

# conceito jurídico

ano IV | janeiro de 2020 | nº 37



Isaac Roitman

A educação e a soberania  
Pág. 6



  
zakarewicz  
editora



## Feminicídio



### ENFOQUE

José Matias-Pereira

Judicialização da política, ativismo judicial e participação popular no Brasil



### VISÃO JURÍDICA

Rômulo de Andrade  
Moreira

Juiz das garantias?



### OBSERVATÓRIO JURÍDICO

Kiyoshi Harada

Carga tributária e carga burocrática travam a economia

ASSINE

# conceito jurídico

À frente dos grandes  
temas jurídicos



conceito  
jurídico

**EDITORA E DIRETORA RESPONSÁVEL:** Adriana Zakarewicz

**Conselho Editorial:** Almir Pazzianotto Pinto, Antônio Souza Prudente, Esdras Dantas de Souza, Habib Tamer Badião, José Augusto Delgado, José Janguê Bezerra Diniz, Kiyoshi Harada, Luiz Flávio Borges D'Urso, Luiz Otavio de O. Amaral, Otavio Brito Lopes, Palhares Moreira Reis, Sérgio Habib, Wálteno Marques da Silva

**Diretores para Assuntos Internacionais:** Edmundo Oliveira e Johannes Gerrit Cornelis van Aggelen

**Colaboradores:** Alexandre de Moraes, Álvaro Lazzarini, Antônio Carlos de Oliveira, Antônio José de Barros Levenhagen, Aramis Nassif, Arion Sayão Romita, Armand F. Pereira, Arnoldo Wald, Benedito Calheiros Bonfim, Benjamim Zymler, Cândido Furtado Maia Neto, Carlos Alberto Silveira Lenzi, Carlos Fernando Mathias de Souza, Carlos Pinto C. Motta, Décio de Oliveira Santos Júnior, Eliana Calmon, Fátima Nancy Andrighi, Fernando Tourinho Filho, Fernando da Costa Tourinho Neto, Georgenor de Souza Franco Filho, Geraldo Guedes, Gilmar Ferreira Mendes, Gina Copola, Gustavo Filipe B. Garcia, Humberto Theodoro Jr., Inocêncio Mártires Coelho, Ivan Barbosa Rigolin, Ives Gandra da Silva Martins, Ivo Dantas, Jessé Torres Pereira Junior, J. E. Carreira Alvim, João Batista Brito Pereira, João Oreste Dalazen, Joaquim de Campos Martins, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, José Alberto Couto Maciel, José Carlos Arouca, José Carlos Barbosa Moreira, José Luciano de Castilho Pereira, José Manuel de Arruda Alvim Neto, Lincoln Magalhães da Rocha, Luiz Flávio Gomes, Marco Aurélio Mello, Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Mário Antonio Lobato de Paiva, Marli Aparecida da Silva Siqueira, Néelson Nery Jr., Reis Friede, René Ariel Dotti, Ricardo Luiz Alves, Roberto Davis, Tereza Alvim, Tereza Rodrigues Vieira, Toshio Mukai, Vantuil Abdala, Vicente de Paulo Saraiva, William Douglas, Youssef S. Cahali.

**Diretor Geral:** André Luis Marques Viana

**Revisão:** ZK Editora

**Arte e Diagramação:** Charles Design

**Marketing:** Diego Zakarewicz

**CENTRAL DE ATENDIMENTO AO CLIENTE**

Tel. (61) 3263-1362

**Redação e Correspondência**

artigos@zkeditora.com.br

**Revista Conceito Jurídico** é uma publicação da Zakarewicz Editora. As opiniões emitidas em artigos assinados são de inteira responsabilidade dos seus autores e não refletem, necessariamente, a posição desta Revista.

**ANÚNCIOS**

comercial@zkeditora.com.br

**TODOS OS DIREITOS RESERVADOS**

**Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo.**

APROVEITE NOSSAS PROMOÇÕES

LEITURA INDISPENSÁVEL  
PARA QUEM QUER ESTAR  
EM SINTONIA COM AS  
TENDÊNCIAS DO  
MUNDO JURÍDICO

  
zakarewicz  
editora



# Lei finalmente criminaliza induzimento à autolesão corporal pelas redes sociais

■ POR LUIZ AUGUSTO FILIZZOLA D'URSO

**N**o apagar das luzes de 2019, exatamente no dia 27 de dezembro, foi publicada no Diário Oficial e entrou em vigor a Lei nº 13.968/19, que criminalizou o induzimento à autolesão corporal. Esta lei alterou o art. 122 do Código Penal, estabelecendo punição de reclusão de 6 meses a 2 anos, para aquele que induzir, instigar ou auxiliar outrem a praticar automutilação.

Nos casos em que a automutilação resultar em lesão corporal grave ou gravíssima, a pena se eleva, ficando aquele criminoso que induziu, instigou ou auxiliou a vítima, sujeito a uma pena de 1 a 3 anos de reclusão.


Mais grave será a punição quando este crime for praticado por motivo egoístico, torpe, fútil ou quando a vítima é menor (de idade) ou tem diminuída a sua capacidade de resistência, duplicando-se a pena em tais situações.

Antes desta nova lei, esta conduta não era crime, sendo atípica (não prevista no Código Penal), e aquele que a praticava, absurdamente, permanecia impune.

Situação preocupante que se agravou com a popularização da internet (redes sociais), que passou a ser utilizada, para alcançar crianças e adolescentes, que se autolesionavam por influência destes criminosos virtuais.

Este problema é tão grave na internet que esta nova lei trouxe um severo aumento de pena para tal persuasão virtual, criando o § 4º, do citado art. 122, que estabeleceu o dobro de pena se a conduta for realizada por meio da rede de computadores, de rede social ou transmitida em tempo real.

Deste modo, nota-se um grande avanço penal, pois traz uma resposta criminal ao delinquente, que se aproveita da internet, para vitimar os mais vulneráveis a realizar à autolesão corporal.

Assim, esta iniciativa legislativa é meritória e necessária, pois visa, essencialmente, à proteção de crianças e adolescentes, que, inacreditavelmente, são levadas ao suicídio ou à autolesão corporal por estes celerados criminosos. 



ARQUIVO PESSOAL

**LUIZ AUGUSTO FILIZZOLA D'URSO** é Advogado especialista em Direito Digital e Ciber Crimes, Professor de Direito Digital no MBA de Inteligência e Negócios Digitais da FGV, coordenador e professor do Curso de Direito Digital e Ciber Crimes da FMU, Presidente da Comissão Nacional de Estudos dos Ciber Crimes da Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas.

3

COM A  
PALAVRA

**Lei finalmente criminaliza induzimento à autolesão corporal pelas redes sociais**

Luiz Augusto Filizzola D'Urso

8

DIREITO E  
BIOÉTICA

**Projeto DNA do Brasil**

Eudes Quintino de  
Oliveira Júnior

12

PAINEIS DO  
LEITOR

**O sistema de cotas em concursos públicos**

Angélica Prevedello Sarzi

19

DESTAQUE

**O Direito como Instrumento de Conciliação e não de Confronto**

Reis Friede

22

CAPA

**A cultura da violência e o feminicídio**

Alexandre Carrinho Muniz e  
Tammy Fortunato

39

CAPA

**Conferência familiar contra violência de gênero**

Celeste Leite dos Santos

6

ENTREVISTA

**A educação e a soberania**

Isaac Roitman

10

PAINEIS DO  
ECONÔMICO

**Reforma Tributária, Capacidade Estatal e Federalismo**

Carlos Alberto Cinquetti

16

PROPOSTAS E  
PROJETOS

**Aprovação do texto base que retifica as diretrizes do imposto sobre serviços: Uma luz no fim do túnel**

Matheus Marques Borges

20

CAPA

**Pelo direito à vida das mulheres**

Djamila Ribeiro

25

CAPA

**Feminicídio: Mais um capítulo do Direito Penal simbólico agora mesclado com o politicamente correto**

Eduardo Luiz Santos Cabette

42

CONJUNTURA

**Novas Súmulas do CARF**

Daniel Vitor Bellan e  
Rayssa Rodrigues Mosti

44

TENDÊNCIAS

**A desastrosa política previdenciária em um país de excluídos. O que comemorar?**

Sérgio Henrique Salvador

47

CONTEXTO

**Consentimento livre esclarecido dos deficientes e doentes mentais com o estatuto da pessoa com deficiência**

Tiago Vieira Bomtempo

50

GESTÃO EMPRESARIAL

**Herdeiro não é sinônimo de sucessor. Ausência de um planejamento sucessório nas empresas familiares**

Rose Giacomini e  
Pedro Podboi Adachi

54

IN VOGA

**Pancadões devem ser resolvidos com sensibilidade e inteligência**

Percival Maricato

56

ENFOQUE

**Judicialização da política, ativismo judicial e participação popular no Brasil**

José Matias-Pereira

64

CIÊNCIA JURÍDICA EM FOCO

**O novo pregão eletrônico. Novidades do Decreto nº 10.124, de 20 de setembro de 2019 – Terceira parte**

Ivan Barbosa Rigolin

71

VISÃO JURÍDICA

**Juiz das garantias?**

Rômulo de Andrade Moreira

78

OBSERVATÓRIO JURÍDICO

**Carga tributária e carga burocrática travam a economia**

Kiyoshi Harada

84

PORTAL JURÍDICO

**Direito a imagem de pessoas públicas versus liberdade de expressão de imprensa: Uma análise a luz do Direito Constitucional**

Luiz Gonzaga Neto

109

DOCTRINA

**A teoria (pura?) da decisão!**

Fernando Gentil Gizzi de Almeida Pedroso

120

PONTO DE VISTA

**Os mitos do juiz de garantias e o ativismo judicial no STF**

Renato Falchet Guaracho



*Isaac Roitman*

## A educação e a soberania

A Revista Conceito Jurídico inicia o ano de 2020, entrevistando o Professor emérito da Universidade de Brasília, pesquisador emérito do CNPq, membro da Academia Brasileira de Ciências e membro do Movimento 2022 O Brasil que queremos, Isaac Roitman. E com perfeita maestria, o Professor analisa a nossa Educação e a nossa soberania. “É preciso colocar de forma permanente as inovações educacionais para que tenhamos um País soberano com oportunidades para todos e para todas”. Confira!

