias,

obedecendo a estrutura de cada país, destacando principalmente a contribuição recíproca entre os parlamentos e os órgãos de controladoria das contas públicas, representantes da sociedade na fiscalização dos atos de seus governantes.

Neste momento de transição entre a tirania dos reinos para os Estados Democráticos de Direito, deparou-se com o conflito entre os reis e os parlamentos para a consecução do controle e fiscalização das finanças e contas públicas, mas diante da liberdade de expressão e senso crítico conquistados com a Revolução Francesa, não nos resta dúvidas que prevaleceram os Parlamentos.

3. Contexto histórico do Tribunal de Contas da União

A Era Moderna carrega consigo os resquícios dos ideais conquistados pela Revolução Francesa. O crescimento das repúblicas e das democracias liberais tiveram o seu nascimento durante a revolução. Com efeito, na Revolução de 1789, um dos valores adotados era a premissa de que todas as pessoas têm o direito de conhecer a respeito dos fatos da administração pública e exigir a prestação de contas de seus administradores.

Na Declaração de 1789, presenciou-se pela primeira vez na história, o controle da administração pública financeira e tributária como direito político universal tanto na determinação da contribuição pública quanto como a cobrança, fiscalização da arrecadação e exigência da prestação de contas dos administradores.

O valor financeiro estendeu-se a etapa última, que é a prestação de contas, indispensável para atividade financeira estatal.

No sistema brasileiro atual, este controle é atribuído ao Poder Legislativo que exerce este controle externo com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual lhe é incumbido o julgamento político das prestações de contas do Chefe do Poder Executivo.

O surgimento do Tribunal de Contas pode ser considerado como uma evolução social ao atentar-se para o início da preocupação da população com o destino e aplicação do dinheiro público, a justificativa da inserção de novos impostos e principalmente a prestação de contas e distinção das finanças do Estado das finanças do Rei.

Pode se considerar a partir daí a necessidade de se priorizar os interesses e necessidades do povo, marcando desde então o surgimento do Estado Democrático, como bem explicita Maranhão (1973):

É o Tribunal de Contas um órgão de maior relevância para a administração e o melhor desempenho do sistema democrático.

As origens do regime, vamos encontrá-las, sem dúvida, na luta do povo para distinguir as finanças do Estado das finanças do Rei.

Essa causa financeira – e a luta que provocou – veio, com o tempo a transferir a soberania nacional do absolutismo dos monarcas para a vontade do povo.

Seus marcos iniciais, podemos defrontá-los na antiga Magna Carta Inglesa, na “*Petition of Rights*” e “*Bill of Rights*”. O princípio defendido nessas oportunidades era o da proibição de novos impostos a serem criados pelo monarca sem audiência e consentimento do povo, ou, ao menos de início, dos barões feudais (...)

(...) O fundamento, pois, do controle parlamentar das finanças consiste numa manifestação da soberania popular expressa através dos poderes de fiscalização e controle de sua representação legislativa.

O controle orçamentário e financeiro, direto ou indireto, interno, ou externo, de caráter administrativo, jurisdicional ou parlamentar, qualquer que seja a forma que ele revista, é, sempre, originariamente de origem política (MARANHÃO, 1973, p.62).

Deparando-se com a impossibilidade da intervenção do Poder Legislativo nas atividades administrativas, viu-se a necessidade da criação de um órgão independente que justificasse o destino dado aos tributos arrecadados pela Administração Pública. Segundo Faria (s/d *apud* MARANHÃO, 1973, p.62), em alguns países como Estados Unidos e Inglaterra, verifica-se o controle jurisdicional e político nos órgãos legislativos, em outros, porém, este controle constitui-se em órgão próprio importante auxiliar do Legislativo.

Associar o Tribunal de Contas ao Poder Legislativo gera controvérsias de opiniões quanto à sua importância e contribuição benéfica vinculados a tal órgão do Poder Público, tal posicionamento é manifestado por Mello (1970):

Confesso que não posso compreender juízes que somos com todas as garantias da vitaliciedade, da irredutibilidade e da inamovibilidade, emitindo votos, contra assinando sentenças, prolatando acórdãos e envergando talares vestes, mas ligados umbilicalmente ao Poder Legislativo, que é o Senhor das nossas decisões como instância recursal, conforme determina a Constituição. Basta citar como exemplo as contas do chefe do Executivo, onde o Tribunal emite apenas um parecer que pode pura e simplesmente, por questões políticas de momento, ser recusado pelo Poder Legislativo. Este procedimento refere-se a três pessoas jurídicas do direito público interno: a União, os Estados e, agora, os Municípios (MELLO, 1970, p.56).

E Mello (1970) ainda apresenta o modelo ideal de atuação do Tribunal de Contas:

O certo, o curial, ainda que novidade nossa fosse, seria o Tribunal julgar e, ao depois enviar o seu julgamento perfeito, acabado e definitivo, às assembleias do povo para que cumprissem aquilo que é ínsito ao Poder Legislativo, a apuração e julgamento dos crimes de responsabilidade, ou seja, o **impeachment**. Esta ideia é mais verdadeira para aqueles países que organizam seus processos de fiscalização em colegiados, em Côrtes, como é o caso do Brasil, da Bélgica, da França, da Itália e da Alemanha. Não diria o mesmo, e quem sabe não emitiria as mesmas razões para os países que mantêm um sistema diferente, como é o caso dos Estados Unidos, da Inglaterra e de Israel, que se apegam à figura do **Controlador General**, único responsável pela fiscalização da execução orçamentária (MELLO, 1970, p. 56-57). (Grifos do autor).

A partir da Constituição de 1988, a instituição Tribunal de Contas consolidou-se através do importante papel de proteção ao patrimônio público, que consiste na fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dos entes federativos da Administração Pública Direta e Indireta, que abrange também as empresas públicas e sociedades de economia mista.

O processo de fiscalização consiste na realização de auditorias e inspeções em entidades e órgãos da Administração Pública, procedimentos licitatórios, podendo expedir medidas cautelares a fim de evitar futura lesão ao erário e garantir o cumprimento de suas decisões.

Antes de adentrar nas atribuições e controle fiscalizatório realizados pelo Tribunal de Contas, faz-se pertinente conhecer o seu surgimento em detrimento da necessidade de verificar a legalidade das contas, receitas e despesas antes de apresentá-las ao Congresso Nacional.

A importância do Tribunal de Contas vem sendo e foi reconhecida desde longa data nos países civilizados, a destinação e prestação de contas das despesas públicas era uma preocupação que permeava nos governos como cita Maranhão (1973):

Na França, desde 1256, os éditos de Luís IX fazem menção de uma instituição chamada *chambre de comptes*; que na Inglaterra, desde o tempo dos reis normandos, existiu um Tribunal de Justiça em matéria de finanças chamado *Echiquier*, composto por um certo número de barões feudais (**barons of Echiquier**); que, na Prússia, desde 1824, se organizou um Tribunal semelhante, que foi modificado em 1872, para se reorganizar em 1876, com o título de Tribunal de Contas do Império da Alemanha, e que, na Itália, desde 1807, existiu a Régia Corte de Conti, organismo que sucedera a outros e que veio, em 1849, a ser modelado pelo da Bélgica (MARANHÃO, 1973, p.60).Grifos do autor.

No Brasil, antes do surgimento do Tribunal de Contas, já existiam órgãos, instituições com a finalidade de controlar as finanças públicas, mesmo antes de se tornar república.

Segundo Melo (2012), tal controle era feito de início por Portugal, em 1680, quando foram criadas as Juntas das Fazendas das Capitânicas e a Junta da Fazenda do Rio de Janeiro. Mas em 1808, Dom João VI instalou o Erário Régio e criou o Conselho da Fazenda que desempenhava como principal função o acompanhamento da execução das despesas públicas que mais tarde na Constituição de 1824, transformou-se em Tesouro da Fazenda.

A iniciativa da criação da Corte de Contas se deu em 1826, através de um projeto de lei proposto no Senado pelo Visconde de Barbacena, Felisberto Caldeira Brandt e José Inácio Borges. Todavia, o primeiro Tribunal de Contas do país, que foi o Tribunal de Contas da União foi criado por iniciativa de Rui Barbosa em seu Governo Provisório, do qual era Ministro da Fazenda, por meio do Decreto-Lei 966-A de 7 de novembro de 1890, em que segue a sua justificativa para tal criação.

É o sistema de contabilidade orçamentária defeituoso nos seu mecanismo e fraco na sua execução. O Governo Provisório reconheceu a urgência inevitável de reorganizá-lo; e acredita haver lançado os fundamentos para essa reforma radical com a criação de um Tribunal de Contas, corpo de magistratura intermediária à administração e à legislatura, que, colocando em posição autônoma, com atribuição de revisão e julgamento, cercado de garantias contra quaisquer ameaças, possa exercer suas funções vitais ao organismo constitucional (...) (MEDAUAR, 1990, p.114).

A primeira Constituição que previu o Tribunal de Contas foi a de 1891, em seu art. 89, que lhe confere competência para liquidar e verificar a legalidade das contas da receita e da despesa antes de serem prestadas para o Congresso Nacional. A instalação deste mesmo Tribunal ocorreu no ano de 1893.

Na Constituição Federal de 1934 o Tribunal de Contas vem incluído no Capítulo denominado “Dos Órgãos de Cooperação nas Entidades Governamentais”, em que foram ampliadas suas competências, conferindo a este a função de proceder ao julgamento da execução orçamentária, do registro prévio das despesas e dos contratos, proceder ao julgamento das contas dos responsáveis por bens e dinheiro público e oferecer parecer prévio sobre as contas do Presidente da República:

A Constituição de 1934 considerou-o órgão de cooperação nas atividades governamentais. Ao antigo Tribunal de Contas – que a Constituição manteve (art.99: é mantido) – o texto de 1934 conferiu, assim, a mais, a atribuição de julgar as contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos em toda a sua extensão. O acréscimo, em vez de o tornar órgão cooperador do Poder Executivo, acentuou o elemento judiciário que já ele tinha, inclusive pelo modo de composição e garantias de seus membros (PONTES DE MIRANDA, 1970 *apud* CAVALCANTI, 2010).

Cabe ressaltar que desde a época remota do surgimento do Tribunal de Contas, havia a dificuldade de se definir a sua natureza jurídica, que não se encaixava na tripartição dos Três Poderes como expõe Miranda (1970 *apud* CAVALCANTI, 2010). “O Tribunal de Contas era um órgão *sui generis* do Poder Judiciário com função auxiliar do Poder Legislativo, não se encaixando na interpretação rígida da Teoria da Tripartição dos Poderes”.

Estas afirmações de Pontes de Miranda são comprovadas no parágrafo único do art. 100, que trazia os seguintes preceitos, segundo Medauar (1990, p.114) “O Tribunal de Contas terá, quanto à organização do seu Regimento Interno e da sua Secretaria, as mesmas atribuições dos tribunais judiciários”.

Já na Constituição de 1937, não ocorreram muitas mudanças, sendo mantidas todas as competências trazidas pela Constituição de 1934, exceto oferecer parecer prévio sobre as contas presidenciais. Destacando-se uma maior dedicação ao Poder Judiciário do Tribunal de Contas, (art. 114).

Na Constituição de 1967 e na Emenda nº1/69, ocorreram algumas mudanças em relação à competência do Tribunal de Contas, mencionando em ambos os textos a competência do Congresso Nacional ao controle externo com o auxílio do Tribunal de Contas como destaca Melo (2012):

Na Constituição de 1967, houve o enfraquecimento do Tribunal de Contas. Nesta Constituição, ocorreu a exclusão da atribuição de o Tribunal de Contas examinar e julgar previamente os atos e contratos geradores de despesas. Todavia, o Tribunal de Contas continuou a ter a função de apontar falhas e irregularidades que, se não sanadas, seriam objeto de representação ao Congresso Nacional. Retirou-se também a competência do Tribunal de Contas de julgar a legalidade das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, tendo o Tribunal competência apenas para a apreciação da legalidade para fins de registro (MELO, 2012, s/p.).