**CONCEITO JURÍDICO** – *O que o Sr. pode nos falar sobre a história do nosso País com relação a nossa soberania, e se de fato somos um país soberano?*

**ISAAC ROITMAN** – Durante séculos o Brasil foi uma colônia de Portugal. A nossa independência se perdeu na retórica. O período colonial, iniciou-se em 1532 quando Martim Afonso de Souza fundou o primeiro núcleo de povoamento, a Vila de São Vicente. Esse período durou até 1822. Em 1534 foram criadas 15 capitanias hereditárias que foram doadas para uma pequena nobreza lusitana. A economia predatória foi praticada em todo período colonial abrangendo vários ciclos: pau brasil, cana de açúcar, ouro e diamante, e outros. A colonização teve como principais características: civilizar, exterminar, explorar, povoar, conquistar e dominar. A “suposta” independência do Brasil aconteceu em 1822 tendo como marco o “grito do Ipiranga” inaugurando a monarquia com a coroação de Dom Pedro I. Em vários aspectos (econômico, cultural, etc.) somos ainda um país colonizado e ainda longe de sermos um país completamente democrático.

**CONCEITO JURÍDICO** – *Se “somos ainda um país colonizado e ainda longe de sermos um país completamente democrático”, o que o Sr. tem a nos dizer sobre a nossa independência e soberania?*

**ISAAC ROITMAN** – Em 2022 vamos comemorar 200 anos de nossa independência. Não dá para dizer que um país é independente quando parte de seu povo depende



de uma “bolsa família” para sua subsistência. Existe independência quando mais da metade de seu orçamento é utilizado para amortizar a dívida pública. Que independência é essa quando a política é um plano de carreira, não um trabalho social e onde medidas superficiais são adotadas para combater a desigualdade social. Não podemos falar em independência e soberania quando nossas terras e empresas são adquiridas pelo capital internacional. Não dá para dizer que somos independentes quando a tsunami da corrupção assola o país. Não dá para dizer que somos independentes quando as políticas de educação e cultura são praticamente inexistentes.


**CONCEITO JURÍDICO** – *O que caracteriza um país justo, moderno e independente?*

**ISAAC ROITMAN** – O que caracteriza um país justo, moderno, independente é aquele que oferece boa qualidade de vida à população. É aquele que desenvolve uma agropecuária moderna e autossustentável, estrutura industrial competitiva, desenvolvimento científico e tecnológico avançado, eficientes meios de transportes, comunicação ampla e democrática, analfabetismo zero, baixa mortalidade, boas condições de moradia infantil, uma eficiente rede de saúde pública, com hospitais bem equipados, sem moradores de rua, boas condições de moradia, alimentação e saneamento básico, segurança pública eficiente e elevada expectativa de vida.

**CONCEITO JURÍDICO** – *A educação é a solução?*

**ISAAC ROITMAN** – É importante lembrar o pensamento do educador Mozart Neves Ramos (Instituto Ayrton Senna): “Não existe melhor caminho para alavancar a produtividade do que a oferta de uma educação de qualidade. Isto significa prover uma educação que seja capaz não apenas de preparar bem os nossos jovens para o exercício de uma profissão, mas também de prepará-los plenamente para o exercício da cidadania”. Precisamos mudar o mantra de “melhorar” a educação pelo mantra de “mudar” a educação. Precisamos substituir o paradigma de “instrução” pelo da “aprendizagem”. É preciso responder adequadamente à pergunta feita por Yuval Harari: “Nossas atividades educativas estão sintonizadas com as mudanças que estão vindo, em especial agora que a sociedade está ficando mais interativa e com a inteligência artificial que vai encarregar de muitas das tarefas que foram executadas por nós”? É importante refletir sobre o pensamento do educador português José Pacheco (criador da Escola da Ponte em Portugal) que diz: “Uma educação e uma escola do futuro não poderão deixar de ser novas construções sociais de aprendizagem. Propostas teóricas e práticas, que estejam fundadas no paradigma da instrução não se constituem em inovação. Por essa razão, será preciso estar atento a meras sofisticções do discurso pedagógico e distinguir inovação de paliativo do modelo instrucional. Por exemplo: nas escolas do futuro, não haverá salas de aula”.

**CONCEITO JURÍDICO** – *Qual a mensagem o Sr. deixa para nossos leitores?*

**ISAAC ROITMAN** – É importante deixar a educação de ser tema de discursos de candidatos ou aventureiros demagógicos. É preciso colocar de forma permanente as inovações educacionais para que tenhamos um País soberano com oportunidades para todos e para todas. Vamos conquistar a nossa soberania. Vamos escolher a educação como o melhor caminho. 

# Projeto DNA do Brasil

■ POR EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA JÚNIOR



**“O projeto, por se tratar de uma inovação, que certamente renderá inúmeros benefícios para a saúde da população, merece o prestígio da comunidade uma vez que desempenhará importante tarefa e proporcionará ao Estado novas leituras para desenvolver políticas públicas que visem à redução de doenças tendo como prioridade as ações preventivas.”**

**A** pós tanta evolução da ciência médica, principalmente pela decifração do genoma humano, que contou com o *nihil obstat* da humanidade, motivo de renovação da esperança universal para buscar novos dividendos de saúde que possam garantir uma longevidade com a desejada qualidade de vida, é de se concluir que a medicina caminha por uma nova via. Ao mesmo tempo, muitas moléstias até então consideradas incuráveis, pela árdua e constante peregrinação científica, descortinada por várias linhas de pesquisa, apresentam resultados encorajadores apontando para uma nova era de grandes conquistas.

O avanço das pesquisas nos últimos anos contemplou a humanidade com descobertas que revolucionaram a medicina, principalmente na leitura do DNA, com a finalidade clara e indiscutível de localizar os



genes considerados defeituosos para, na sequência, combater as doenças de cunho genético. Conhecer a função que cada gene exerce no interior do DNA significa ler a informação genética e descobrir o código da vida. A ciência inclina-se, desta forma, para desvendar os genes responsáveis por determinadas moléstias, como Alzheimer, síndrome de Down, mal de Parkinson e muitas outras, com a intenção de alterar o código genético e possibilitar sua erradicação definitiva.


Assim como a história do Brasil é importante para o conhecimento do país, vez que relata todos os acontecimentos relevantes até os dias atuais, o conhecimento do genoma da população é igualmente necessário para se conhecerem as informações genéticas que apontem as características do povo.

O projeto “DNA do Brasil”, assim conhecido, foi finalmente lançado e será liderado pela geneticista Lygia da Veiga Pereira, da USP. Cerca de 15 mil brasileiros, na faixa de 35 a 74 anos de idade, participarão voluntariamente da pesquisa, ofertando o consentimento informado para tanto, cujos dados serão anonimizados, observando que já participam de um outro projeto denominado ELSA (Estudo Longitudinal de Saúde do Adulto).<sup>1</sup>

O objetivo da pesquisa, como sói acontecer nos países que aderiram rapidamente à iniciativa, é conhecer os fatores genéticos do povo brasileiro para compreender as doenças mais prevalentes e atuar preventivamente, formando uma verdadeira arquitetura do genoma pátrio onde serão encontrados indicadores clínicos que detectarão os prováveis grupos de risco e as recomendadas ações que devem ser tomadas para combatê-los. A leitura do DNA, desta forma, irá oferecer condições para garimpar informações importantes para que seja feito o reconhecimento do código genético da população e, a partir desse marco, possa fazer a prevenção contra as doenças com predisposição genética localizada.

É sabido que a população brasileira não é proveniente de uma única origem. Pelo contrário. Pela sua formação histórica, é fruto de uma miscigenação exacerbada. Aqui encontramos desde os povos indígenas, africanos, portugueses, italianos, espanhóis, alemães e outros imigrantes europeus, asiáticos e orientais, formando uma integração genética e cultural. Uma verdadeira Torre de Babel genética.

O projeto, por se tratar de uma inovação, que certamente renderá inúmeros benefícios para a saúde da população, merece o prestígio da comunidade uma vez que desempenhará importante tarefa e proporcionará ao Estado novas leituras para desenvolver políticas públicas que visem à redução de doenças tendo como prioridade as ações preventivas. Parte-se para uma medicina preventiva estruturada no genoma para garantir a saúde das pessoas. É uma verdadeira ponte ligando harmoniosamente o passado a um futuro promissor carregando melhores práticas para a *ars curandi*.

A humanidade, lentamente, vem reconhecendo a importância de que o segredo da vida está contido em cada um e na totalidade dos homens. 

## NOTA

1 <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2019/12/10/projeto-dna-brasil-pretende-mapear-genetica>



**EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA JÚNIOR** é Promotor de Justiça aposentado/SP. Mestre em Direito Público, pós-Doutorado em Ciências da Saúde, Reitor da Unorp, Advogado.

# Reforma Tributária, Capacidade Estatal e Federalismo

■ POR CARLOS ALBERTO CINQUETTI

**“Um problema para formulação política é um vício extrínseco da reforma, de vender a ilusão de que fará o salto federalista, ao invés de se apresentar como início de um processo que exigirá reformas nos estados e municípios. Temos várias Brasília nos estados e municípios.”**

**H**á algo de revolucionário na reforma tributária em discussão no Congresso, ao por como alvo a capacidade Estatal em prestar mais serviços públicos, e não a capacidade (de extorsão) fiscal. Também no meio: descentralização. Fortalecendo os governos locais e regionais, os melhores informados e posicionados a atenderem mercados e necessidades locais e regionais.



Começamos ilustrando o problema por Brasília. Nossa moderna capital federal erguida há cerca de 1.000 Km do litoral, sem simultânea construção de estradas e canais conectando-a aos principais centros econômicos do país. Distante, este governo teve, ainda, seu poder ampliado pelo protecionismo comercial e pela ampliação da máquina governamental. Este ambiente todo fomentou uma cultura de contratos viciados e de abusos com normas e tributos complexos e custosos.

O projeto de reforma tributária propõe unificar os impostos indiretos e limitar esta tributação no destino. Facilitará a vida das empresas, evitará ilegalidades e melhorará a desigualdade inter-regional; de uma industrialização que se concentrou em poucos estados.


Mas sua inspiração federalista é tímida; não suprime de vez o governo Federal nos impostos indiretos. Também ingênua, desconsidera a cultura política predatória dos estados e municípios, produto de décadas obtendo recursos com base em elos pessoais. Na China, onde a situação não era diferente, a abertura para os mercados apoiou-se em incentivos pró-negócios e mercados aos governos locais e regionais. Transferência fiscal a estados condicionada a projetos e desembolsos em investimentos.

Neste sentido, a timidez federalista da nossa reforma preservou, ao final, um instrumento para que prefeitos e governadores usem recursos de forma produtiva e criativa. Um incentivo para corrigir uma cultura de extorsão em governos regionais e municipais.

Um problema para formulação política é um vício extrínseco da reforma, de vender a ilusão de que fará o salto federalista, ao invés de se apresentar como início de um processo que exigirá reformas nos estados e municípios. Temos várias Brasília nos estados e municípios. As capitais de estados estão ou no litoral (ou próxima), nos estados litorâneos, ou na maior cidade do estado. Isto é, num extremo de distância do centro geográfico, e na mais cara e menos carente das cidades. Nos EUA, ficam em cidades menores e geograficamente centrais, significando também interiorização econômica dos estados. Sem contar a distância pelo tamanho dos estados; outro problema de nossa geografia política.

A proposta de extinção dos municípios com menos de 5 mil habitantes é oportuna. Foram montados para criar cargos políticos e estão financeiramente quebrados. Mas a busca por autonomia daqueles vilarejos foi também motivada pela sub-representação nas câmaras municipais. As Brasília municipais: tudo centrado na vila principal. Um problema solucionável com o voto distrital.

Resta o rentismo político das câmaras. Na maioria dos países desenvolvidos, vereadores não são remunerados em municípios com menos do que 200 mil hab.. Não havia tal remuneração no Brasil até início dos anos 80 e a vida política nos municípios (exceto Capitais) estava mais aberta ao cidadão comum.

Finalmente, nada foi dito sobre a criação dos *condados*, este ente jurídico inter-municipal. Nos EUA, os condados gerem as secretarias de Educação, significando menor custo administrativo e maior autonomia dessas secretarias frente a prefeitos desejosos de carginhos. Juntos, voto distrital, corte nas câmaras e os condados dariam um salto nos recursos e eficácia de nossas escolas. 



# O sistema de cotas em concursos públicos

■ POR ANGÉLICA PREVEDELLO SARZI

A inserção do deficiente físico no mercado de trabalho encontra guarida no texto constitucional sendo cogente que os editais de seleção pública contemplem a reserva de vagas, desde que atendidos determinados requisitos, segundo recentemente disciplinado pelo Decreto nº 9.508/18. Já em relação às cotas para negros, a Lei nº 12.990/14 possui vigência temporária, qual seja, de 10(dez) anos a partir de sua publicação. Nesse cenário, a fim de uniformizar sua aplicabilidade, o Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, editou a Orientação Normativa nº 3/16 a qual dispõe sobre regras de aferição da veracidade da autodeclaração prestada por candidatos negros. O tema possui alto índice de judicialização, por isso a importância de que seja de conhecimento dos operadores do direito as nuances que são levadas a apreciação pelo Poder Judiciário.

A Constituição Federal de 1988, em seu Título II, elenca os Direitos e Garantias Fundamentais, dentre eles, os direitos e deveres individuais e coletivos, sendo que o art. 5º, *caput*, consigna serem todos iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Por conseguinte, há necessidade de se procurar não apenas a aparente igualdade formal, mas, notadamente, a igualdade material.

As ações afirmativas buscam promover a igualdade material entre os desiguais constituindo-se hoje em importante instrumento de combate à discriminação. Podem ser definidas como determinações estatais que promovem a inclusão das minorias, garantindo igualdade de oportunidades para as pessoas, independentemente de seu sexo, religião, condição financeira, capacidade física, raça, etnia, ou qualquer outro meio de distinção.

No que tange a temática protetiva dos portadores de necessidades especiais, a Lei nº 7.853/89 dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, merecendo destaque a redação do art. 2, inciso III, letra *d*, o qual garante, dentre outros direitos, o direito ao trabalho, assegurando a reserva de mercado de trabalho mediante a adoção de legislação específica que a discipline.



**“A ideia que existe é a necessidade da intervenção do Estado em todas as vertentes, com o objetivo de buscar uma isonomia substantiva e minimizar a questão da restrição, sendo a política de cotas um meio, não um fim.”**

A indigitada lei foi regulamentada pelo Decreto nº 3.298/99, o qual sofreu recente alteração em relação aos dispositivos da Seção IV do Capítulo VII (Da equiparação de oportunidades) ante a edição do Decreto 9.508/18. Sendo esse diploma específico destinado a reserva às pessoas com deficiência de percentual de cargos e de empregos públicos ofertados em concursos públicos e em processos seletivos no âmbito da administração pública federal direta e indireta.

Por sua vez, o aludido Decreto já foi objeto de alteração ante a edição do Decreto nº 9.546/18 o qual teve o intuito de excluir a previsão de adaptação das provas físicas para candidatos com deficiência e estabelecer que os critérios de aprovação dessas provas poderão seguir os mesmos critérios aplicados aos demais candidatos.

Já a Lei nº 13.146/2015 traz o que há de mais recente no contexto de promoção da igualdade, pois institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Nos termos do art. 1º desse diploma legal, verifica-se que o seu escopo é assegurar e promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania.

Somando-se a isso, determina o art. 37, inciso VIII da Magna Carta que a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão. No âmbito da Administração Pública federal, o tema foi regulamentado pela Lei nº 8.112/90,

que trouxe apenas um percentual máximo de 20% (vinte por cento) das vagas ofertadas no certame.

Paralelamente, é fixado um percentual mínimo que deverá ser oferecido de vagas às pessoas com deficiência, o que se infere da redação dos §§ 1º e 2º do art. 1º do Decreto nº 9.508/18, antes mencionado. Assim sendo, verifica-se que a legislação garante um percentual mínimo de vagas para às pessoas com deficiência em certames da Administração Direta e Indireta, na esfera federal, trazendo regramento específico para as empresas públicas e sociedades de economia mista. Para estas, deve ser observada a tabela inserta no art. 93 da lei que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social (8.213/91), aplicável à iniciativa privada.

Desse modo, é cogente a observância de tais percentuais pela Administração Pública Federal quando da publicação de editais de concurso público para o provimento de cargos efetivos e de empregos públicos, bem como em processos seletivos para a contratação por tempo determinado para atender necessidade temporária de excepcional interesse público (Lei nº 8.745/93).

Em linha de síntese, a Lei de Cotas é um grande avanço no ordenamento jurídico brasileiro, mas, para que a lei tenha a eficácia, faz-se necessário que seus destinatários exijam os direitos que lhes são inerentes, através dos órgãos competentes. Vale frisar que os direitos fundamentais assegurados às pessoas com deficiência não são benefícios, mas a aplicação do princípio da igualdade material, além de uma sociedade livre, justa e solidária, sem preconceitos de qualquer natureza, nos termos do art. 3º, incisos I e IV da Constituição Federal de 1988.

Paralelamente, as ações afirmativas são medidas especiais e concretas para assegurar o desenvolvimento ou a proteção de certos grupos, com o fito de garantir-lhes, em condições de igualdade, o pleno exercício dos direitos do homem e das liberdades fundamentais. (art. 2º, § 2º, da Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, da Organização das Nações Unidas, ratificada pelo Brasil em 1968).

A Lei nº 12.288/2010, que institui em âmbito nacional o Estatuto da Igualdade Racial, instrumento destinado a garantir à população negra a efetividade da igualdade de oportunidades. O Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADPF 186, em 26.04.2012, declarou o reconhecimento da proclamação na Constituição da igualdade material. Nesse contexto, na medida em que essas distorções históricas forem corrigidas, não haverá mais qualquer razão para a subsistência dos programas de reserva de vagas em concursos públicos, pois o seu objetivo já terá sido alcançado.

Por conseguinte, as políticas de ações afirmativas fundadas na discriminação reversa apenas são verdadeiras se a sua sustentação estiver condicionada à constância, no tempo, do quadro de exclusão social que lhes deu origem. Caso contrário, tais políticas poderiam converter-se em benesses permanentes, instituídas em prol de determinado grupo social, mas em prejuízo da coletividade como um todo, conjuntura incompatível com o espírito de qualquer Constituição que se pretenda democrática.

A Lei nº 12.990, de 9 de junho de 2014 estabelece política afirmativa, por meio da reserva, a pessoas negras e pardas, de 20%(vinte por cento) das vagas oferecidas em concurso público. Poderão concorrer às vagas reservadas a candidatos



negros aqueles que se autodeclararem pretos ou pardos no ato da inscrição no concurso público, conforme o quesito cor ou raça utilizado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE (art. 2º da Lei). Sua aplicação se restringe ao âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União. Verifica-se que a lei é temporária, promove a igualdade material, sendo constitucional o fator de distinção, não há ofensa ao princípio do concurso público e a medida observa o princípio da proporcionalidade em todas as suas dimensões.


Paralelamente, cabe à administração pública coibir os abusos e usos indevidos do sistema de cotas raciais, uma vez que o objetivo da reserva das vagas é beneficiar os negros, de cor preta ou parda e que sofram discriminação pelos fenótipos da etnia negra, e não indivíduos que tentam se aproveitar da previsão legal, sem qualquer identificação étnica com a causa racial. Assim sendo, se considera legal a exigência da Administração Pública de avaliar o candidato que se autodeclara negro, visando analisar seu fenótipo, a fim de evitar fraude e o desvio da norma que instituiu as cotas.

Buscando assegurar que os editais de concurso público previsssem etapa de verificação da autodeclaração, a Secretaria de Gestão de Pessoas e Relações do Trabalho no Serviço Público – SEGRT/MP, publicou no *Diário Oficial da União* (DOU) a Orientação Normativa (ON) nº 3 no dia 2 de agosto de 2016. O normativo estabeleceu que órgãos e entidades da administração pública federal deveriam prever, nos editais de abertura, mecanismos para verificar a veracidade da informação prestada por candidatos que concorrem às vagas reservadas às pessoas negras, considerando exclusivamente o critério fenotípico.

O fenótipo refere-se tanto a características relacionadas com a aparência quanto a características fisiológicas. Ou seja, as formas e critérios de constatação da veracidade da autodeclaração deverão considerar, tão somente, os aspectos fenotípicos do candidato, os quais serão verificados obrigatoriamente com a presença do candidato. A comissão designada para a averiguação da veracidade da autodeclaração deverá ter seus membros distribuídos por gênero, cor e, preferencialmente, naturalidade.

Portanto, a ideia que existe é a necessidade da intervenção do Estado em todas as vertentes, com o objetivo de buscar uma isonomia substantiva e minimizar a questão da restrição, sendo a política de cotas um meio, não um fim.

Diante disso, nos casos permitidos pela Constituição, tem-se que é possível tratar de forma diferenciada determinados grupos de pessoas, ainda que de modo temporário e isolado, desde que se pretenda corrigir ou reparar uma situação de desigualdade já existente.