A atual Constituição de 1988 fortaleceu o Tribunal de Contas novamente, ampliando sua jurisdição e atribuições jurídicas, constituindo-o como órgão auxiliar do

Congresso Nacional, exercendo a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades de administração direta e indireta no que tange à legalidade, legitimidade, e fiscalização das aplicações e renúncias de receitas. Além é claro, de estender sua competência de fiscalizar pessoa física ou jurídica pública ou privada que arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.

Faz-se bastante pertinente também destacar a modificação do modo de escolha de seus integrantes:

O art.73, do Texto Constitucional, ao estabelecer que dois terços dos membros do TCU seriam indicados pelo Congresso Nacional, enquanto o Presidente da República indica apenas um terço, sendo que dois, alternadamente, entre membros do Ministério Público junto ao Tribunal e auditores, e apenas um membro em princípio estranho ao TCU, fortaleceu a Corte, em tese, assegurando-lhe maior autonomia em relação ao Executivo (CAVALCANTI, 2006 *apud* MELO, 2012).

Em tese, o Tribunal de Contas da União é composto por nove ministros, que são enquadrados nas mesmas prerrogativas, dos ministros do STJ. Já os Tribunais de Contas dos Estados seguem as disposições de sua própria constituição, respeitando o que rege a CRFB/88, este é composto por sete conselheiros sendo quatro escolhidos pela Assembleia Legislativa e três pelo Governador do Estado (súmula 653 STF).

É vedada a criação de Tribunais de Contas Municipais de acordo com a Constituição Federal, todavia, se estas já existirem poderão mantê-las, cabendo a fiscalização externa dos demais municípios que não o possui a Câmara auxiliada pelos Tribunais de Contas dos Estados e Ministério Público.

4. Conclusão

As cortes de contas são um mecanismo bastante sofisticado de controle da Administração Pública. Seu desenvolvimento histórico reflete a necessidade de desenvolver formas de impessoalizar os gastos públicos, desvinculando-os de pessoas e vinculando a instituições que podem ser submetidas ao controle de diversos órgãos públicos.

Além disso, têm uma estrutura voltada para a fiscalização de gastos públicos, sendo dotado de corpo técnico adequado e membros julgadores com garantias típicas do Poder Judiciário, a fim de garantir a independência das avaliações feitas.

Dada a especialização da função, perante os tribunais de contas atuam órgãos especializados do Ministério Público, que tem, inclusive, requisitos de entrada mais severos que o do Ministério Público que não atua perante tais tribunais.

Não obstante a estrutura constitucionalmente atribuída, os tribunais de contas vem sendo utilizados como moeda de troca política, o que é possibilitado pela nomeação de seus membros julgadores, tal como ocorre em alguns órgãos do Judiciário.

5. Referências

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Prêmio Serzedello Corrêa 1998: Monografias Vencedoras /Tribunal de Contas da União. — Brasília : TCU, Instituto Serzedello Corrêa, 1999. 281 p.

CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. Considerações sobre a inelegibilidade, face à rejeição de contas. O art. 1o, I, g, da Lei Complementar no 64/90, com a redação dada pela Lei Complementar no 135/10. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2630, 13 set. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17387>>, acesso em: 20 mai. 2014.

MARANHÃO, Jarbas, Origem, importância e competência do tribunal de contas. Revista Informativa Legislativa, v. 10, n. 37. Brasília, DF, 1973. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/182027>>, acesso em:

MEDAUAR, Odete. Controle da administração pública pelo tribunal de contas. Revista Informativa Legislativa, v. 27, n. 108. Brasília, DF, 1990. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/175815>> acesso em:

MELO, Verônica Vaz de. Tribunal de contas: história, principais características e importância na proteção do patrimônio público brasileiro. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 98, mar 2012.

MELLO, José Luiz de Anhaia, O papel dos tribunais de contas e o desenvolvimento

nacional. Revista Informativa Legislativa, v. 7, n. 28. Brasília, DF, 1970. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/180536>> acesso em: 09 fev. 2014.

INOBSERVÂNCIA DE REGRA TÉCNICA DE PROFISSÃO, ARTE OU OFÍCIO

Uma releitura sob a ótica dos princípios do *Ne bis in idem* e da Proporcionalidade

Rodrigo Ferreira¹

RESUMO: O presente paper intenta proceder a uma análise de uma das causas de aumento de pena previstas para o homicídio culposo, qual seja a inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício. O estudo se justifica em razão de existir querela doutrinária e jurisprudencial em torno do dispositivo, notadamente quanto ao mesmo configurar, ou não, ofensa aos princípios do *ne bis in idem* e da razoabilidade. A premissa inicial é de que, sendo a referida majorante circunstância caracterizadora da culpa, não poderia ser novamente utilizada como circunstância como elemento extra que, acrescido ao tipo básico, conduz a uma exasperação da sanção penal.

Palavras-chaves: homicídio culposo, majorante, razoabilidade

FRACASO DE LA REGLA TECNICA DE LA PROFESION, ARTE O OFICIO

Un relejendo bajo la óptica de los principios de *No bis in idem* y de la proporcionalidad

RESUMEN: Este artículo tiene la intención de llevar a cabo a análisis de una de las causas del aumento de la pena prevista para el homicidio, consistente en la violación de los reglamentos técnicos de una profesión, arte u oficio. El estudio se justifica porque hay controversia doctrinal y jurisprudencial en torno de esto dispositivo, especialmente en relación a esto establecer o no infracción a los principios de *non bis in idem* y razonabilidad. La premisa inicial es que, dicha circunstancia, siendo lo elemento a caracterizar la culpa no se podría utilizar de nuevo como una circunstancia, como elemento adicional que, además del tipo de base, conduce a la exasperación de la sanción criminal.

Palabras-clave: homicidio culposo, majorante, razoabilidade

1. Uma Breve Introdução

O direito penal pátrio não admite a chamada responsabilidade penal objetiva, prevendo a possibilidade de crimes somente nas modalidades dolosa e culposa. Rechaça-se, desta maneira, a possibilidade de alguém responder criminalmente por um fato que não tenha causado dolosa ou culposamente.

Ainda assim, ou seja, mesmo havendo a possibilidade de punição a título de culpa, esta somente será viável em caso de haver disposição legal expressa neste

¹ Especialista em direito público, Analista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, professor do Curso de Direito da Faculdade Presidente Antônio Carlos de Itabirito e da Faculdade Presidente Antônio Carlos de Mariana.

sentido, conforme apregoa o art. 18, parágrafo único, do digesto penal.

Podemos então concluir que a regra no direito penal pátrio é de que alguém somente poderá responder criminalmente por um resultado se o causar dolosamente, sendo excepcional a responsabilidade por resultado provocado de forma culposa.

Sobre o tema, assim leciona o Prof. Paulo Queiroz

Diferentemente dos dolosos, os crimes culposos só são puníveis quando há previsão legal expressa nesse sentido, pois do contrário a imputação do resultado somente poderá ocorrer na forma dolosa.

Mais adiante, prossegue ensinando o referido autor que

O crime culposo constitui, portanto, uma forma excepcional de crime, porque a punição de alguém a esse título só é admissível quando o tipo penal previr explicitamente essa possibilidade (assim, o homicídio ou a lesão corporal), motivo pelo qual não existe, à falta de previsão legal expressa, o crime de infanticídio ou aborto culposos. Portanto, jurídico-penalmente, o dolo é a regra; a culpa, a exceção.

Por isso, se alguém, v. g., provoca um dano em patrimônio alheio por ter agido de forma imprudente, negligente ou imperita, embora persista a obrigação de reparar o dano, não será responsabilizado criminalmente, vez que o legislador não previu a modalidade culposa para o delito de dano, tipificado no art. 163 do Código Penal. Neste caso, os danos materiais deverão ser objeto de ação própria, no Juízo Cível.

No caso do homicídio a solução seria diferente, haja vista a expressa previsão de punição do homicídio culposos. E é nesse particular que se encontra o cerne da discussão pretendida neste papel, haja vista que no caso do crime de homicídio, além de haver a previsão de modalidade culposa, o legislador ainda trouxe a possibilidade de circunstâncias que exasperam as penas deste delito, dentre as quais está a inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício.

Aqui existe querela doutrinária, uma vez que uma corrente entende que a referida qualificadora implica na positivação do malfadado *bis in idem*. Este entendimento deflui do fato de que esta causa de aumento de pena se confundiria com uma das modalidades de culpa, qual seja a imperícia, representando, portanto, uma dupla apenação do sujeito em razão da mesma circunstância. Ainda dentro desta corrente, questiona-se a existência de ofensa também ao princípio da razoabilidade, haja vista a punição mais severa àquele que possui habilitação para o exercício de uma profissão, arte ou ofício do que para o sujeito que, sem possuí-la, imiscui-se na função e provoca uma morte culposa.

Em sentido contrário, trazendo interpretação diversa com a intenção de salvar o dispositivo, uma segunda corrente defende que não há identidade entre os institutos. Defendem os adeptos desta última corrente que a imperícia se revela quando o profissional demonstra inaptidão técnica para o exercício da profissão, arte ou ofício, enquanto que a causa de aumento de pena estabelece um grau maior de culpa, aplicando-se aos casos daquele sujeito que, conhecendo a regra técnica a ser aplicada no caso concreto, deixa de observá-la, provocando dano a terceiros.

Então, uma das indagações a ser investigada neste trabalho é se a causa de aumento de pena do crime de homicídio culposo consistente na inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício implica em dupla apenação pela mesma circunstância, configurando *bis in idem*. E em uma segunda linha de raciocínio, indaga-se também se ela ofende o princípio da proporcionalidade, na medida em que impõe uma pena mais severa àquele que tinha aptidão técnica para a prática do ato do que àquele que o praticou sem que sequer tivesse aptidão para tanto, circunstância que parece denotar uma maior reprovabilidade.

Para responder a estas questões, será estudada a estrutura do tipo culposo, com ênfase na modalidade de culpa conhecida como imperícia, seguindo para uma análise de alguns dos princípios limitadores deste ramo do direito.

2. A Culpa no Direito Penal Brasileiro

Conforme salientado acima, no Brasil somente há que se falar em crimes dolosos ou culposos, afastada que está a responsabilidade penal objetiva.

O professor Luiz Regis Prado ensina que, *em sede histórica, a noção de culpa, ainda que quase sempre adstrita à matéria não penal, já tinha no Direito romano clássico o significado técnico de negligência ou imprudência, sob as formas de luxuria, ex lascivia (culpa consciente) e de negligentia, imperitia (culpa inconsciente)*. E prossegue o autor esclarecendo que *posteriormente, foi incorporada pelo Direito canônico e desenvolvida pelos praxistas italianos do Direito medieval como quase delictum, com três formas diferentes: culpa lata ou magna, leve e levíssima*².

O dolo ao qual nos referimos é o chamado dolo natural. Com o advento da teoria finalista da ação, que tem como o seu maior expoente Hans Welzel, o dolo e a culpa,

² PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro, vol. 1: parte geral, arts. 1º ao 120. 11 ed.– São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 415.

antes modalidades de culpabilidade, foram transferidos para o fato típico, integrando a conduta. Este dolo, por sua vez, veio com apenas dois elementos, um cognitivo e outro volitivo, traduzindo-se como a vontade consciente de praticar o fato descrito no tipo penal incriminador. Abrange também os meios executórios escolhidos. Não o integra, contudo, a consciência da ilicitude do fato.

A culpa, por outro lado, sendo o elemento normativo do tipo penal, haja vista que a sua verificação exige um juízo de valor sobre o fato ocorrido no mundo real, revela-se quando um indivíduo pratica uma conduta voluntária, mas acaba produzindo um resultado involuntário (não desejado e nem aceito), mas que, ainda que não tenha sido previsto, era objetivamente previsível.