Em linha de conclusão, não se pode esquecer que a Constituição brasileira consagra o mérito como via de acesso ao cargo ou emprego público, já que, exige, em regra, a realização de concurso de provas ou de provas e títulos para o ingresso na Administração Pública. 



ARQUIVO PESSOAL

**ANGÉLICA PREVEDELLO SARZI** é Advogada da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares – EBSEH – filial Hospital Universitário de Santa Maria HUSM-UFMS, Especialista em Direito Civil pela Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes -Anhanguera e em Direito Constitucional Aplicado pelo Complexo Educacional Damásio de Jesus.

# Aprovação do texto base que retifica as diretrizes do imposto sobre serviços: Uma luz no fim do túnel

■ POR MATHEUS MARQUES BORGES

DIVULGAÇÃO

**“A proposta, apesar de embrionária, vez que para ter condão de lei, necessitará ainda do crivo do Senado e do Presidente da República, pode representar indubitavelmente um sinal de elucidação de definição legislativa, a fim de obstar a inevitável e certa enxurrada de ações.”**

**A** estereotipada guerra fiscal, emergiu-se em linhas gerais junto com a autonomia de determinados entes da Administração Pública Direta, de evocarem incentivos nos impostos de sua competência, com fim de enlevar empresas e investidores para enraizarem-se na sua respectiva região, e dessa forma, alavancar a economia e a arrecadação tributária na região.

O dito embate, assevera-se ainda mais no que cerne ao ISS. Já que além da disparidade do que se refere a alíquota do mesmo, tendo em vista a autonomia dos municípios em regrar o percentual da alíquota, evidentemente dentro dos limites estabelecidos, de igual maneira, há tempos que a famigerada controvérsia atinente a localidade do recolhimento do mesmo, é de fato, uma vertente que acaba por onerando em demasia os contribuintes de forma geral.

Neste diapasão com o advento da lei complementar nº 116/2003, legislação esta, que em conjunto sobretudo com a CRFB 88 e a EC nº 37/2002, regula as diretrizes gerais atuais no que cerne as relações do aludido tributo, foi proporcionado paulatinamente maior roupagem legal a cobrança e instituição do tributo. Como por exemplo a definição da prerrogativa de competência para os municípios definirem a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa; a alíquota máxima de 5%; definição como fato gerador a prestação de serviços que constam na lista anexa a referida Lei, entre outros.

Já no que tange ao local do recolhimento, evidentemente como bem firmado acima, centro do aludido debate, para tal cerceamento, a aludida legislação segregou diversos tipos de serviço. De modo que a regra geral, dispõe que o ISS deve ser recolhido no município onde está sediado o prestador, ou ainda na falta deste, no local de sua residência. Subsistindo outrossim, exceções que rogam pelo dever do recolhimento onde o serviço é de fato prestado.

A título de exemplo, portanto não se limitando a estas, há definição quanto na hipótese do serviço ser proveniente do exterior do País ou cuja prestação se tenha iniciado no exterior do País, o tributo será devido na sede do tomador ou intermediário; outra hipótese é de que seja recolhido no local da instalação dos andaimes, palcos, coberturas e outras estruturas, no caso dos serviços de cessão de andaimes, palcos, coberturas e outras estruturas de uso temporário; outra é de que será no local da demolição para os serviços de demolição; ou ainda no local do Município onde está sendo executado o transporte, no caso dos serviços de transporte de natureza municipal, entre outros.

Neste viés, amparado pela sina de defender seus próprios interesses e assim aumentar suas respectivas receitas primárias, comumente é vislumbrado entraves entre municípios, que de um lado afirmam que o aludido imposto deve ser recolhido no município onde a empresa prestadora do serviço esta localizada, e do outro lado, os que defendem o recolhimento do ISS no local onde o serviço foi prestado, emergindo por derradeiro duas tributações atreladas a um mesmo fato gerador concreto, ou seja, a bitributação para o contribuinte.

Atualmente, e em razão da problemática acima discorrida, há municípios em três cenários distintos que pleiteiam e exigem concomitantemente a arrecadação do ISS para si. O Município em que os serviços produzidos são disponibilizados ao tomador do serviço; o Município onde efetivamente ocorre a produção dos serviços prestados; e um terceiro que reivindica a receita do ISS por abarcarem no interim do seu território as sedes administrativas das empresas prestadoras dos serviços, independentemente de neles não estejam localizados, efetivamente, o estabelecimento produtor tampouco o consumidor.


Ora, é cediço que esta diretriz precisa ser conscientemente delimitada, com regras claramente conhecidas por todos, sem que hajam qualquer tipo de possibilidade de interpretação dúbia que favoreça um ou outro município. Esta situação em verdade, trata-se de um evidente desvio de finalidade do legislador que favorece claramente os administradores públicos que burlam a letra da lei, se utilizando de interpretações tortuosas para arbitrariamente compelirem os contribuintes o recolhimento do tributo.

Uma alternativa que seria factível, e que certamente desoneraria da bitributação o prestador de serviço, seria o compartilhamento da receita intermunicipal, em situações como as acima descritas, entretanto cabalmente obstado por força da onerosa operacionalização do aludido procedimento.

Nesta seara, o município como o de São Paulo a partir do ano de 2006 criaram o CPOM, ou o Cadastro de Prestadores de Outros Municípios ou ainda CENE, Cadastro de Empresas não Estabelecidas, como é chamado em outros municípios, com propósito de primeira vista de combater a sonegação, prevendo que empresas de outros municípios daquele que o institui, façam um cadastro prévio e comprovem, através de um rol probatório como contas telefônicas, IPTU dentre outras, que possuem o estabelecimento extramunicipal. Hipótese contrária, ou seja, cenário em que empresa não esteja cadastrada na referida plataforma, ou não consiga comprovar a sua localidade, o tomador do serviço, ou seja, seu cliente, é compelido a fazer a retenção do ISS. Hipótese ainda, que a referida empresa fica suscetível a ser cobrado no domicílio onde supostamente estejam instaladas. Em outras palavras, pagando duas vezes o mesmo imposto.

Desta feita, na tentativa de cercear e por fim na referida penumbra, o Plenário da Câmara dos Deputados, aprovou no dia 02/12/2019, proposta que prevê uma transição para que o ISS, a cargo dos municípios, passe a ser pago à cidade na qual os serviços são de fato prestados, regimento este alusivo restritamente aos serviços de planos de saúde; planos médico-veterinários; administração de fundos, consórcios, cartões de crédito e débito, carteiras de clientes e cheques pré-datados; e serviços de arrendamento mercantil (leasing).

A proposta original, prevê uma transição pela qual até o fim de 2020, 66,5% do ISS nesses tipos de serviços deverão ser destinadas ao município do local do estabelecimento do prestador do serviço e 33,5% com o município do domicílio do que contratou. Em 2021, 33,5% do ISS ficarão com o município do local do estabelecimento do prestador do serviço e 66,5% com o município do domicílio do Tomador dos Serviços. Em 2022, 15% ficarão com a cidade do prestador do serviço e 85% com o Tomador dos Serviços. A partir de 2023, 100% do ISS ficará com o município do domicílio de quem contratou o serviço.

Desta feita, a proposta, apesar de embrionária, vez que para ter condão de lei, necessitará ainda do crivo do Senado e do Presidente da República, pode representar indubitavelmente um sinal de elucidação de definição legislativa, a fim de obstar a inevitável e certa enxurrada de ações, e quiçá derradeira início do prosseguimento da consignação em pagamento do tributo por parte das Empresas, até que a questão relativa ao efetivo destino do tributo seja dirimida de uma vez por todas. 



ARQUIVO PESSOAL

**MATHEUS MARQUES BORGES** é Advogado.

# O Direito como Instrumento de Conciliação e não de Confronto

■ POR REIS FRIEDE

**A** decisão de ter filhos (e, portanto, de interromper ou não uma gravidez indesejada) é de exclusivo arbítrio da mulher, uma vez que se trata de um direito inalienável em relação ao seu próprio corpo. Quanto a tal assertiva não deve restar qualquer dúvida.

É esse, inclusive, o entendimento político-jurídico (atual) prevalente nos países mais desenvolvidos do mundo.

Porém, não há como deixar de reconhecer que o procedimento para a realização do aborto (evidentemente) não é (de nenhuma forma) uma conduta que deve ser estimulada e, muito menos, praticada. Trata-se, a toda evidência, de uma inconteste agressão (em todos os seus variados sentidos), assim como um desprezível ato de impedir um ser vivo (embrionário ou fetal) de se consumir como um ser humano pleno.

Portanto, a questão fundamental para se evitar tal prática não passa (e nem pode passar) por simplesmente obrigar (ou seja, compelir, contra sua vontade e ao arrepio de seu direito) a mulher a não praticar a interrupção da gravidez. Muito pelo contrário, o que deve ser incentivado, – ao reverso, de todas as infrutíferas tentativas de compelir a mulher a aceitar sua gestação indesejada –, é exatamente convencê-la (voluntariamente) a não o fazer, buscando conciliar, nesta toada, os importantes e incontestes direitos, tanto da mulher, como do nascituro, que apenas (aparentemente) se contrapõem.

Se é sempre verdade que seres racionais (providos do atributo da inteligência) podem (e necessariamente devem) sempre dialogar, chegando, conseqüentemente, a um ponto de concórdia e de convergência, é forçoso reconhecer que respeitar os direitos inalienáveis de uma mulher de não ter filhos, não significa (necessariamente) concordar, em contrapartida, com a prática do aborto e, muito menos, com a realização do procedimento.

Em sentido diametralmente oposto, tal assertiva se traduz em uma imensurável conscientização quanto às enormes vantagens (em benefício de todos) quando conseguimos conciliar os interesses que podem, equivocadamente, se apresentar como antagônicos.

Nesse sentido, é plenamente possível se estabelecer uma solução conciliatória que, ao mesmo tempo, reconheça os direitos inalienáveis da mulher ao seu corpo, como também proteja os interesses de casais inférteis que tanto ambicionam e, igualmente, possuem inalienável direito de ter um filho.

Oportuno observar, nesse sentido, que se o Estado brasileiro, com sua persistente cultura intervencionista na vida dos indivíduos, simplesmente não existisse, o problema se resolveria, por si só, através (dentre outros instrumentos) da adoção direta, hoje expressamente proibida (e tipificada como crime) por uma legislação completamente dissonante em relação à realidade nacional; o que acaba por incentivar práticas cruéis (e verdadeiramente criminosas), a exemplo dos constantes abandonos de recém nascidos (indesejados por suas gestantes) em logradouros públicos. ☐



**REIS FRIEDE** é Desembargador Federal, Presidente do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (biênio 2019/21), Mestre e Doutor em Direito e Professor Adjunto da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO).