Para a sua configuração também existe um outro elemento, que é a quebra do dever objetivo de cuidado. Assim, podemos resumir os elementos do tipo culposos em i) conduta voluntária; ii) resultado involuntário; iii)nexo causal; iv) tipicidade; v) previsibilidade objetiva; vi) ausência de previsão (exceto na culpa consciente, onde o resultado é previsto, mas não aceito); e, vii) quebra do dever objetivo de cuidado.

3. O tipo culposos

Neste momento, é preciso conhecer adequadamente a estrutura do tipo culposos.

A conduta culposa é aquela que, conforme salientado, sendo voluntária e, geralmente, dirigida a um fim lícito, provoca um resultado ilícito indesejado, não previsto, mas previsível, e, em algumas situações, até mesmo previsto, mas não aceito, que podia, com a observância do dever objetivo de cuidado, ser evitado.

Os professores BONFIM e CAPEZ definem culpa como “o elemento normativo da conduta, sendo assim considerada porque sua existência depende de um juízo de valor, consistente na comparação entre a conduta praticada pelo agente no caso concreto e a conduta que um homem de diligência normal teria naquela mesma situação”³.

O legislador, para definir os tipos culposos, viu-se compelido a utilizar uma fórmula genérica, um tipo aberto, cujo conteúdo deverá ser revelado pela análise do caso concreto, fazendo incidir um juízo de valor. Para tanto, o parâmetro será a conduta de um homem de diligência mediana. Isso acontece pelo fato de que são incalculáveis as formas pelas quais pode se revelar uma conduta culposa, entendida como aquela na qual

³ BONFIM, Edilson Mougnot; CAPEZ, Fernando. Direito Penal: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 399.

se vislumbre uma quebra do dever objetivo de cuidado a todos imposto.

Valendo-nos uma vez mais das lições de BONFIM e CAPEZ, em passagem na qual explicam qual é o modelo de conduta a ser considerada como normal e, portanto, que deverá ser tomado como parâmetro de comparação para aferição da culpa, levando em consideração o comportamento do homem de diligência mediana, comungamos do seu entendimento no sentido de que

A conduta normal é aquela ditada pelo senso comum e está prevista na norma, que nada mais é do que o mandamento não escrito de uma conduta normal. Assim, se a conduta do agente afastar-se daquela prevista na norma (que é a normal), haverá a quebra do dever de cuidado e, conseqüentemente, a culpa.⁴

Uma outra nota característica do tipo culposo é o fato de que somente se configura com a ocorrência de um resultado naturalístico, uma modificação no mundo exterior. Nota-se que se tratam necessariamente de delitos materiais, como revela claramente a dicção legal do artigo 18 do Digesto Penal, onde o legislador definiu que diz-se o crime culposo quando o agente deu causa ao RESULTADO por imprudência, negligência ou imperícia.

Após essa breve introdução conceitual aos tipos culposos, passaremos a uma análise pormenorizada dos seus elementos, características e peculiaridades.

4. Elementos do tipo culposo

Conforme mencionado em passagem anterior, o tipo culposo exige, conforme o caso, seis ou sete elementos para sua configuração.

Nesse toar, deverá ocorrer uma conduta voluntária, que provoca um resultado involuntário, revelando-se a existência de um nexo de causalidade entre um e outro. Este resultado material deve ser típico e previsível, ou seja, deverá haver previsão legal expressa da forma culposa e o caso concreto deverá revelar que o causador deveria ter previsto o referido resultado. O resultado deverá ter sido produzido por imprudência, imperícia ou negligência. E, por fim, temos o requisito da ausência de previsão, presente somente nos casos da chamada culpa inconsciente.

Note que ao Direito Penal somente interessam as condutas humanas voluntárias, inclusive aquelas que revelam a culpa penal. Conforme é sabido, se não houver voluntariedade, não haverá sequer que se falar em conduta e o fato será atípico.

⁴ Op. Cit., p. 399.

Ocorre que nos tipos culposos a conduta, ação ou omissão, embora seja voluntária, em regra não é dirigida para a produção do resultado criminoso, mas sim, dirigida a um fim lícito, indiferente do ponto de vista criminal. O resultado ilegal, não desejado ou aceito, ocorre pela inobservância do dever objetivo de cuidado, a todos imposto, e, portanto, cuida-se de um resultado involuntário.

Neste sentido, BITENCOURT aduz que

O conteúdo estrutural do *tipo de injusto culposo* é diferente do *tipo de injusto doloso*: neste, é punida a conduta dirigida a um *fim ilícito*, enquanto no *injusto culposo* pune-se a *conduta mal dirigida*, normalmente destinada a um fim penalmente irrelevante, quase sempre lícito. O *núcleo do tipo de injusto* nos delitos culposos consiste na divergência entre a ação efetivamente praticada e a que devia realmente ter sido realizada, em virtude da observância do dever objetivo de cuidado.⁵

Conforme propalado linhas acima, para que se revele a culpa será necessário aferir-se a previsibilidade do resultado, haja vista que o Direito Penal não se ocupa de punir o imprevisível. Isso pelo fato de que nesta situação de imprevisibilidade não haveria como fazer incidir um juízo de reprovabilidade sobre a conduta do causador, ante a sua inevitabilidade voluntária.

Todavia, é preciso lembrar que estamos tratando de um juízo objetivo de previsibilidade. Nessa linha de raciocínio, a previsibilidade da conduta será aferida, lembre-se, com base na conduta do chamado homem médio.

Note que não haverá que se falar na verificação da possibilidade de previsão em relação a esta ou aquela pessoa, especificamente. Aqui, não interessa se a pessoa, em particular, era extremamente diligente e, por ter uma prudência acima da média, poderia ter previsto o resultado. A via inversa também é verdadeira, sendo que também aquela pessoa que tiver uma característica de ser bastante distraída não se livrará da responsabilidade por ter causado o resultado ao argumento de que, por ter uma diligência abaixo da média, não poderia tê-lo previsto.

Portanto, haverá previsibilidade objetiva se, no caso concreto, for possível concluir que qualquer pessoa de prudência mediana poderia ter previsto o resultado danoso. Neste caso, será possível a responsabilização penal do causador, haja vista que este juízo positivo quanto a possibilidade de previsão revela um verdadeiro dever de previsão, com alicerce na conduta de uma pessoa de diligência mediana.

Vejamos como se manifesta sobre o assunto o professor BITENCOURT

⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral – vol. 1. 17. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 798. – Versão e-book.

O resultado deve ser objetivamente previsível. O aferimento da ação típica deve obedecer às condições concretas, existentes no momento do fato e da necessidade objetiva, naquele instante, de proteger o bem jurídico.⁶

Ainda com base na cátedra do professor BITENCOURT, estamos com ele quando afirma que a previsibilidade, ou seja, a possibilidade de previsão, é um dado objetivo e, por isso, é forçoso concluir que o fato de o agente não prever o dano ou perigo de sua ação (ausência de previsibilidade subjetiva), quando este é objetivamente previsível, não afasta a culpabilidade do agente, pois a culpa reside exatamente nessa falta de prever o previsível.

Pois bem, neste momento, diante da importância do tema para o desenvolvimento do trabalho, inaugurar-se-á um novo tópico para tratar da chamada inobservância do dever objetivo de cuidado.

5. Inobservância do dever objetivo de cuidado

A inobservância deste dever objetivo de cuidado, a todos imposto, revela-se através de três modalidades diferentes de conduta, quais sejam a imprudência, a negligência e a imperícia.

A primeira modalidade, ou seja, a imprudência, é tratada pela doutrina como a culpa de quem age. Revela-se de forma concomitante com a prática do ato. Cuida-se de comportamento positivo, uma ação, na qual o agente deixa de observar as cautelas necessárias durante o seu agir, demonstrando precipitação e insensatez.

Conforme leciona BITENCOURT, nestes casos “o agente sabe que está sendo imprudente, tem consciência de que está agindo arriscadamente, mas, por acreditar, convictamente, que não produzirá o resultado, avalia mal, e age, e o resultado não querido se concretiza”⁷.

A segunda modalidade de culpa é a negligência. Ao contrário da primeira, que é a culpa de quem age, a negligência é a chamada culpa por omissão, haja vista que ela se caracteriza nas situações nas quais o sujeito, antes de começar a agir, deixa de observar os cuidados necessários.

Sobre o tema, BITENCOURT ensina que

a negligência não é um fato psicológico, mas sim um *juízo de apreciação*,

⁶ Op. cit. p. 809.

⁷ Op. Cit. p. 816.

exclusivamente: a comprovação que se faz de que o agente tinha possibilidade de prever as consequências de sua ação (previsibilidade objetiva). Enfim, o autor de um crime cometido por negligência não pensa na possibilidade do resultado; este fica fora do seu pensamento, adequando-se melhor a negligência à denominada *culpa inconsciente*, isto é, culpa sem previsão.⁸

Então, é fácil perceber que aqui a culpa acontece antes de o sujeito começar o agir, pois o agente sequer cogita a possibilidade de produzir o resultado danoso, deixando de se acautelar para evitá-lo, haja vista nem ter pensado na sua possibilidade, embora, nas circunstâncias, isso fosse exigível.

Por fim, a ultima modalidade legal da culpa é a imperícia. Esta é conhecida na doutrina como a culpa profissional. Paulo Queiroz a define como sendo “uma forma especial de imprudência ou negligência: é a inobservância, por despreparo prático ou insuficiência de conhecimentos técnicos, das cautelas específicas no exercício de uma arte, ofício ou profissão”⁹.

Esta modalidade ocupa-se especificamente das condutas praticadas por profissionais ou técnicos que demonstram falta de preparo para a execução de suas tarefas, causando resultados danosos ilegais. Desta forma, percebe-se que a imperícia pressupõe a qualificação ou habilitação legal para o exercício da profissão, arte ou ofício.

Luiz Regis Prado, ao tratar do assunto, exemplifica a imperícia com o caso do motorista profissional que não tem a habilidade necessária para conduzir o veículo, recordando também do caso de um médico que não saiba praticar uma intervenção cirúrgica ou prescrever um medicamento ao paciente.¹⁰

A doutrina é unânime em admitir que a imperícia pode ocorrer fora da arte ou profissão, mas, neste caso, sob o ponto de vista jurídico, será tratada como imprudência ou negligência.

BITENCOURT, nesta mesma linha de raciocínio, adverte que a “inabilidade para o desempenho de determinada atividade fora do campo profissional ou técnico tem sido considerada, pela jurisprudência brasileira, na modalidade de culpa imprudente ou negligente, conforme o caso, mas não como imperícia”¹¹.

Esclarecidas as modalidades de culpa, é chegado o momento de nos ocuparmos especificamente do homicídio culposo e sua majorante, qual seja a da inobservância de

⁸ Op. Cit. p. 816/817.

⁹ QUEIROZ, Paulo. Direito Penal: parte geral. 4. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 225.

¹⁰ Op. Cit., p. 420.

¹¹ Op. Cit., p. 817/818.

regra técnica de profissão, arte ou ofício, oportunidade em que pretendemos demonstrar que esta causa especial de aumento de pena, à evidência, configura ofensa aos Princípios do *non bis in idem* e da proporcionalidade.

6. O homicídio culposo majorado

Pune-se no ordenamento brasileiro aquele que, por inobservância do dever objetivo de cuidado, por praticar conduta imprudente, negligente ou com imperícia, causar a morte de outrem.

Outrossim, conforme mencionado anteriormente, a morte provocada de forma culposa mereceu especial atenção por parte do legislador, o qual previu que se o evento fatal houver sido causado por profissional que tenha deixado de observar regra técnica de profissão, arte ou ofício, haverá uma exasperação da sua pena.

O motivo pelo qual o legislador se ocupou especificamente desta modalidade de crime culposo é o fato de que existem inúmeras normas técnicas, relacionadas com o exercício das mais variadas profissões, que estabelecem padrões de atuação, exigindo a observância de certas cautelas, justamente para evitar a provocação de danos a terceiros.