# Pelo direito à vida das mulheres

■ POR DJAMILA RIBEIRO

**“Mulheres negras são mães, irmãs, companheiras de homens negros, alvos preferenciais da política de segurança pública, havendo a necessidade de contemplar essa realidade ao se desenhar uma política pública de assistência a essas mulheres.”**

**I**nstituído no Brasil pela Lei nº 11.489, de 2007, o Dia Nacional de Mobilização dos Homens pelo Fim da Violência contra as Mulheres é marcado no dia 6 de dezembro. Trata-se de uma data mundial criada após, em 1989, um universitário canadense de 25 anos entrar em uma sala de aula de engenharia em Montreal, ordenar que todos os homens do recinto saíssem para que ele pudesse assassinar todas as mulheres presentes, o que acabou fazendo, cometendo suicídio em seguida.

Salvo alguma movimentação incipiente, não há nas ruas nenhuma passeata, ato, ou o que quer que seja voltado a discutir a violência de homens contra mulheres em um dos países campeões de futebol e de feminicídio. Pode-se dizer, claro, que se trata de data sem adesão. Celebremos o que já se tem feito, mas que seja apontado que não há movimentação expressiva no último 6 de dezembro, como não houve no 5 de dezembro, nem no 4 de dezembro, como não tem havido em outros dias.

Na última semana do mês de novembro, Elitânia Souza, promissora liderança da comunidade quilombola da Vitória, no município de Cachoeira, na Bahia, e aluna do curso de serviço social da Universidade Federal do Recôncavo Baiano, foi assassinada a tiros pelo homem que no passado havia sido seu companheiro.

Contra ele, já havia uma medida protetiva decretada pela Justiça, mas que não foi qualquer impeditivo para que cometesse essa atrocidade. Mais uma voz é sufocada no país de herança patriarcal.



A universidade decretou luto, as mulheres quilombolas convocaram atos e o homem foi preso. Alguns homens aliados e politicamente empáticos ao combate a essa arquitetura de morte de mulheres à parte, pergunta-se sobre a mobilização voltada à discussão e à prática contra a violência de gênero praticada pelo grupo social masculino, que resulta em dados de extermínio.

Sim, há um processo de extermínio de mulheres em curso no país. Segundo dados colhidos na organização art. 19, em 2013 houve um feminicídio a cada 90 minutos no país e, em 2010, foram registrados cinco espancamentos de mulheres a cada dois minutos.

Dados recentes divulgados na pesquisa “Evidências sobre Violências e Alternativas”, desenvolvida pelo Instituto Igarapé, constataam que mulheres são a maioria das vítimas de violência no Brasil. Com exceção do homicídio, elas são as que mais sofrem violência física (73%), patrimonial (78%), psicológica (83%) e sexual (88%).

Em muitos casos, o agressor é o homem que conta com o afeto da vítima, inclusive crianças.

Vale lembrar que o Brasil é o país campeão em casamento infantil, uma violência naturalizada e sobre a qual pouco se discute ou se cria conscientização.

Antes do risco de se casar adolescente, a vida da mulher também está em risco. As principais vítimas de violência sexual, 56,4% delas, são crianças, em especial meninas. Nesses casos, os agressores são homens conhecidos (65%). No caso de mulheres adultas, homens desconhecidos estão entre 44% dos agressores sexuais.

Um olhar racial nos mostra como a situação é sobretudo mais dramática para mulheres negras. Um exemplo bem ilustrativo é o levantamento de dados após os dez anos de vigência da Lei Maria da Penha, no qual foi constatada uma redução de 10% no número de morte de mulheres brancas, ao passo que foi detectado um aumento de 54% de mortes de mulheres negras.

Várias razões podem ser apontadas para tanto, sobretudo uma falta de um olhar interseccional ao desenhar essa política pública. Quem são em geral os companheiros de mulheres negras e em que situação social elas se encontram? Como se valer de uma lei quando a relação da polícia com a realidade que elas vivem é totalmente diferente do contexto das mulheres brancas?

Mulheres negras são mães, irmãs, companheiras de homens negros, alvos preferenciais da política de segurança pública, havendo a necessidade de contemplar essa realidade ao se desenhar uma política pública de assistência a essas mulheres.

Certamente há a necessidade de um olhar dos gestores públicos a essas questões, embora saibamos estar sob um governo sem compromisso com essa agenda.

Exatamente por isso, reforça-se à sociedade civil, às organizações e aos homens em geral, beneficiários do sistema patriarcal e que se põem contra essa estrutura de opressão que tem assassinado mulheres, a pergunta: o que vocês podem fazer para colaborar nessa luta?

É necessário responsabilidade para trabalhar pela mudança de um cenário tão dantesco. **C**



**DJAMILA RIBEIRO** é Mestre em filosofia política pela Unifesp e coordenadora da coleção de livros Feminismos Plurais.



# A cultura da violência e o feminicídio

POR ALEXANDRE CARRINHO MUNIZ E TAMMY FORTUNATO

**“Se cada casal possui diferenças no relacionamento, certamente há inúmeros caminhos para resolução de tais diferenças, mas nenhum deles deve passar, de modo algum, pela prática da imposição de pensamento e atuação, com viés violento e agressivo. Aceitar as diferenças, respeitar as opiniões e, principalmente, respeitar as decisões daquelas que dizemos amar, é o caminho para o fim do feminicídio.”**

**A** morte de mulheres, pelo fato primordial de serem mulheres, infelizmente não é uma circunstância nova na história do mundo. Há várias passagens acerca do homicídio de mulheres por essa razão (serem mulheres), mas podemos destacar aquelas ocorridas nos campos algodoeiros, em Ciudad Juarez, no México, nos anos 90, quando tais atos, motivados pela circunstância de muitas mulheres obterem emprego, em detrimento de homens (já que se pagava um salário menor), o que não era admitido pela comunidade machista da época, eram praticados de forma qualitativa e quantitativamente espantosa e, o que é pior, sem qualquer atitude do Estado na responsabilização, promovendo a impunidade e estimulando a violência contra a mulher.

O termo femicídio, que derivou o feminicídio, tem sua raiz etimológica para além do homicídio de uma mulher por ela ser mulher; traz em si, também, a histórica omissão do Estado na tomada de providências de natureza preventiva e repressiva contra essa violência.

Se os estudos sobre tal fenômeno levaram tempo demais para que surtissem resultados, é certo que a ação do Estado levou muito mais tempo para que tomasse as providências necessárias, ao menos, fazer diminuir a epidemia da violência contra as mulheres, começando pela conscientização da equidade de gênero (preferimos o termo equidade, que revela as diferenças essenciais que devem ser levados em consideração, pois os iguais devem ser tratados igualmente, e os desiguais, desigualmente, na medida de sua desigualdade).

Trezes anos depois de uma lei de combate à violência contra a mulher, e cinco anos após a vigência da lei do feminicídio (13.104/15), o que temos ainda é um lamentável crescimento no número de mulheres assassinadas, muitas vezes de modo cruel, por homens que se utilizam do ciúme, da posse, e por incrível que possa parecer, do amor, para justificar seus atos.

O advento da Lei nº 13.104/15 foi importante não só para punir de modo mais rigoroso homens que matam suas companheiras ou ex companheiras, mas principalmente, para demonstrar o grande número de mulheres assassinadas por sua condição de gênero, cujos números passou a se contabilizar.

A estatística do feminicídio ficou, por muito tempo, perdida dentre os vários casos de homicídio na história brasileira, confundindo-se com as mortes no trânsito, em bares ou brigas, e as premeditadas por qualquer outra razão. Mas é o feminicídio que, dentre todas as mortes, causa as maiores chagas sociais, pois revelam a covardia do homem quando quer impor à mulher sua (falsa) superioridade. E o que é pior, por muito tempo aplaudido (ainda que em silêncio), por homens e mulheres.

Mulheres são vítimas de homens que não aceitam um não, um término, um ponto final. A frase popular “se não for minha, não será de mais ninguém”, retrata uma realidade de posse, esquecendo-se o homem que ninguém é dono de ninguém, que não há posse ou propriedade que atinja pessoas.

Na realidade, a ideia de posse ou propriedade sobre uma mulher remete aos tempos antigos, do patriarcado, época em que mulheres eram vistas como patrimônio do pai, irmãos e marido, até porque leis não eram feitas para mulheres.

O patriarcado, assim como a ideia de propriedade/posse da mulher pelo marido, ainda tem grande influência na sociedade atual. Scardueli<sup>1</sup>, trata que: “A educação, no sistema patriarcal, que ainda exerce forte influência nas relações de gênero, associa as mulheres ao casamento, que deverá ser para sempre; à maternidade; ao isolamento no lar, onde ela ficará afastada, isolada do mundo exterior, guardada em domínio privado, do marido, provavelmente.”

O tempo passou e as leis mudaram, mas a ideia da posse/propriedade das mulheres pelos homens ainda precisa mudar. As mulheres já mudaram. Ganham autonomia, independência (financeira e emocional), são donas de seus destinos de suas vidas, mas o pensamento de muitos homens ainda ficou para trás, ainda é arcaico.

Embora a Constituição da República, traga em seu art. 5º, que todos são iguais perante a lei, garantindo igualdade de direitos e, inclusive o direito a vida, as mulheres em pleno século XXI, ainda precisam de uma lei específica para ter o seu direito mais valioso protegido, o direito a vida.

A lei do feminicídio prevê punições mais rigorosas quando mulheres são mortas por sua condição de gênero. Para Lima<sup>2</sup>, “A lei busca ser, antes de mais nada, um instrumento para coibir a impunidade, pois as taxas de violência contra a mulher são resultados de tolerância e negligência”.

Mulheres buscam ajuda do Estado para tentar ficar livre da violência a que são submetidas, mas que têm seus apelos segregados pela omissão e negligência, daquele que de alguma forma deveria protegê-la, já que prega a dignidade da pessoa humana, em sua Carta Magna.

Quantas mulheres foram mortas depois de registrarem inúmeros boletins de ocorrência, sem que nada fosse feito por aquele de deveria garantir a sua dignidade, o seu bem maior, a vida? O Estado, por muitas vezes, ignora o clamor de socorro feito por uma mulher.

Infelizmente a violência institucional, aquela praticada por agentes do Estado, seja por ação ou por omissão, ainda impede uma boa resolução dos problemas enfrentados nessa seara.