Os professores André Estefam e Victor Eduardo Rios Gonçalves, referindo-se às normas técnicas, lembram que “somente no Código de Obras, por exemplo, existem centenas delas para a construção civil. Outras inúmeras existem para motoristas, pessoas que operam máquinas, eletricitas, agricultores, médicos, dentistas, pilotos etc”¹². Por isso, o legislador reputou mais reprovável a conduta daquele que, sendo profissional, deixa de observar uma regra técnica própria do seu ofício e, desta forma, acaba provocando uma morte que poderia ter sido evitada caso tivesse agido de forma diferente, notadamente observando as normas de segurança próprias do exercício de seu mister.

Entretanto, a redação do dispositivo legal, ao estabelecer que a causa de aumento de pena incidirá no caso de a morte ser provocada por inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, aponta claramente para a dupla apenação da mesma circunstância, conforme veremos.

Então, vejamos em que consiste o princípio do *ne bis in idem*.

¹² ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Direito Penal Esquematizado: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 125. – Versão e-book.

7. Princípio do *Ne Bis In Idem*

Este princípio, corolário dos princípios constitucionais da legalidade e da proporcionalidade, implica em vedação à possibilidade de que um indivíduo possa ser processado, condenado e apenado mais de uma vez em decorrência de um mesmo fato, de uma mesma circunstância. A expressão, por si só, já indica que estamos nos ocupando daquilo que não deve ser repetido.

É por esse motivo que se alguém foi processado e julgado por um fato supostamente criminoso, tendo sido absolvido, não poderá ser novamente processado pelo mesmo fato¹³. O mesmo raciocínio se aplica no caso de condenação; desta maneira, caso alguém tenha sido processado e condenado, desde que transitada em julgado a decisão, não há possibilidade de imposição de nova pena pelo mesmo fato, ainda que se apurem circunstâncias que, em tese, pudessem agravar a pena.

Neste sentido, ensinam André Estefam e Victor Eduardo Rios Gonçalves que

A vedação, que se funda em critério de equidade, no direito de liberdade e no devido processo legal, interessa tanto ao Direito Penal quanto ao Processo Penal. Uma vez imposta e executada a sanção, esgota-se a função da pena, de tal modo que a renovação do apenamento pelo mesmo ato constituiria punição gratuita e infundada, fazendo do Direito Penal instrumento de vingança, e não de Justiça¹⁴.

Nas palavras de Luiz Regis Prado, “o princípio do *ne bis in idem* ou *non bis in idem* constitui infranqueável limite ao poder punitivo do Estado. Através dele procura-se impedir mais de uma punição individual – compreendendo tanto a pena como a agravante – pelo mesmo fato (a dupla punição pelo mesmo fato)¹⁵.”

Investigando o alcance do referido princípio, embora já tenhamos explicitado que busca afastar desde a possibilidade de duplo processamento pelo mesmo fato até a dupla punição, não é demais atentar para o fato de que este raciocínio restritivo-limitador também aplica-se às circunstâncias que permeiam os tipos básicos, sendo também inaceitável que elas possam ser duplamente levadas em consideração para efeito de aplicação e/ou exasperação de sanções criminais.

Por fim, é preciso salientar o fato de que este princípio também tem como uma de suas funções marcantes servir de auxiliador no respeito ao princípio da razoabilidade,

¹³ É preciso lembrar que o Direito pátrio repele a revisão criminal *pro societate*, conforme se depreende do disposto nos artigos 621 e seguintes do Código de Processo Penal.

¹⁴ Op. Cit., p. 78.

¹⁵ Op. Cit., p. 184.

vedando o excesso e, conseqüentemente, a aplicação de uma punição que transborde os limites da reprovabilidade da conduta praticada. Então, servindo de auxílio no respeito ao princípio da proporcionalidade, aí conseguimos vislumbrar um viés constitucional no Princípio do *ne bis in idem*¹⁶.

Sendo assim, revela-se como inegável que o malfadado *bis in idem* ofende princípios de ordem constitucional, relacionados com alguns dos mais importantes direitos fundamentais do cidadão, devendo ser fortemente combatido.

Passemos agora a um breve estudo do princípio da proporcionalidade, haja vista a sua já explicitada íntima relação com a vedação de *bis in idem*.

8. Princípio da proporcionalidade, quantidade de pena e a majorante do homicídio culposo

Este princípio, conforme preleciona Ferrajoli¹⁷, encontra as suas raízes na antiguidade, contudo, somente no período histórico que ficou conhecido como período da ilustração, ou seja, no iluminismo, é que o mesmo ganhou visibilidade e conseguiu se impor, oportunidade em que, notadamente com a publicação do livro intitulado *Dos Delitos e Das Penas*, de autoria de Cesare Bonessana, conhecido como Marquês de Beccaria, apresentou-se um novo viés e uma nova forma de sentir e entender do Direito Penal, buscando-se, sobretudo, a sua humanização. Foi nesse período em que se passou a discutir os princípios da legalidade, humanidade, certeza, igualdade e a necessidade de penas proporcionalmente adequadas ao mal causado. Esta nova perspectiva, que influenciou e continua a influenciar o desenvolvimento do moderno direito penal, adveio da necessidade de combate àquela ideologia até então predominante, a qual implicava na imposição de penas desmedidas, excessivamente rigorosas e cruéis.

Nesse toar, sob uma perspectiva garantista do Direito Penal, o qual deve ser lido sempre sob uma ótica constitucional, é evidente a exigência de que o legislador e o aplicador do Direito não se divorciem da lógica que estabelece a necessidade de

¹⁶ A partir da decisão do Tribunal Constitucional Espanhol (STC n. 2/1981) no sentido de se deduzir o *ne bis in idem* do postulado da legalidade (art. 25.1, CE), a doutrina espanhola passa a questionar essa conclusão, tanto do ponto de vista de sua insuficiência quanto em relação aos critérios utilizados para tanto. De outra parte, erige-se ele como uma manifestação do princípio da tipicidade (corolário da legalidade), mas, especialmente, do princípio constitucional penal da proporcionalidade. É dizer: se essa limitação ao poder de punir estatal não fosse imposta, restaria prejudicado o ajuste da pena a qualquer medida ou critério de proporção. PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro, vol. 1: parte geral, arts. 1º ao 120. 11 ed.– São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 186.

¹⁷ FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razon: Teoría del garantismo penal. Madrid: Editorial Trotta, 1995. P. 398.

coerência entre o mal injusto, praticado pelo infrator, e o mal justo, imposto pelo Estado em resposta. Então, a indagação principal ao analisar este princípio dentro do direito penal é a seguinte: qual a quantidade de pena necessária e proporcional para cada caso?

É preciso lembrar que o princípio da proporcionalidade, hodiernamente já bastante conhecido e integrado ao arsenal jurídico constitucional brasileiro orienta desde o legislador até o aplicador do direito, exigindo do primeiro que estabeleça as sanções de forma equilibrada, sendo mais severas na conformidade da gravidade do ato ilegal praticado. Aplica-se também ao julgador, o qual deverá, analisando pormenorizadamente o caso concreto submetido ao seu exame, tomando como parâmetro o que dispõe a legislação, individualizar a pena para aquele indivíduo e caso, de forma a concretizar uma sanção que seja bastante a adequada para a punição, prevenção e, quiçá, para a ressocialização daquele infrator, em particular.

Luigi Ferrajoli ocupou-se do tema da proporcionalidade que necessariamente haverá de ser observada entre o mal causado pela infração e a pena cominada e/ou aplicada, enfrentando-o com propriedade em sua conhecida obra *Derecho y Razón*. Então, aduz que

El hecho de que entre pena y delito no exista ninguna relación natural no excluye que la primera deba ser adecuada al segundo en alguna medida. Al contrario, precisamente el carácter convencional y legal del nexo retributivo que liga la sanción al ilícito penal exige que la elección de la calidad y de la cantidad de una se realice por el legislador y por el juez en relación con la naturaleza y la gravedad del otro. El principio de proporcionalidad expresado en la antigua máxima *poena debet commensurari delicto* es en suma un corolario de los principios de legalidad y de retributividad, que tiene en éstos su fundamento lógico y axiológico¹⁸.

O mesmo autor, observando a dificuldade que deflui da ausência de critérios concretos e objetivos de ponderação para a aferição da referida proporcionalidade, adverte que o parâmetro serão critérios pragmáticos baseados em valorações ético-políticas ou de oportunidade.

Ferrajoli prossegue em suas considerações sobre o tema e conclui que, quanto à predeterminação legal da pena, ou seja, quanto aos seus limites mínimo e máximo cominados em abstrato, “se do ponto de vista externo dois delitos não são considerados da mesma gravidade ou um estima-se menos grave do que o outro, contraria o princípio de proporcionalidade que sejam castigados com a mesma pena ou, pior ainda, o

¹⁸ Op. Cit., p. 397/398.

primeiro com uma pena mais elevada do que a prevista para o segundo. Em todos os casos, o princípio de proporcionalidade equivale ao princípio de igualdade em matéria penal¹⁹.

Sendo assim, parece-nos que o legislador uma vez mais andou mal neste dispositivo que dispôs acerca da exasperação das penas do homicídio culposo no caso de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, haja vista que além de ter ofendido à vedação de *bis in idem*, também operou com ofensa ao princípio da proporcionalidade.

Ocorre que, ao contrário do que sustentam os defensores da causa de aumento de pena sob enfoque neste papel, a conduta daquele que, possuindo os conhecimentos e a habilitação técnica necessários para a prática do ato, por descuido ou desleixo, deixa de observá-los e, assim, causa dano a outrem, no caso específico, provocando resultado morte, não é merecedora de maior reprovabilidade do que a conduta daquele que provocou este resultado gravoso pelo fato de sequer possuir a habilitação técnica necessária.

Vejamos os seguintes exemplos. Em uma primeira situação, um médico especializado em cirurgias, por descuido, deixa de observar uma regra técnica própria da profissão e daquele tipo de intervenção, provocando, por conseguinte, a morte do paciente. Neste caso, conforme a dicção legal vigente, responderá não somente pelo homicídio culposo, em razão da flagrante imperícia, mas também incidirá a majorante, por não ter observado a regra técnica por ele conhecida. Em um segundo cenário, a hipótese leva em consideração também a conduta de um médico. Todavia, neste caso, cuida-se de médico não habilitado para a realização de procedimentos cirúrgicos mas que, mesmo assim, ou seja, mesmo não tendo a especialização necessária para a prática do ato, realiza cirurgia e, por não possuir os conhecimentos necessário, provoca a morte do paciente. Neste último caso, nos termos da legislação atual, o profissional da medicina responderá pelo homicídio culposo na sua forma simples.

Ora, a análise casuística acima revela flagrante desproporcionalidade de tratamento desses dois indivíduos.

Evidente que a conduta deste segundo médico merece maior reprovação, haja vista que ele se aventurou, praticando um procedimento médico de alta complexidade, qual seja uma intervenção cirúrgica, sem que tivesse a especialização profissional

¹⁹ Op. Cit., p. 323.

necessária. Esta circunstância, por óbvio, implica em flagrante imprudência, diante da sua imperícia manifesta para aquele tipo de procedimento, aumentando em grande proporção, aliás, transpondo a barreira da possibilidade, sempre mais lata, e chegando mesmo a um juízo de probabilidade, mais restrito, da ocorrência do resultado indesejado.

Desta forma, resta evidente a incoerência do dispositivo legal ao apenar de forma mais rigorosa aquele que possuía a habilitação necessária para o ato, mas que, por descuido, deu causa ao resultado, enquanto ao segundo que, sem o treinamento necessário, aventura-se de forma irresponsável, comina uma pena mais branda. Nesta perspectiva, sendo certa a ofensa ao constitucional princípio da razoabilidade, impõe-se concluir pela inaplicabilidade da referida causa de aumento de pena.

9. Da ocorrência de *bis in idem* no homicídio culposo majorado

Não bastasse tudo quanto foi dito até o momento, a demonstrar de forma inequívoca a ofensa ao princípio da proporcionalidade, passaremos a análise do caso sob o enfoque do princípio do *ne bis in idem*, também desrespeitado pelo mesmo dispositivo legal.

Em que pese o esforço doutrinário para operar uma diferenciação entre a imperícia, fórmula genérica da culpa, e a causa de aumento de pena do homicídio culposo consistente na inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, a redação do dispositivo que trouxe a previsão da referida majorante deixa claro que se trata de situação de *bis in idem*.

Reproduzindo o dispositivo legal em comento, veja que a lei dispõe que, no homicídio culposo, a pena é aumentada de um terço, **se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício**.

A doutrina, majoritariamente, dispensou um grande esforço hermenêutico para tentar salvar o dispositivo e afastar esta constatação de dupla apenação pela mesma circunstância. O argumento utilizado já há muito tempo, desde as lições do saudoso mestre Nelson Hungria, é o de que haveriam peculiaridades capazes de diferenciar a simples imperícia da causa de aumento de pena do homicídio culposo.

Defendem os adeptos desta posição que a culpa profissional pura e simples, ou seja, a imperícia, revela-se nos casos daquele profissional que demonstra falta de habilidade para o desempenho da arte, profissão ou ofício, enquanto a causa de aumento

se configura em situações nas quais o agente demonstra aptidão para desempenhá-las, porém, provoca a morte de alguém porque, por desleixo, por descaso, por desatenção, deixou de observar regra técnica inerente àquela função.

Todavia, esta argumentação não resiste a um olhar atento e criterioso. A lei foi clara ao afirmar que para a configuração da majorante a inobservância da regra técnica deve ter sido a causa da morte. Assim, se a desídia profissional em observar a regra de cautela se revelar como a causa da morte, resta claro que essa é a circunstância caracterizadora da própria culpa, não podendo ser uma vez mais levada em consideração para a finalidade de exasperar a pena do agente.

Lembremos que as majorantes têm a natureza jurídica de circunstâncias. Ao contrário das elementares do tipo legal incriminador, que são aqueles dados essenciais da figura típica, sendo que a sua ausência implica em uma atipicidade, absoluta ou relativa, conforme o caso, as majorantes, sendo circunstâncias acidentais, podem ou não ocorrer e, quando presentes, implicarão em um aumento ou diminuição da pena.

Todavia, observe que, sendo acidentais, as circunstâncias não compõem a figura delitiva na sua forma simples. Caso não estejam presentes no evento concreto, o fato continua sendo típico. Ao contrário, ou seja, fazendo-se presentes, terão como consequência uma alteração da pena, abrandando-a ou exasperando-a.

Logo, é fácil perceber que tais circunstâncias são dados acessórios que se agregam ao tipo simples, ou seja, são dados outros, extras, que se somam à descrição do tipo básico para modificar a sua pena.

Assim, no caso do homicídio doloso, que na forma simples se configura pelo simples fato de alguém provocar a morte de outrem, este poderá também ser praticado com emprego de veneno e esta circunstância acessória, agregada ao simples matar alguém, implicará na exasperação da pena do tipo básico, haja vista ser uma das circunstâncias que qualificam aquele delito. Entrementes, fácil perceber que se cuida de dado acessório, sendo que, na sua ausência, o simples matar alguém continua a configurar o crime de homicídio, todavia, na forma simples. É fácil de ver que o emprego de veneno é um dado a mais que, em determinadas situações, agrega-se ao tipo básico, não se confundindo com as suas elementares.

A diferença desta situação e daquela prevista na majorante da inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício é flagrante. Repito, a lei dispôs expressamente no dispositivo legal em comento que a causa de aumento de pena se configuraria quando a morte fosse resultado da inobservância da regra técnica. Logo, resta evidente

que se esta circunstância é a causa do evento fatal não pode ser, ao mesmo tempo, uma circunstância accidental e acessória. Pela redação do dispositivo legal é forçoso concluir que se retirássemos a inobservância da regra técnica do contexto fático, o fato morte de outrem deixaria de ter ocorrido, sendo tal inobservância, portanto, a circunstância principal.

Esta circunstância é polêmica na doutrina e jurisprudência pátrias, havendo divergência até mesmo dentro de um mesmo tribunal. É o que ocorre na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, onde podemos perceber que a quinta turma é refratária da tese de configuração de *bis in idem*, enquanto a sexta turma, em sentido contrário, tem reiteradamente afastado a aplicação da majorante por reconhecer a dupla apenação nos casos em que a exordial acusatória descreve a inobservância de regra técnica como caracterizadora da própria culpa.

Demonstrando a divergência existente na jurisprudência, a quinta turma do STJ, ao julgar o HC 231241/SP, na data de 26 de agosto de 2014, decidiu que o “homicídio culposo se caracteriza com a imprudência, negligência ou imperícia do agente, modalidades da culpa que não se confundem com a inobservância de regra técnica da profissão, que é causa especial de aumento de pena que se situa no campo da culpabilidade, por conta do grau de reprovabilidade da conduta concretamente praticada. 2. Não há *bis in idem* pelo aumento implementado com base no § 4.º do art. 121 do Código Penal, em razão de constatar-se circunstâncias distintas, uma para configurar a majorante, outra para o reconhecimento do próprio tipo culposo. 3. No caso, as instâncias ordinárias ressaltaram que o Paciente agiu com negligência, pois não notou os evidentes sintomas de meningite que a vítima apresentava e inobservou a regra técnica da profissão de médico, porque deixou de realizar o exame indicado quando há probabilidade de infecção e ministrar tratamento específico a base de antibióticos”.

Todavia, a sexta turma do mesmo tribunal, ao julgar o HC 167804/RJ, na data de 13 de agosto de 2013, decidiu que “3. A causa especial de aumento, prevista no art. 121, § 4º do Código Penal (inobservância de regra técnica de profissão) figura no campo da culpabilidade e, pois, para incidir, deve estar fundada em outra nuance ou fato diferente do que compõem o próprio tipo culposo, rendendo ensejo a maior reprovabilidade na conduta do profissional que atua de modo displicente no exercício de seu mister, dando causa ao evento morte. Precedentes desta Corte e do STF (RHC n. 26.414/RJ, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 26/11/2012). 4. Em relação à causa de aumento de pena, a peça acusatória restringiu-se a afirmar que,

por inobservância de regra técnica nos cuidados dispensados à vítima, a paciente e demais agentes causaram lesões que foram a causa eficiente de seu falecimento. Não houve, portanto, o devido esclarecimento do que configurou a majorante em comento, evidenciando que a própria inobservância de regra técnica foi utilizada para caracterizar a imperícia. Ocorrência de *bis in idem*. 5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para excluir da imputação a causa de aumento de pena contida no art. 121, § 4º, do Código Penal e possibilitar o oferecimento de proposta de suspensão condicional do processo”.

Observando a divergência jurisprudencial apontada, podemos notar que, embora os posicionamentos sejam divergentes nestes dois julgados, existe um ponto de concordância, o fato de que a circunstância determinante para a configuração, ou não, do *bis in idem* é o fato de a inobservância da regra técnica ser, ou não, a causa do evento morte, caracterizando a própria culpa.

Nesse contexto, não há como negar o fato de que, havendo identidade entre a circunstância que deu causa à morte, e, portanto, configurou a inobservância do dever objetivo de cuidado, esta mesma circunstância não poderia ser utilizada, em dois momentos distintos, primeiro para a configuração da culpa e, após, para exasperar a pena do crime culposos, sendo evidente e inegável a ofensa ao princípio do *non bis in idem*, sendo forçoso concluir ser a majorante inconstitucional.

10. Conclusão

Após transitar brevemente pelas nuances do tipo culposos, recordando quais são as suas características preponderantes, bem como as modalidades de conduta indicativas da inobservância do dever objetivo de cuidado, buscou-se conjugar tais características com um dispositivo legal específico, qual seja a causa de aumento de pena prevista para o caso de o homicídio culposos ter sido provocado em razão da inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício.

Para tanto, foi necessário analisar, ainda que brevemente, quais as características e a extensão dos princípios do *ne bis in idem* e da proporcionalidade, haja vista a hipótese inicial de que o dispositivo legal estudado implicaria, a um só tempo, em ofensa a ambos.

O desenvolver da pesquisa, ao que parece, confirmou as expectativas inicialmente existentes, demonstrando que a referida causa de aumento de pena do

homicídio culposo, sendo definida pela própria lei como a circunstância causadora do resultado morte, consiste na própria conduta caracterizadora da culpa, na modalidade imperícia, logo, de fato não poderia, uma vez mais, ser utilizada a mesma circunstância, relativamente ao mesmo fato, para exasperar a pena do infrator, o que implica em dupla apenação do sujeito em razão de uma mesma circunstância.

Também se confirmou a hipótese inicial de ofensa ao princípio da proporcionalidade, na medida que a punição de um profissional habilitado para o exercício da função que, por descuido, provocou um resultado morte, por inobservar uma regra técnica por ele conhecida, é, certamente, menos reprovável do que a conduta de um outro profissional que, sem dominar os conhecimentos necessários para o ato, ou seja, sendo inabilitado para aquele tipo de atuação, irresponsável e aventureiramente pratica-o, provocando a morte de outrem.

Por tudo, a conclusão final é de que o dispositivo legal que predispõe a inobservância de regra técnica de profissão arte ou ofício como causa de aumento de pena para o homicídio culposo, por ofender os princípios da razoabilidade e do *ne bis in idem*, ambos de viés constitucional, integrando o arcabouço dos direitos individuais fundamentais do cidadão, deve ter a sua aplicabilidade rejeitada, ante sua inconstitucionalidade.

11. REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral – vol. 1. 17. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BONFIM, Edilson Mougenot; CAPEZ, Fernando. Direito Penal: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2004.

ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Direito Penal Esquematizado: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razon: Teoría del garantismo penal. Madrid: Editorial Trotta, 1995.

PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro, vol. 1: parte geral, arts. 1º ao 120. 11 ed.– São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

QUEIROZ, Paulo. Direito Penal: parte geral. 4. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ATIVISMO E EFEITO VINCULANTE

Perigos, no âmbito da jurisdição constitucional

*José Carlos Henriques*¹

*Fernando Cristian Marques*²

Resumo: O presente trabalho, analisando a tradição cultural jurídica brasileira, suas origens e desenvolvimentos, conclui que a adoção, entre nós, das súmulas vinculantes, pode representar risco a uma adequada concepção do direito, fundado em um princípio democrático. Ademais, a sempre crescente expansão do Poder Judiciário, via do fenômeno que tem sido chamado ativismo judicial, parece apontar para uma sobreposição exagerada e uma confiança indevida na Jurisdição, como a única via, ou a mais eficaz para a solução de conflitos sociais, mormente aqueles que dependem da ação de outras funções do Estado, como a de legislar e de administrar.

Palavras-Chave: Poder Judiciário. Ativismo judicial. Precedentes judiciais. Efeito vinculante.

ACTIVISMO Y EFECTO VINCULANTE: peligros en la jurisdicción constitucional.

Resumen: Haciendo el análisis de la tradición cultural jurídica brasileña, sus orígenes y evolución, se llega a la conclusión de que la adopción, entre nosotros, de precedentes vinculantes, podría presentar una concepción no adecuada del derecho, fundado en un principio democrático. Por otra parte, la creciente expansión Poder Judicial, a través del fenómeno que se ha denominado activismo judicial, parece apuntar a una superposición exagerada y excesiva confianza en la Jurisdicción, como la única forma, o la solución más eficaz a los conflictos sociales, especialmente aquellos que dependen de la acción de otras funciones del Estado, tales como legislar y administrar.

Palabras clave: Poder Judicial. El activismo judicial. Precedentes judiciales. Efecto vinculante.

1. Notas introdutórias.

O texto que ora se apresenta é de responsabilidade, quase que exclusiva do, à época aluno do Curso de Direito da Faculdade Presidente Antônio Carlos de Itabirito, e hoje já pós-graduando, Fernando Cristian. Em grande medida, trata-se de um resumo,

¹ Doutorando em Direito pela UFMG. Mestre em Filosofia e em Direito. Professor do Curso de Direito da Faculdade Presidente Antônio Carlos de Itabirito.