Mulheres vítimas de feminicídio já experimentaram todas as fases do ciclo da violência, até que, infelizmente, encontraram um ponto final. Mulheres que sofreram graves violências, não só emocionais, mas principalmente, físicas.

Via de regra, o feminicídio é o ápice da violência contra a mulher, quando o covarde agressor ainda procura impor seus caprichos, distendendo tanto quanto possível os limites do tratamento, a começar pela submissão, desprezo, humilhação, passando pelas ameaças e agressões (das mais leves às mais graves) e, finalmente, chegando à morte daquela mulher que se pretendeu objeto o tempo todo.

Na ideia de Lima, as principais vítimas de feminicídio são aquelas que cansaram de acreditar na mudança do parceiro ou ex parceiro: “A mulher vítima de feminicídio é aquela que decide pôr um fim ao relacionamento abusivo ou na agressão manifesta, aquela que reage, quando a mulher, por exemplo, não aceita a condição de subserviente”.<sup>3</sup>

É preciso entender o significado da palavra não, aceitar o livre arbítrio das mulheres, compreender que não existe posse/propriedade sobre quem quer que seja, que todos são livres.

Essa tripla conscientização, dos meninos de que a mulher deva ser respeitada em todos os termos, e das meninas que não aceitem, jamais, qualquer espécie de limitação de sua liberdade de agir e pensar, e dos terceiros, que jamais sejam coniventes com tais atitudes, aliado a um agir eficiente do Estado, certamente fará, ainda que a passos mais lentos do que gostaríamos, mudar a sociedade, diminuindo essas pavorosas distinções entre homem e mulher e, como um motor mais forte, fazendo cair o número de casos de violência e feminicídio.

Se cada casal possui diferenças no relacionamento, certamente há inúmeros caminhos para resolução de tais diferenças, mas nenhum deles deve passar, de modo algum, pela prática da imposição de pensamento e atuação, com viés violento e agressivo.

Aceitar as diferenças, respeitar as opiniões e, principalmente, respeitar as decisões daquelas que dizemos amar, é o caminho para o fim do feminicídio. **C**

## NOTAS

1 Scardueli. 2018, p.82

2 Lima. 2017, p. 77

3 Lima. 2017,p.77

## REFERÊNCIA

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil, 1988*. Brasília: Senado Federal. 19ªed. Saraiva. São Paulo: Saraiva, 1988.

LIMA, Ilana D. M. Da Cunha, Júnior José Flôr de M., Guimarães Daniel. *A violência contra a mulher: o enfrentamento à violência contra a mulher como forma de garantia dos direitos humanos e fundamentais: uma análise das legislações brasileira e espanhola*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

SCARDUELI. Márcia Cristiane Nunes. *Lei Maria da Penha e a Violência Conjugal: discursos, sujeitos e sentidos*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2018.



**ALEXANDRE CARRINHO MUNIZ** é Promotor de Justiça em Santa Catarina, Diretor da Escola do Ministério Público, e Mestre em Ciência Jurídica.



**TAMMY FORTUNATO** é Advogada inscrita na OAB/SC sob o nº 17.987 e Presidente da Comissão de Combate às Violências Contra a Mulher do Instituto dos Advogados de Santa Catarina – IASC, e pós graduada em Direito e Negócios Internacionais.



# Feminicídio: Mais um capítulo do Direito Penal simbólico agora mesclado com o politicamente correto

■ POR EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE

“Qualquer pessoa tem em sua experiência de vida o conhecimento de casos de crimes passionais que, realmente, em sua grande maioria têm por vítima mulheres. Dessa maneira, não se pode objetar que um criminoso que mata uma mulher porque a considera uma espécie de objeto, de propriedade, de animal sobre o qual tem poder de vida e morte, deva ser tratado com exemplar rigor pela legislação penal.”

**O**riunda da CPMI de Violência contra a Mulher no Brasil e do Projeto de Lei do Senado nº 292, de 2013, pode vir a lume lei que cria mais uma forma qualificada de homicídio no Código Penal Brasileiro.

O art. 121, CP, que prevê o crime de homicídio, era até então dotado de seis parágrafos, sendo que o seu § 2º, I a V previa as qualificadoras que levavam a pena de reclusão do homicídio simples de 6 a 20 anos para 12 a 30 anos.

A legislação inovadora cria um § 7º e outro § 8º para o fim de regular o que se convencionou chamar de “Feminicídio” e que configura uma nova forma qualificada de homicídio tendo por vítima mulher em situação da chamada “violência de gênero”. A pena cominada não difere das demais formas de homicídio qualificado, permanecendo nos limites da reclusão, de 12 a 30 anos.

O PLS 292/13 apresenta uma “Justificação” que faz referência à violência contra a mulher em todo o mundo e, especialmente no Brasil, apontando dados e estatísticas de órgãos internacionais como a ONU. O foco é principalmente a situação em que a morte é imposta à mulher em circunstância de violência doméstica e familiar, bem como a disseminada impunidade desses crimes.

Legislações semelhantes e com “nomen juris” também similares (v.g. “feminicídio”, “assassinatos relacionados a gênero”, “violência feminicida”) são encontráveis em diplomas penais no México, Guatemala, Chile, El Salvador, Peru, Nicarágua e Argentina.

Segundo o texto de justificação do PLS 292/13, a primeira vez em que o termo “Feminicídio” foi utilizado foi nas Conclusões Acordadas da 57ª Sessão da Comissão sobre o Status da Mulher da ONU, cujo texto foi aprovado em 15 de março de 2013. Logo em abril do mesmo ano vem a aprovação pela Comissão de Prevenção ao Crime e Justiça Criminal do Escritório da ONU para Drogas e Crime, um projeto de resolução contendo recomendação à Assembleia Geral da ONU e incentivando os países – membros a tomar providências quanto ao “Feminicídio”.

Nenhuma pessoa em sã consciência pode ser favorável ou sequer indiferente à prática de violência contra mulheres, pior ainda à prática de homicídio contra estas. Qualquer um que tenha uma mentalidade favorável ou indiferente a essas barbaridades somente pode ser classificado, sem peias, como alguma espécie de canalha ou psicopata. Essa conclusão não se altera se a vítima é um homem. A violência contra o ser humano (homem ou mulher), especialmente o homicídio, é inaceitável. Discute-se muito sobre a existência ou não de um conceito material de crime e o homicídio parece ser um exemplo inescapável de uma conduta criminosa não apenas convencionalmente, mas pela própria natureza, desde que se tome por base a necessidade humana de convívio social.

De acordo com a letra da lei e conforme o acima mencionado, o simples fato de ser uma mulher o sujeito passivo de um crime de homicídio não é suficiente para caracterizar o “Feminicídio”. Este somente estará configurado se essa forma “extrema de violência” contra a mulher, que a leva à morte, for perpetrada num contexto de “violência de gênero”. Portanto, tratar-se-ão de homicídios que ocorram em situações em que o agressor mate a mulher numa atitude de exercício de um suposto “direito de posse” ou de “domínio pleno” sobre a vítima.

Obviamente a vítima do “Feminicídio” somente poderá ser uma mulher. Já o autor do crime em geral será um homem, mas nada impedirá que uma mulher atue como coautora ou participe. Além disso, tendo por base a Lei 11.340/06 não é totalmente afastável a hipótese de que uma mulher possa ser sujeito ativo do crime de “Feminicídio”, desde que esteja atuando em uma relação de “violência de gênero” contra a vitimada. Por exemplo, se uma mãe mata a própria filha porque não quer permitir que esta estude e pretende lhe impor um papel social estritamente feminino segundo uma visão que divide de forma estanque as funções sociais de homens e mulheres (inteligência do art. 5º e seu Parágrafo



Único da Lei 11.340/06 que, aliás, não exclui da violência de gênero as relações homoafetivas).

Este é o espírito da legislação sob comento, embora a “Teoria de Gênero” e seu aviltamento à natureza humana em matéria sexual já tenha sido muito bem denunciada por autores como Jorge Scala que sequer admitem a existência de uma “Teoria”, mas de uma pura e simples “Ideologia de Gênero” no seio da qual o que seria sociologia, história, direito, filosofia se transforma imediatamente em puro jogo de poder, ou seja, Política em seu sentido mais mesquinho, que é o de simples luta pelo Poder ao custo inclusive da verdade.<sup>1</sup>

Não obstante, como já dito neste texto, há sim algo de bastante real e palpável no que diz respeito à violência contra a mulher, inclusive em situações que se adequariam ao que se convencionou chamar, por caminhos tortos ou não, de “violência de gênero”. Qualquer pessoa tem em sua experiência de vida o conhecimento de casos de crimes passionais que, realmente, em sua grande maioria têm por vítima mulheres. Dessa maneira, não se pode objetar que um criminoso que mata uma mulher porque a considera uma espécie de objeto, de propriedade, de animal sobre o qual tem poder de vida e morte, deva ser tratado com exemplar rigor pela legislação penal.

O grande problema, que torna a lei enfocada mais um triste exemplo de um Direito Penal meramente simbólico, totalmente inútil e demagógico, é o fato de que o homicídio de uma mulher nessas circunstâncias sempre foi, desde 1940 com a edição do Código Penal Brasileiro, uma espécie de homicídio qualificado. Nessa situação a qualificadora do “motivo torpe” estaria obviamente configurada e a pena é exatamente a mesma, ou seja, reclusão, de 12 a 30 anos (vide art. 121, § 2º, I, “in fine”, CP).

A grande questão que se impõe é: para que serve então o alardeado “Feminicídio”? E a resposta clara e evidente é: para nada! Após o advento do “Feminicídio” o que melhorará na vida das mulheres em risco de sofrerem violência ou mesmo serem assassinadas por seus algozes? Rigorosamente nada! O que era um crime qualificado continua sendo, a pena continua a mesma. Afora o fato já mais do que repetido pelos estudiosos do Direito de que a seara criminal não é a panaceia para todos os males, a criação de um novo tipo penal ou pior, a mudança do nome de uma conduta já prevista como crime, da mesma forma e com a mesma pena, não é e nunca será a solução para qualquer problema social ou conflitivo. Essa é base do Direito Penal Simbólico: fingir que não se sabe dessas constatações há tempos disseminadas pela melhor doutrina, pela ciência criminal. Fingir que não sabe o que na verdade sabe e seguir produzindo leis inúteis, mas que rendem para certas pessoas e perante determinados grupos dividendos políticos. Enquanto isso, mulheres e homens continuarão sendo mortos entre 50 mil e 70 mil homicídios/ano no Brasil.