² Pós-graduando em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Bacharel em Direito pela Faculdade Presidente Antônio Carlos de Itabirito.

de trabalho de conclusão de curso, sob a orientação do segundo autor. Dito isto, passemos às temáticas em discussão.

É sabido que as relações sociais e políticas se complexificaram após a II Guerra Mundial e, no âmbito do direito, expandiu-se a influência do modelo anglo-saxão, em todo o mundo. No que diz respeito ao direito brasileiro, não foi diferente. Nosso direito constitucional tem sofrido, sempre mais, a influência do direito americano, inclusive com a adoção de novas técnicas de controle e interpretação constitucional.

Assim como no Ocidente, de modo mais geral, entre nós, o direito tem experimentado uma aproximação das culturas do sistema *civil law* e do sistema *common law*. Uma questão merece ser registrada: qual a tradição jurisdicional que o direito brasileiro vivencia frente à codificação e americanização do judiciário? E mais, constitucionalmente, o ativismo judicial do STF e a relativização dos precedentes são justificáveis? Essas são algumas questões para as quais se pretende aqui encontrar uma possível solução.

A dualidade entre celeridade de decisões judiciais e democracia é um marco peculiar da reflexão na tradição jurídica. Assim, uma maior complexidade no mundo fático se tem feito refletir, ao menos desde a II grande guerra, no Judiciário, uma procura por novas técnicas de controle judicial, com a expansão do fenômeno da judicialização. Neste sentido, tem surgido, nos últimos anos, uma tendência tecnicista, de clara influência americana, como bem leciona Barroso (2010, p.45):

As décadas que se seguiram ao fim da 2ª. Guerra Mundial foram marcadas pela americanização da vida em múltiplos domínios. Um dele, certamente, foi o Direito Constitucional. De fato, em países distantes cultural e geograficamente, de um extremo ao outro do globo, disseminou-se o modelo que teve seu marco inicial em *Marbury v. Madison* e seu apogeu nos anos da presidência de Earl Warren na Suprema Corte: centralidade da Constituição, controle de constitucionalidade com supremacia judicial e judicialização das grandes controvérsias em torno da realização dos direitos fundamentais.

Frente às influências políticas, econômicas, filosóficas e sociológicas, a atual posição do STF não corresponde à ideia de um Tribunal Constitucional, não somente pelo fato de aquela Corte julgar matéria infraconstitucional, mas também devido ao exercício desenfreado do ativismo judicial. Neste contexto, uma questão merece ser salientada: quando, sem se ocupar de questões estritamente constitucionais, um tribunal máximo comparece como órgão competente para a solução de questões atípicas, fica, evidentemente, enfraquecida a legitimidade constitucional deste mesmo tribunal. Ademais, vale registrar que uma verdadeira Corte Constitucional não deve atuar como

se fôra um órgão legislativo, pois, conforme pensamento de Canotilho (2003) em um Estado Constitucional, esta configuração, a de legislador atípico, não é adequada a uma Corte Constitucional.

Para se alcançarem eventuais respostas aos desafios acima apontados serão investigados alguns conceitos e institutos: a teoria da tripartição das funções do Estado, o ativismo judicial, a aproximação de ambas as culturas, *civil law* e *common law* e, por último, o modelo brasileiro de vinculação a precedentes.

É voz corrente que o modelo brasileiro se insere no contexto da admissão da lei escrita, como fonte principal do direito, traduzindo-se, com isto, a busca de certeza e segurança jurídicas. Recuando um pouco mais, encontra-se a proibição estabelecida ao juiz, no direito romano-germânico, de interpretar a lei. Assim, o dizer da lei, como fonte, evitaria as dissensões, garantindo-se a solução de conflitos, de forma segura e sem tergiversações. Por outro lado, ao contrário, o modelo anglo-saxão tratou de resguardar suas raízes históricas, inclusive, com maior força, em algumas tradições, como na Inglaterra, o direito é definido pelo respeito a sua historicidade, sendo fonte a dizer o direito as reiteradas decisões proferidas pelos tribunais, os costumes judicialmente fundados.

Adiante, será analisada a evolução histórica da ideia de se editarem súmulas vinculantes contemplando, inclusive, alguns precedentes atuais da jurisprudência do STF. Como sabido, aliás, esta temática ainda suscita intermináveis debates.

Em especial, a polêmica acerca da superestimação do papel do Poder Judiciário é, aqui, um ponto central a discutir: seriam as súmulas vinculantes constitucionalmente fundamentáveis? Caso seja positiva a resposta, algumas críticas aparecem: qual a sua finalidade da edição de súmulas com efeito vinculante? Onde encontrar o fundamento constitucionalmente adequado, a justificar a adoção de precedentes judiciais? O instituto da reclamação não infringiria a livre convicção do magistrado?

Embora a Emenda Constitucional n° 45/2004 seja apontada como marco referencial de um novo Poder Judiciário no Brasil, a jurisdição constitucional, de responsabilidade do STF, exercida por meio dos efeitos vinculantes, não encontrou uma validade hermenêutica indiscutível.

Quanto à análise do direito comparado, frise-se que o estudo será voltado para seus principais conceitos na tradição anglo-saxônica, uma vez que há vários modelos de jurisdição constitucional. Aqui, desde já, é interessante perceber que as técnicas e os princípios do direito inglês contribuíram para o processo de formação do direito

americano.

A pesquisa, no entanto, cumpre a tarefa de provocar uma discussão acerca do um problema que precisa ser repensado: aquele atinente à americanização, entre nós, do direito constitucional, tese apresentada e debatida por Barroso (2010).

2. Uma abordagem do ativismo contemporâneo.

Entre nós, há uma tendência no Judiciário: a de que os tribunais e, muito especialmente, o Supremo Tribunal Federal, no exercício da jurisdição constitucional, tenham a função de resolver questões sociais e políticas, no caso da omissão do Legislativo e do Executivo. Ademais, tal aspecto refere-se ao instituto que Silva (2013) denomina “função proativa do direito”. Isto porque, segundo pensa, a atuação do STF, em funções atípicas, incidiria no fenômeno da constitucionalização de direitos.

Mas, até o momento, permanecem algumas questões polêmicas, que não encontraram uma solução adequada: a ineficácia de precedentes judiciais e a função ativista do STF.

Apesar da lei 11.417 de 2006 ter regulamentado o sistema de revogação, cancelamento e edição de súmulas vinculantes, segundo parece, o modelo *civil law* brasileiro não está preparado para a recepção americanizada de precedentes judiciais.

A aplicabilidade de um sistema vinculativo poderia, por exemplo, ser compatível com o pensamento de Dworkin (2003), pelo qual entende o direito como integridade, ou seja, como um romance em cadeia. Mas, seria correto admitir que, uma decisão proferida por um tribunal superior, se impusesse na cadeia narrativa, como uma espécie de conclusão antecipada da peça literária, do romance?

A defesa da supremacia da Constituição e o *judicial review* consolidaram-se com o famoso caso americano *Marbury Vs. Madison*, de 1803. O juiz direcionaria o sentido e interpretação da norma, conforme a Constituição.

Neste sentido, a jurisdição constitucional se desenvolveria, de forma adequada, toda vez que o guardião da Constituição viesse a legitimar uma correta aplicação da Constituição.

Pode-se afirmar que o judiciário brasileiro, ao se vincular ao sistema de súmulas ou resumos de decisões, não caracteriza o mesmo resultado das técnicas de precedentes judiciais do *common law*.

De fato, no direito inglês, apesar da adoção de precedentes, exige-se que as

decisões das cortes superiores não despreze as discussões travadas no decurso da ação, em outros tribunais. Assim, vale registrar, em referência à atuação da *Court of Appeal*:

A corte Europeia de Direitos Humanos (...) exige que a decisão apresente razões suficientes para demonstrar que as questões essenciais levantadas pelas partes foram decididas pela Corte local e como foram resolvidas. Não parece que a jurisprudência da Corte de Estrasburgo vá longe, a ponto de exigir que se esclareça porque se adotou um argumento em vez de outro, porque se preferiu uma prova, à outra [...] O que atualmente acontece na *Court of Appeal* e na *Supreme Court* é que as decisões consistem em uma coleção de votos, sendo que mais de um, mesmo dentre os vencedores, é fundamentado. Mesmo que se trate de uma decisão monocrática, normalmente será considerada extensa. A principal causa desta prolixidade é a parte da decisão em que se analisam decisões anteriores, com copiosas citações de trechos (ANDREWS 2011, p.107 - 118).

Desta forma, como exemplo, a Suprema Corte Norte Americana não edita normas, do mesmo modo como ocorre com as súmulas vinculantes, editadas pelo Supremo Tribunal Federal. Mas, certamente, há claras influências do direito norte americano no modelo brasileiro.

Outra aproximação do Direito Brasileiro com o sistema *common law* é o instituto do *contempt of court*, cuja técnica é considerada um mecanismo para o cumprimento de decisões judiciais. Vale mencionar, de Barbosa e Neto (2011, p.137), a seguinte passagem:

A suprema Corte americana no caso *Gompers vs. Bucks Stolve Range Co.* (1911) 221 U.S. 418 conceituou o *contempt of court* da seguinte forma:

o poder dos tribunais para aplicar o *contempt* é parte integrante e necessária à independência do poder judicial, e é absolutamente essencial para o desempenho das funções que lhes são impostas por lei. Sem este poder, eles são meros órgãos de arbitragem, cujas decisões e decretos seriam apenas consultivos. Se uma das partes puder fazer-se juiz acerca da validade das ordens emitidas, e por sua própria vontade definir se irá cumpri-la, então os tribunais seriam impotentes, e o que a Constituição denomina de Poder Judiciário dos Estados unidos seria uma mera zombaria.

O ativismo, então, encontraria esta característica dominante: creditar ao Poder Judiciário a resolução de problemas que, em tese, pertenceriam a outras instâncias de solução, na omissão destas.

É o fenômeno da judicialização: da política, das políticas públicas, como em uma espécie de controle da omissão dos demais poderes, por parte do Poder Judiciário.

Agiganta-se o Poder Judiciário, em detrimento dos âmbitos de atuação do Poder Legislativo e do Poder Executivo. Corre-se o risco de que se admita uma República dos Juízes e Tribunais.

As discussões em torno da adoção de precedentes judiciais não pode prescindir de um estudo acerca da separação de poderes. Por isso, faz-se necessária um incursão, ainda que muito breve, sobre o tema, em uma abordagem filosófica, a partir da obra de Montesquieu.

3. Breve abordagem da teoria da separação das funções do Estado.

Em Montesquieu, os poderes se classificavam em nível funcional, ou seja, como Legislativo, Executivo e Judiciário. Na primeira função, o Legislativo se dividia em Câmara Baixa e Câmara Alta. Enquanto o Executivo representava-se pela Coroa, Governo e Administração. Por último, o Judiciário era composto por tribunais independentes (CANOTILHO, 2003).

Considerado um clássico do liberalismo, a doutrina do filósofo é contrária aos efeitos do absolutismo. Desta forma, um dos marcos importantes da filosofia política, na doutrina do referido autor, insere-se a partir dos efeitos práticos de cada função e organização estatal.

Se há separação de poderes, de se velar pelo resguardo das funções típicas de cada um.

A intercomunicação entre as funções legislativa, executiva e judiciária poderia conduzir a uma aproximação do modelo ativista, sobrelevando o Poder Judiciário sobre os demais, em claro desrespeito ao princípio clássico da tripartição de poderes. É o que parece ocorrer, em relação ao STF, frente à recepção de técnicas judiciais estrangeiras, com a edição de súmulas, com efeito vinculante. Aqui vale ressaltar que não adotamos o pensamento de que o juiz é a voz que pronuncia a lei, mas apenas, exclusivamente, a ideia relativizada de que as funções do Estado não devem ser exercidas, em reunião, por um único órgão. Levada ao extremo, a judicialização sem controle, conduziria a uma espécie de absolutismo, capitaneado pelo Judiciário que decidiria, inclusive, quais seriam os limites de sua própria atuação, se resolvesse reconhecê-los.

Certamente, a interferência/exorbitância no exercício das funções próprias a cada um dos Poderes bem poderia conduzir a desajustes. Para Locke (2005, p.104-105): “[...] o legislativo não deve nem pode transferir o poder de legislar a quem quer que seja, ou fazer dele outra coisa que não o indicado pelo povo”.

Desde os ensinamentos de Montesquieu, não há dúvidas de que a elaboração de leis é de competência do Legislativo, a gestão e a administração pertence ao Executivo,

e a de julgamento compete ao Judiciário. Esta a situação típica de distribuição de funções.

Certamente, e em casos específicos, autorizados pela Constituição e para resguardo da independência e probidade, poderiam haver situações em que, de forma atípica, fossem as funções distribuídas de forma diversa.

Por exemplo, no nosso caso: o Legislativo exerce função típica do Judiciário no caso de o Presidente da República cometer um crime de responsabilidade já que, então, será o Senado Federal o órgão competente para julgamento. No mesmo sentido, o Judiciário exerce função do Legislativo na seguinte situação: os próprios Tribunais elaboram seus regimentos internos. Também, o Judiciário faz valer ações de Executivo quando o Tribunal estabelece as férias de seus servidores. Por último, o Poder Executivo exerce função de Legislativo quando o Presidente decreta medida provisória (LENZA, 2010).

Contudo, apesar destes temperos, não é certo que uma Corte Suprema deva editar normas com caráter vinculante, fixando o sentido, a interpretação em determinadas direções, no exercício de sua função originária, atuando na jurisdição constitucional.

Em grande medida, pode-se afirmar que a recepção de modelos externos, advindos do sistema *common law*, neste caso, configura-se como um retrocesso, isto porque o Judiciário, frequentemente, ao atuar em matérias de competência de outros poderes, pode se transformar em um órgão jurídico-legislativo, impondo aos demais, às vezes de forma desmedida, suas decisões. Bom lembrar que decisões judiciais não transformam fatos, não tem o condão de produzir realidades inexistentes no mundo dos fatos.

O discurso sobre a diferenciação das funções do poder, também, se encontra no pensamento filosófico clássico, inclusive, na doutrina de Aristóteles que, de algum modo, antecipa a respeito temas desenvolvidos, posteriormente, na modernidade.

Como se vê, há prejuízos quando uma função originária, típica de um dos poderes do Estado, se exerce em desconformidade com um desejado equilíbrio. Na aproximação ou mesmo substituição de atividades típicas do Legislativo pelo Judiciário, há mesmo uma tendência de o órgão julgador se transformar num déspota, a ditar normativas, sem a devida legitimidade dos processos democráticos.

O mesmo, de algum modo, se deve dizer quando o Judiciário age em substituição ao Executivo, como já se disse, uma decisão judicial não produz, por si só,

as condições para sua execução. Daí as pertinentes discussões hoje trazidas sob as denominações “reserva do possível”, “mínimo existencial”...

No entanto, não se poderia, outrossim, aceitar a inatividade de órgãos do Estado, sem que houvesse a possibilidade de adoção de medidas corretivas, pelo Judiciário, sobretudo, no que diz respeito á efetivação dos direitos fundamentais, em especial dos direitos sociais.

O que não se pode admitir é a desmedida, o sobrevalorização do Judiciário, em detrimento das funções típicas de cada um dos poderes.

A Constituição em vigor estabelece, expressamente, no art. 2º, o princípio da separação de poderes, configurando-se este como uma imposição garantista, estruturante e orgânica.

Frise-se que, a interpretação constitucional tem a pretensão, dentre outros importantes objetivos: frear a atuação do Estado frente à liberdade política do cidadão, uma vez que é preciso absorver o conteúdo axiológico da ordem constitucional. Por isto, o intérprete não deve atuar como um legislador/positivo, principalmente, no ato de julgamento, em que a autoridade tornar-se-ia opressora dos direitos civis. Aqui, percebe-se a importância crucial da eficácia plena da separação de poderes, pois o exercício típico de cada função contribui para a realização dos direitos fundamentais.

Para Montesquieu (2009, p.166) “[...] Se o poder executivo estiver unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria o legislador. E se estiver ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor”.

Desse modo, em seus escritos, Montesquieu vislumbra prejuízos quando as três funções são exercidas por uma única pessoa ou grupo de nobres. Para ele, neste cenário, não há organização estatal conveniente.

Neste sentido, seria imprescindível que cada função do poder não desrespeitasse a efetividade da outra. No julgamento, talvez o STF não devesse se transformar em uma corte ativista. Entende-se que a jurisdição, quando prestada por um tribunal ativista, deslegitima a identidade do estado constitucional. Enfim, um Tribunal, mesmo que máximo, não deve se transformar em um legislador positivo.

4. Americanização: aproximação das culturas de *civil law* e *common law*.³

³ O termo *americanização* é uma metáfora, encontrada em artigo de autoria do, agora, Ministro Luís Roberto Barroso.

Após um breve discurso teórico, a seguir, pretende-se apresentar uma abordagem específica das principais características fundantes do *common law*.

Em primeira linha, ambas as tradições são fundamentais para o desenvolvimento do direito ocidental. Apesar das diferentes características de cada jurisdição, por exemplo, frequentemente, o direito continental recepcionou técnicas processuais do direito americano e afirmou sua contextualização nas vertentes históricas do direito comparado.

Verifica-se, de forma exemplificativa, que alguns institutos do direito anglo-saxônico comparecem em projetos de lei, como a proposta de um sistema de precedentes no Direito brasileiro⁴. Por isso, há então uma tendência, na cultura jurídica brasileira, de instituir a regra vinculativa de decisões. Tal técnica processual surgiu no contexto do direito costumeiro, em que consolidaram-se a regra de precedentes judiciais e o princípio da igualdade perante a jurisdição.

Desse modo, no pensamento dos escritores americanos, em geral, em um Estado democrático, casos iguais não deveriam ser interpretados de forma desigual, pois a ausência de estabilidade jurisprudencial contribui para a inaplicabilidade do princípio da isonomia jurisdicional.

Assim, o tribunal supremo deve uniformizar a interpretação constitucional, como acontece, atualmente, na jurisdição do STF, com a adoção do direito sumular vinculante. De fato, no *stare decisis*, as decisões de um juiz de primeira instância não devem ir de encontro com a interpretação da Corte Suprema. A ideia diretiva parece ser: uma vez que o magistrado deve seguir o ordenamento jurídico, o mesmo não está autorizado a decidir conforme o seu pensamento, pelo contrário, incumbe-se apenas de manter o mesmo entendimento do tribunal hierarquicamente superior.

No pensamento de Canotilho (2003, p. 681):

O Tribunal Constitucional, mesmo primariamente limitado ao controle jurídico-constitucional das normas jurídicas, excluindo dos seus juízos valorações políticas ou apreciações de mérito político (a doutrina fala aqui do princípio da auto-limitação judicial ou judicial *self restraint*), não se pode furtar à tarefa de guardião da Constituição, apreciando a constitucionalidade da política normativamente incorporada em actos dos órgãos de soberania. Por outras palavras: o Tribunal Constitucional assume, ele próprio, uma dimensão normativo-constitutiva do compromisso pluralístico plasmado na Constituição. (conservada a grafia original)

⁴ Projeto de Lei do Senado n. 166, de 2010 (Novo Código de Processo Civil).

Sabe-se que no, direito saxônico, quanto ao tema das fontes do direito, o intérprete se vale dos precedentes. Por outro lado, na tradição do sistema *civil law*, o raciocínio do juiz deve ser diferente, já que a fonte principal do direito é a lei. Pode-se afirmar que, considerando o tema das fontes, nas duas tradições, o modo de pensar do juiz na solução da lide, é diverso.

No decorrer da formação do direito americano e, sobretudo, com o famoso caso *Marbury Vs. Madison*, o princípio da supremacia constitucional passou a ser um dos pressupostos de validade da jurisdição constitucional.

A supremacia do Direito inglês, inclusive do parlamento, foi uma passagem essencial para o fortalecimento do *judicial review*, ou seja, do controle judicial nos Estados Unidos da América. Assim, nos escritos de Cappelletti (1999), posicionamento também subscrito por Marinoni (2011), o constitucionalismo, nos EUA, se firmou a partir da defesa da supremacia da constituição, ou seja, com a ideia de que o texto constitucional é superior às leis ordinárias. O que justificaria a rigidez constitucional. A Constituição Americana de 1.787 somente seria revisada por um procedimento constitucional, de alteração, e nunca reformada pelo trâmite de uma lei ordinária.

Também, registra-se que a possibilidade do *judicial review* firmou-se quando o juiz americano John Marshall, no caso *Marbury Vs. Madison* de 1.803, consolidou o princípio da supremacia da constituição americana, no ato de controle de constitucionalidade. Desse modo, naquele mesmo julgamento, Marshall defendeu a ideia de que o judiciário deve negar validade a qualquer lei que se volte contra os ditames constitucionais. Para o magistrado, o ato legislativo que fosse de encontro à Constituição não deveria ser considerado lei, do contrário, poderia se admitir que a Constituição se equiparasse a um simples diploma legislativo (MARINONI, 2011).

Marinoni (2011) defende que há uma aproximação entre os juízes do direito romano-germânico e do anglo-saxônico, contudo, os primeiros declaravam o direito, e os segundos, principalmente o juiz estadunidense, criavam o direito no controle de constitucionalidade concreto.

Neste sentido, percebe-se que o controle de constitucionalidade americano muito se aproxima da origem inglesa de sua prática. Como se vê, aqui, melhor seria compreender a formação histórica do *common law* americano, não como um novo rumo unificado, mas enquanto um seguimento de origem inglesa, principalmente, no ato de controle judicial (MARINONI, 2011).

Ademais, a natureza da jurisdição, nos escritos do direito costumeiro, não

encontrou uma possível definição. Em um diálogo acerca do tema, Marinoni (2011) apresenta uma discussão travada entre Ronald Dworkin e Herbert Hart quanto à questão. Para aquele, a natureza da jurisdição deve seguir a forma interpretativa, ou seja, o filósofo nega o papel codificador do sistema de precedentes, para ele o *stare decisis* não prescinde de uma técnica interpretativa. No pensamento de Hart, segundo parece, defende-se a função criativa da jurisdição, ou seja, sua visão constitutiva de direitos. Em suma, fala-se, então numa reconstrução da tese do juiz Blasckstone, em que defendia a declaração da lei pelos precedentes judiciais.

Cappelletti (1999) defende que a influência inglesa repercutiu na formação do controle judicial de atos legislativos, principalmente, na Colônia da América e logo depois em outras colônias.

Faz necessário preceituar a diferença entre as famílias romano-germânica e anglo-saxônica, na primeira há uma falsa ideologia de que a lei é por si só suficiente para a resolução de litígios judiciais, ou seja, para o juiz a normatividade é completa para a interpretação e solução da demanda. Isto porque, com alguns respaldos da Revolução Francesa, a segurança jurídica, nessa concepção, era tutelada pelo princípio da legalidade. Quanto à segunda tradição, esta não se limita à codificação, posto que para o magistrado, independentemente de a lei garantir a previsibilidade jurídica, o juiz não se vinculava na norma, pelo contrário, ele não pensava que uma situação estivesse regulamentada em lei.

5. Súmula vinculante: uma aproximação inapropriada às técnicas da tradição saxônica e sua relação com o princípio democrático.

Para Garapon (1996)⁵, o ativismo judicial representa uma interferência jurídica no campo da política, da moral e da própria vida social.

O ativismo judicial tem como traço principal a imagem do magistrado como um defensor da sociedade, ou seja, na atuação proativa do judiciário em matérias relativas às políticas públicas. Se o magistrado é visto como um representante, árbitro, conciliador ou mediador, de tudo quanto diz respeito ao Estado, esta concepção leva Garapon a identificar o “desmoronamento do homem democrático” (GARAPON, 1996, p.23).