Em suma, de forma alguma age o legislativo brasileiro seguindo o conselho corretíssimo de Karl Binding no sentido de que “o legislador sábio deve fazer como o bom cirurgião: só recorre à faca onde há enfermidade”.<sup>2</sup>

Na “Justificação” do PLS 292/13 a ignorância jurídico-penal mesclada com a demagogia típica de cultores do Direito Penal Simbólico resta mais do que evidente:

“A importância de tipificar o feminicídio é reconhecer, na forma da lei, que mulheres estão sendo mortas pela razão de serem mulheres, expondo a fratura da desigualdade de

gênero que persiste em nossa sociedade, e é social, por combater a impunidade, evitando que feminicidas sejam beneficiados por interpretações jurídicas anacrônicas e moralmente inaceitáveis, como o de terem cometido ‘crime passional’. Envia, outrossim, mensagem positiva à sociedade de que o direito à vida é universal e de que não haverá impunidade. Protege ainda a dignidade da vítima, ao obstar de antemão as estratégias de se desqualificarem, midiaticamente, a condição de mulheres brutalmente assassinadas, atribuindo a elas a responsabilidade pelo crime de que foram vítimas”<sup>3</sup>

Note-se que pelo que consta da passagem acima a lei penal é então uma espécie de *panfleto feminista*. Utiliza-se a via da lei penal para denunciar uma situação fática. Essa não é a função da lei penal e, aliás, de nenhuma lei. As leis servem para regular a conduta humana, tornando o convívio social pacífico possível, sabendo-se sempre que haverá um grau suportável de conflito. Lei alguma tem por objetivo ou deveria ter o uso panfletário, a denúncia. Ora, isso é função de discursos políticos, de mobilização social, não de leis. O que fundamenta essa objeção é não somente a natureza das leis ao longo da história humana, mas simplesmente o fato de que a lei não exerce a contento essa função ali exposta.

No seguimento vem a “Justificação” alegar que a criação do “Feminicídio” iria por cobro à impunidade, que iria impedir interpretações anacrônicas e moralmente inviáveis em casos de homicídios de mulheres. Mais ainda, iria impedir a ilação de que em um caso de morte de mulher se chegasse à conclusão de que houve um “crime passional”!

As asneiras expostas nessa parte do enunciado são tão abrangentes que devem ser analisadas separadamente.

Primeiro a questão do combate à impunidade mediante a criação de uma nova qualificadora no homicídio ou em qualquer crime. Não há nada mais evidenciado pela ciência criminal e pela própria experiência mundial e, principalmente brasileira, do que o fato de que a criação de novas modalidades penais em nada, absolutamente nada alteram a questão da impunidade. Uma afirmação como essa somente pode ser feita por alguém que desconhece completamente os mais básicos conceitos criminológicos como os de criminalização primária (previsão legal do crime) e criminalização secundária (efetiva aplicação adequada da lei).<sup>4</sup>

Como bem lembram os autores lusitanos Figueiredo Dias e Costa Andrade:

“Efetivamente, como agora se ganhou clara consciência, ao projetar-se sobre a realidade, a lei criminal sofre a refração devida aos *second – codes* das instâncias de criminalização secundária. O que vale também por dizer que a política criminal – formalmente legitimada através da (e plasmada na) lei criminal – sofre a concorrência das políticas informais daquelas instâncias, as quais pode inclusivamente frustrar as reformas legislativas mais audaciosas”<sup>5</sup>

A conclusão cristalina a que se chega é que somente se pode falar em colmatar uma situação de impunidade por meio de uma lei penal quando eventualmente se criminalize uma nova conduta, sem previsão anterior, a qual era praticada impunemente exatamente por falta de uma norma penal adequada. Fora isso, principalmente mediante a criação de novos “*nomen juris*”, uso de termos da moda internacional como é o caso do “Feminicídio” e outras estratégias meramente

simbólicas, politiqueras e midiáticas, nada de bom pode resultar. Perceba-se que tudo isso não passa de mudar nomes, como se os nomes dados às coisas tivessem um poder mágico. Digo “abracadabra” e um coelho sai da cartola; digo “Feminicídio” e as mulheres ganham um halo protetor e não são mais vítimas de homicídio ou se o são todos os infratores são imediatamente presos e condenados a penas rigorosas. Antes, com o “nomen juris” de “motivo torpe” isso era impossível! O leitor poderá encontrar coisas similares na literatura fantástica brasileira (v.g. “Aventuras de Narizinho” de Monteiro Lobato) ou universal (“As mil e uma noites” de autor anônimo ou “Alice no País das Maravilhas” de Lewis Carroll).

Note-se que para a superação desse *nominalismo mágico* não seria preciso o esforço de leitura de obras filosóficas complexas ou grandes tratados de lógica ou ciência, nem mesmo da área jurídica. Bastaria aos nossos legisladores um simples passar de olhos pela Bíblia, mais especificamente na Carta de São Paulo aos Coríntios, onde afirma: “Deus nos capacitou para sermos ministros de uma nova aliança, *não da letra, mas do espírito. Pois a letra mata, e o espírito dá vida*” (grifo nosso).<sup>6</sup> Ainda que não se olhe para o texto com um viés místico ou teológico, a mensagem é clara no sentido de que palavras ou nomes nada significam, mas sim o espírito que os anima. Ora, seja a qualificadora do “motivo torpe”, seja o “inovador” (sic) “Feminicídio”, dependem e sempre dependerão da disposição dos intérpretes e das circunstâncias concretas. Não há mágica, muito menos “nominalismo mágico” que seja capaz de transformar a realidade.

Em seguida vem a afirmação de que a criação do “Feminicídio” no Código Penal Brasileiro iria ter o condão de evitar “interpretações jurídicas anacrônicas e moralmente inaceitáveis”. Certamente um dos alvos não expressamente mencionados nessa passagem é a questão da chamada “legítima defesa da honra” (sic) em casos de adultério, quando o homem traído tira a vida da mulher.

Em primeiro plano é preciso dizer que a honra é um bem jurídico passível de ser objeto de legítima defesa, desde que dentro dos estreitos limites impostos por essa excludente de ilicitude (art. 25, CP), vez que não se faz distinção para tal fim entre bens jurídicos materiais e imateriais.<sup>7</sup> Com isso obviamente não se pretende dizer que a chamada “legítima defesa da honra” (sic) do matador de mulher possa sequer ser passível de consideração quanto à caracterização dessa excludente. A situação claramente não satisfaz os requisitos da Legítima Defesa de acordo com o art. 25, CP, com especial destaque para os “meios necessários” e a “injústa agressão atual ou iminente”. Ademais, como muito bem destaca Mirabete, “a honra, (...) é atributo pessoal ou personalíssimo, não se deslocando para o corpo de terceiro, mesmo que este seja a esposa ou o marido adúltero”.<sup>8</sup> Acrescente-se a tudo isso o fato da absoluta ilogicidade dessa suposta “legítima defesa da honra” (sic), eis que se alguém viola os deveres de fidelidade conjugal assumidos civilmente (e até religiosamente em muitos casos), o desonrado, quem comete uma desonra a si mesmo é o cônjuge infrator e não aquele que foi traído. Portanto, sequer há qualquer bem jurídico a ser defendido nesses casos. O que há é violência injustificável motivada por amor próprio ferido e sentimentos mesquinhos de posse e orgulho. Muito longe de configurar alguma modalidade de legítima defesa, essas situações em que cônjuges, namorados, noivos etc. matam uns aos outros por ciúmes são típicos exemplos de “motivo torpe” que qualifica o homicídio. Mas, hoje, com o advento do “Feminicídio” percebe-se que há uma diferença: se o homem traído

mata a mulher, a qualificadora é a do “Feminicídio”; se a mulher traída mata o homem traidor, a qualificadora é a do “motivo torpe”. As penas são as mesmas. Indaga-se: qual a utilidade disso?

Certamente se alegrará com razão que a maior parte desses homicídios devido à traição amorosa ou ao mero desenlace de uma relação tem como vítimas mulheres, embora haja casos de homens vitimados. Pergunta-se: e daí? O que muda com a troca do “nomen juris” e do parágrafo da qualificadora? Resposta: Nada!

Mas, se alegrará ainda que as decisões judiciais são muito mais benéficas para os homens nessas situações do que para as mulheres, ou seja, os clássicos reconhecimentos da malfadada “legítima defesa da honra” (sic) normalmente envolvem homens matadores e mulheres vitimizadas. Isso também é verdade, mas também não altera o quadro no sentido de que a mera mudança nominal e topográfica da qualificadora é totalmente improdutiva. Além disso, é também preciso reconhecer que o anacronismo está presente na pretensão de que esse reconhecimento de “legítima defesa da honra” (sic) em casos que tais seja, hoje, algo natural e corriqueiro. Em termos doutrinários e jurisprudenciais essa espécie de tese é praticamente indefensável na atualidade. É claro que sendo o homicídio um crime submetido ao julgamento no Tribunal do Júri (crime doloso contra a vida, nos termos do art. 5º, XXXVIII, “d”, CF), onde funcionam “Juízes Leigos” ou “Jurados”, um advogado ardiloso pode muito bem lograr, em certos rincões, obter uma vitória com essa tese superada. E isso muda com o surgimento do “Feminicídio”? Resposta: não! Pelo simples fato de que o Júri continuará sendo formado por leigos e mais, é dotado de soberania de veredictos pela Constituição Federal, de modo que até mesmo a apelação de suas decisões é limitada (art. 5º, XXXVIII, “c”, CF). Um caso como esse, em que a autoria e a materialidade do crime estão plenamente comprovadas e não há de forma alguma os requisitos de uma verdadeira legítima defesa, a decisão dos Jurados é absolutamente contrária à prova dos autos, o que enseja a possibilidade de Apelação. No entanto, devido à soberania dos veredictos já mencionada, o Tribunal “ad quem” irá dar provimento ao recurso para submeter o réu a novo julgamento pelo Júri. O Tribunal não alterará diretamente o “decisum”. Nesse novo Júri, se a decisão for a mesma, não caberá nova Apelação, pois o recurso com base nesse fundamento só é permitido uma única vez (vide art. 593, III, “d” e § 3º, CPP). Enfim, com o nome de “motivo torpe” ou de “Feminicídio” na qualificadora, se o Júri acatar a tese esdrúxula da suposta “legítima defesa da honra” (sic) e insistir nela, nada haverá a fazer. Então, novamente indaga-se: o que mudou? Resposta insistente: nada, absolutamente nada!