⁵ Antoine Garapon é Secretário Geral do instituto de Altos Estudos sobre a Justiça. Foi durante vários anos juiz. É membro do comitê de redação da revista *Esprit*. A obra em comento é *O Guardador de Promessas: Justiça e Democracia*, com Prefácio de Paul Ricoeur.

De fato, o aumento desenfreado da desigualdade e o número imensurável de processos correspondem a um acontecimento social, tornando-se o Judiciário a última esperança da sociedade para resolvê-los. Com isto, assistimos a uma cada vez mais intensa judicialização, da política, das políticas públicas, das relações privadas....

Esta função salvadora não pertence ao direito, nem ao Judiciário, cuja atuação, frequentemente, faz parecer que a via judicial seria a única forma existente para resolução de todos os litígios do homem.

Garapon advoga que a politização do pensamento judicial ocorre com a judicialização da política, ou seja, os fatores políticos manifestam-se melhor, juridicamente, do que no discurso político (GARAPON, 1996). Este fenômeno representa uma espécie de instância administrativa judiciária, em que a justiça resolve questões que seriam melhor solucionadas pelo Estado, em outros âmbitos. Isto explica a pergunta do autor: pois por qual razão as questões de políticas públicas seriam resolvidas pela justiça? Não seria coerente a solução pelo próprio Estado?

Silva (2013) defende a tese de que a função ativista do Supremo Tribunal Federal se insere numa modalidade criativa do direito. Desse modo, para o constitucionalista, o ativismo judicial é um modo proativo em que os ministros vão além do caso concreto e criam novas interpretações constitucionais⁶.

Para o professor: “O ativismo judicial é uma forma de interpretação constitucional criativa, que pode chegar até a constitucionalização de direitos, pelo que se pode dizer que se trata de uma forma especial de interpretação também construtiva”.

7

Então, pode-se afirmar que, a partir dessa ideia, o Judiciário torna-se *competente* para fazer valer da função ativista somente nos casos em que o legislador regulamentar a disposição normativa de forma deficiente e lacunosa (SILVA, 2013). A criação de novos direitos, principalmente pela via da ação, ou seja, mediante controle concentrado, incide numa verdadeira função legislativa, sendo que o constituinte originário não atribuiu ao STF tal prerrogativa.

Uma corte constitucional não deveria atuar como um órgão legislativo, isto

⁶ SILVA, José Afonso. Ativismo Judicial e seus limites. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia/25758/jose-afonso-da-silva-aborda-o-ativismo-judicial-em-seminario-da-oab>>. Acesso em 16 set.2013.

⁷ *ibid*, 2013.

porque a criação, proativa de direitos, insere uma típica função legislativa e, como bem dispõe a Constituição, as funções do Estado são independentes e harmônicas entre si. Ou seja, o Poder Legislativo é quem deveria regulamentar toda matéria legislativa, em conformidade com a evolução social.

Resta perguntar se a edição de súmulas vinculantes seria adequada ao princípio democrático. (ROCHA, 2009). Como registrado, o efeito vinculante, quando não observado pelo juiz, caso seja procedente a reclamação direta no STF, incidirá sobre a aplicação do artigo 7º da Lei 11.417/2006, cuja redação impede o exercício da liberdade de decidir, isto porque, caso o magistrado entender, motivadamente, que a súmula não deverá ser aplicada, em um caso concreto, o STF suspenderá os efeitos da decisão judicial impugnada, determinando que outra seja proferida com ou sem aplicação da súmula.

Pode-se perceber que nem mesmo no *common law*, cujo sistema tem como regra a vinculação a precedentes, não há esta característica tão limitadora da livre convicção do magistrado.

Vale a pena registrar a seguinte passagem da obra de Canotilho (2003, p.939):

Alguns dos desejáveis efeitos dos assentos- uniformização da jurisprudência, certeza e segurança no direito – são obtidos pelos recursos da revista ampliada (Cód. Processo Civil, art. 732,ºA, na redação do Dec. Lei nº 329-A/95, de 12-12, Cód. Penal, arts 437. e ss). Estas sentenças de uniformização de jurisprudência não possuem já a força vinculativa genérica dos antigos assentos e estão sujeitos ao princípio da revisibilidade. Assim, nos termos do DL 329-A/95 (art. 17.2º) os assentos já proferidos passaram a ter o valor dos acórdãos proferidos nos termos dos arts. 732, Aº e 732 Bº do Código de Processo Civil revisto. Uma problemática semelhante à do assento suscita-se hoje no Brasil a propósito do chamado efeito vinculante das decisões judiciais ou súmulas vinculantes. Trata-se de uma proposta feita em sede de revisão constitucional e que se destina a descongestionar os processos junto do STF e a assegurar alguma uniformização da jurisprudência. De novo se coloca a questão central destas decisões: se aspirarem a constituir uma jurisprudência. De novo se coloca a questão central destas decisões: se aspirarem a constituir uma forma de legislativo com efeito vinculante geral e obrigatório, é difícil compatibilizá-las (salvo credencial constitucional expressa) com o princípio da separação de poderes . Se elas forem apenas vinculantes para os tribunais integrantes da mesma ordem e susceptíveis de revisão (nos termos fixados por lei) a sua configuração ainda é a de um acto de jurisdição destinado a dizer-lhe o direito e a assegurar uma tendencial uniformização.

No *stare decisis*, o magistrado cria o direito, trata-se de uma função típica do direito saxônico, em que é comum a utilização do ativismo judicial. Enquanto no direito brasileiro, a jurisprudência apenas declara o direito. Não se trata de negar força realizadora ao direito, levada a efeito pelo Judiciário. Trata-se, antes, de observar que

creditar ao Judiciário a produção de regramentos abstratos, pode atentar contra o princípio democrático, em que a legitimidade do decidir decorre da vontade popular, ao menos majoritariamente apurada.

6. Considerações finais.

Pode-se afirmar que, além de limitar a interpretação e o efetivo diálogo entre as partes, o enunciado vinculante enrijece a liberdade de julgamento, isto porque o instituto, tal como concebido no direito brasileiro, estabelece que a reclamação interposta, em face da Súmula, impede o magistrado de decidir de outro modo, isto é, deverá seguir a regra abstrata formulada pelo direito sumular.

Em uma tradição fundada no princípio da legalidade, a atuação do Supremo, em matérias que não deveriam ser resolvidas, a princípio, pelo Judiciário, - porque atinentes à política, políticas públicas... -, não é compatível com as características de uma corte constitucional, uma vez que o tribunal se transforma num órgão legislativo.

Aspecto de relevo a ser ressaltado é a imprudência do direito brasileiro ao recepcionar técnicas estrangeiras, às vezes em uma imitação meramente reproducente, sem as devidas críticas. É o que parece ter ocorrido com a adoção dos precedentes sumulares vinculantes.

Quanto ao *stare decisis*, sua aplicação incide na mesma interpretação para casos iguais. Ou seja, a teoria dos precedentes prevê que o princípio da igualdade perante a jurisdição deve ser respeitado em situações semelhantes. Não se pode esquecer que, no sistema de precedentes, a previsibilidade é pressuposto para a aplicação do princípio em comento.

Então, no precedente, o juiz deve seguir as decisões pretéritas, mas, quando o magistrado entender que a sua aplicação é incabível, o mesmo poderá não utilizá-lo de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

Por tudo, já que o direito brasileiro, na atualidade, promove a adoção das súmulas vinculantes, melhor posição é entender que, neste contexto, devemos criticamente pensar o próprio papel do Supremo Tribunal Federal. Como bem observa Schäfer (2012, p.176):

A súmula vinculante é apenas um importante instrumento de resolução dos casos, que causa - é verdade - algumas perplexidades, porém não acaba com a atividade jurisdicional, especialmente se não houver abuso aplicativo. Continua-se a exigir uma posição prudente e equilibrada do STF, com uma

adequada concepção de sua função e com uma adequada concepção da separação dos poderes, e a prudência a todos os aplicadores do direito.

Enfim, pode-se afirmar que o efeito vinculante não é adequado a uma tradição fundada na legalidade, ao menos totalmente.

De fato, a hermenêutica, na compreensão da Constituição, não pode conduzir a uma fixação de sentido último, inultrapassável. Quanto a isto, em suma e conclusivamente, vale registrar uma das lições de Streck (2003, p.309):

Quero, pois, afirmar a hermenêutica como modo de deixar o fenômeno Constitucional tornar-se visível, deixando-o vir à presença, ao contrário da dogmática jurídica, que vê a Constituição como uma (mera) ferramenta jurídica a ser confirmada (ou não) pela técnica interpretativa, por muitos denominada de hermenêutica constitucional. Dizendo de um modo mais amplo, temos que des-objetificar a Constituição, a tarefa que somente será possível com a superação do paradigma metafísico que (pré)domina o imaginário dos juristas. Essa superação, na linguagem heideggeriana, significa um questionar originário da pergunta pelo sentido da Constituição, isto é, pelo âmbito do projeto constitucionalizador e, conseqüentemente, pela verdade do ser da Constituição (e do próprio Direito, razão de ser de nossa atividade de ser jurista!). Afinal de contas, não são os objetos que explicam o mundo e, sim, é o mundo que é condição de possibilidade do acontecer da explicação dos objetos!

A adoção da súmula vinculante, a função ativista desenfreada do STF, bem como a recepção de técnicas estrangeiras, incompatíveis com a cultura jurídica brasileira, trazem efeitos e impactos contrários à ideia de um Estado democrático. Corre-se o risco, inclusive, de o direito brasileiro, enfraquecendo suas raízes históricas, transformar-se de vez numa tradição americanizada (BARROSO, 2010).

7. Referências.

ANDREWS, Neil. *Decisões judiciais e o dever de fundamentar. A experiência inglesa*. Revista de Processo. Ano 36, n.192, fev. Paraná: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo*. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/aamericanizacaodo_direito_constitucional_e_seus_paradoxos.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2013

BARBOSA, Adriana Villa-Forte de Oliveira. NETO, Francisco Vieira Lima. *Anotações acerca do contemp of court no Direito Norte Americano*. Revista de Processo. Ano 36,

n.192, fev. Paraná: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. São Paulo: Malheiros, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almeida, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Rev. José Carlos Barbosa Moreira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional Teoria do Estado e da Constituição Direito Constitucional Positivo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição Constitucional Democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Conflito entre poderes: o poder congressional de sustar atos normativos do Poder Executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

FILHO, Ricardo Leão de Souza. Precedentes Reguladores: Uma afronta à separação de poderes e à independência judicial? In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord). A Força dos Precedentes Estudos dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR. *Precedentes Reguladores: uma afronta à Separação de Poderes e à independência judicial*. Paraná: JusPodivm, 2012.

GARAPON, Antoine. *O Guardador de Promessas justiça e democracia*. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia. Entre faticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997 *apud* CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição Constitucional Democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2010.

LOCKE, John. *Segundo Tratado Sobre o Governo*. São Paulo: Martin Claret, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Martin Claret, 2009.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27º ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROCHA, José de Albuquerque. *Súmula Vinculante e Democracia*. São Paulo: Atlas, 2009.

SCHÄFER, Gilberto. *Súmulas Vinculantes Análise crítica da experiência do Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, José Afonso. *Ativismo judicial*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/notícia/25758/jose-afonso-da-silva-aborda-o-ativismo-judicial-em-seminario-da-oab>>. Acesso em 16 set.2013.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2010.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante*. 2ºed. Curitiba: Juruá, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. *Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista?* Disponível em: <www.univali.br/periodicos> . Acesso em 10/4/2014.

_____. *In*. AGRA, Walber de Moura. *Comentários à reforma do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005 *apud* TAVARES, André Ramos. *Nova Lei da Súmula Vinculante Estudos e Comentários à Lei 11.417, de 19/12/2006*. 3ºed. Método: São Paulo, 2009.

TAVARES, André Ramos. *Nova Lei da Súmula Vinculante Estudos e Comentários à Lei 11.417, de 19/12/2006*. Método: São Paulo, 2009.