Ocorre que a enxurrada de besteiras não para por aí. Segue o texto da “Justificação” da legislação em comento afirmando que a criação do milagroso “Feminicídio” será capaz de impedir o reconhecimento de que um homem que mata uma mulher por questões de relações amorosas cometeu “crime passionnal”. A coisa já degradingola de início porque se é o “Feminicídio” que tem o *poder oculto* de ocasionar esse prodígio, então estaríamos diante de uma situação muito estranha. Vejamos: um homem mata sua namorada, por exemplo, porque a surpreende na cama com outro homem. Esse não é um “crime passionnal” porque existe o maravilhoso e miraculoso “Feminicídio” que tem o condão de anular as paixões humanas, digo (perdão pelo equívoco), as paixões humanas não, apenas as paixões dos homens (homens aqui no sentido estrito e não genérico de ser humano). Por outro lado, se

uma mulher surpreende o namorado nas mesmas condições e comete o mesmo ato trespasseado, então será possível afirmar que foi um “crime passionai”, já que nesse caso não se trata da aplicação da “palavra mágica” do “Feminicídio”. Perceba-se a que grau de insanidade se pode chegar pelas vias do politicamente correto mesclado com o Direito Penal Simbólico.

Há que compreender, porém, que também há um componente de profunda ignorância criminológica nessa afirmação esquisita de que o “Feminicídio” acabaria com o fenômeno dos “crimes passionais”. Há uma indevida confusão entre o que seja um “crime passionai” com aquilo que seja um crime que possa encontrar uma causa de justificação (v.g. legítima defesa, estado de necessidade etc.) ou ao menos uma razão para abrandamento da pena (v.g. privilégios como domínio de violenta emoção, relevante valor moral – art. 121, § 1º, CP). Ora, o fato de um crime ser catalogado criminologicamente como “passionai” nada tem a ver com sua justificabilidade ou possibilidade de abrandamento penal.

Bem explica Rabinowcz que o “crime passionai” tem como fator de impulsão o instinto sexual e o sentimento de posse sobre o outro de modo a arrastar “atrás de si os inumeráveis males e os furores sem nome, é ele que alimenta o exército do crime”. E prossegue:

“O amor sexual é egoísta, profundamente egoísta. Trata-se o objeto do desejo como uma propriedade que se pode *utendi et abutendi*, de que se tem o direito de dispor livremente, que se pode sequestrar unicamente para nós, roubando-a ao mundo inteiro, para a gozarmos à nossa vontade”<sup>9</sup>

Será que uma mera mudança de nome e de posição topográfica de uma qualificadora do homicídio seria capaz de dar cabo de uma paixão destrutiva humana (comum a homens e mulheres) que configura uma categoria criminológica? É claro que não! Isso somente pode passar pela cabeça de pessoas que não têm a mais mínima noção sequer das diferenças entre Criminologia e Direito Penal.

É interessante ainda salientar sobre este tema a relevante contribuição de Magalhães Noronha, expondo os equívocos interpretativos ocorridos perante os estudos dos homicidas passionais pela Escola Positiva, demonstrando o autor que o criminoso passionai geralmente não merece qualquer consideração em termos de benefícios legais:<sup>10</sup>

“O assunto traz à baila a *paixão amorosa*. A Escola Positiva exaltou o delinquente por amor e foi o bastante para que por *passionai* fosse tido todo matador de mulher, esquecendo-se dos característicos que aquela apontava. A verdade é que, via de regra, esses assassinos são péssimos indivíduos: maus esposos e piores pais. Vivem sua vida sem a menor preocupação para com aqueles por quem deviam zelar, descuram de tudo, e um dia, quando descobrem que a companheira cedeu a outrem, arvoram-se em juizes e executores.

A verdade é que não os impele qualquer sentimento elevado ou nobre. Não. É o despeito de se ver preterido por outro. É o medo do ridículo – eis a verdadeira mola do crime.

Esse pseudo – amor não é nada mais do que sensualidade baixa e grossa...”<sup>11</sup>

O final do texto da “Justificação” anteriormente transcrito nos demonstra com clareza solar o simbolismo puro contido na novel legislação ao asseverar que se

trata de uma “mensagem positiva à sociedade” quanto à universalidade do direito à vida, de um não à impunidade, do respeito pela dignidade da vítima. Ora, uma lei não é uma poesia, uma música ou uma exortação. É preceito prático para aplicação e resultado, o resto é simbolismo e demagogia baratos. Observe-se que ao afirmar que uma legislação deve ser pensada como aplicação prática e com vistas a resultados não significa que ela deva estar vazia de conteúdos, inclusive éticos e morais, de valores e imbuída de intenções benéficas para a paz social. Significa que tudo isso deve ser autêntico e não malversado, contrafeito ou cosmético com alterações nominalistas inócuas e enganadoras.

O fechamento, se dá com a afirmação de que o advento do “Feminicídio” irá obstar eventuais estratégias midiáticas ou defensivas de “desqualificação das vítimas mulheres brutalmente assassinadas” com a injusta atribuição da responsabilidade do crime a elas próprias. Eis aí outra impossibilidade prática. Será que com a criação do miraculoso “Feminicídio” doravante não será mais possível alegar, por exemplo, que uma mulher atacou um homem e que este a matou em legítima defesa, não da honra, mas em legítima defesa própria devido a um ataque físico? Aliás, isso não pode acontecer realmente? Ou será que antes podia e agora, com o advento do “Feminicídio” não pode mais? Um advogado de um suposto criminoso (não se pode olvidar a presunção de inocência – art. 5º, LVII, CF) não poderá mais sustentar no plenário do Júri, em face da “plenitude da defesa” constitucionalmente estabelecida (vide art. 5º, XXXVIII, “a”, CF) a tese, por mais insustentável que seja, de “legítima defesa da honra” (sic)? É claro e evidente que o simples surgimento de um “nomen juris” jamais irá alterar essas coisas. A sociedade não evolui em saltos, muito menos por obra de pessoas que se julgam milagreiras, demiurgas de um mundo melhor erigido por palavras mágicas ou por um novo vocabulário politicamente correto.

Neste ponto vale anotar que durante os debates do PLS 292/13 constam das atas várias manifestações dos políticos envolvidos (que eles me perdoem por não dizer “políticos e políticas”) onde esse vocabulário politicamente correto, essa espécie de “novilíngua” militante se faz ostensivamente presente em redundâncias medonhas. A *língua portuguesa* é uma expressão feminina (por isso se diz “a língua portuguesa” e não “o língua portuguesa”). Bem, tendo isso em conta, metaforicamente pode-se afirmar que há uma violência, senão um assassinato da língua portuguesa, um verdadeiro “Feminicídio” quando nessas discussões se constata manifestações como: “Bom dia a todas e a todos!” “Senadores e Senadoras, Deputados e Deputadas!” Tudo isso repetido “ad nauseam”.<sup>12</sup> Observe-se ainda que na descrição legal do “Feminicídio”, uma das circunstâncias que ainda serão estudadas se refere à “mutilação ou desfiguração da vítima, antes ou após a morte”, o que efetivamente ocorre com a língua portuguesa nesses casos. Mas, isso não é novidade, já não choca mais ninguém e se sabe que a lei vem encabeçada pela designação da Presidente da República como “Presidenta” (sic), olvidando-se inclusive que não se trata de usar uma palavra que é masculina por força de alguma “tradição patriarcal machista e opressora” (sic), mas que toda palavra terminada em “ente” tem o significado de alguém que exerce uma dada função, pois que “ente” é o “ser”, aquele que age, que atua. Por isso há um Presidente, seja ele homem ou mulher. Presidente é aquele (a) que preside. Parturiente é aquela e sempre aquela que dá a luz, não vamos designá-la como “parturienta” (sic). A



chama é ardente e não “ardenta”. O médico atende à paciente e não à “pacienta”. E assim por diante.<sup>13</sup>

Essa construção verbal ou por categorias mentais da realidade efetivamente tem o poder de criar pessoas com o raciocínio embotado ao ponto de realmente acreditarem que uma mudança linguística pode operar milagres. No campo legal, isso gera uma crença equivocadíssima de que uma alteração vernacular, um neologismo importado da ONU pode evitar toda a dinâmica da interpretação e aplicação da lei e da própria tipicidade frente ao mundo da vida.

Se um dia pudessem alguns compreender o texto de Paulo Queiroz, talvez toda essa confusão se desfizesse como névoas que se dispersam com o sol:<sup>14</sup>

O autor chama a atenção para a insuficiência do próprio conceito de tipicidade com o desenvolvimento da ciência penal. Sua definição corrente é a de mera subsunção de uma conduta a uma descrição contida na lei penal. Essa descrição da tipicidade, embora não incorreta torna-se “extremamente restritiva” e, por isso, “imprecisa”. Lembra-nos a definição correta de homem construída na Academia de Platão como “um bípede implume”. Ela é uma definição correta, realmente todo homem é um bípede e não tem penas, mas não é precisa, não é suficiente para definir a *essência* de um homem ou do homem em geral. Tanto é assim que os grandes inimigos da Academia, os Cínicos, ao saberem do fato, apresentaram uma galinha depenada e disseram sarcasticamente: “Eis aí o homem!”<sup>15</sup>

Sobre a noção corrente de tipicidade afirma Queiroz:

“Com efeito, sugere que a tipicidade seja uma simples descrição ou constatação quando, em verdade, é uma valoração complexa que envolve aspectos dogmáticos e político – criminais.

Consequentemente, não é um ato descritivo, mas valorativo, atributivo. Não se trata de constatar algo preexistente, mas defini-lo socialmente, por meio do processo interpretativo. Afinal, não existem fenômenos jurídicos, nem jurídico – penais, mas uma interpretação jurídica e jurídico – penal dos fenômenos. Por conseguinte, não existem fenômenos criminosos, e sim uma interpretação criminalizante dos fenômenos; e, pois, tipificante, antijuridizante e culpabilizante. A tipicidade não é um dado, mas um constructo”.<sup>16</sup>

Trazendo à baila o ensinamento de Kaufmann, Queiroz lembra que a decisão sobre a tipicidade de um fato não se resume ao mero exercício de subsunção da conduta à norma, mas da realização de uma “analogia”, já que “o direito não é um saber lógico, mas analógico”.<sup>17</sup> Os crimes não são iguais uns aos outros, bem como não são também absolutamente diversos, apresentando pontos de semelhança e divergência, o que converge para o raciocínio analógico e não lógico ou direto.<sup>18</sup>

Quem pensa que um nome ou mesmo uma alteração legal pode alterar todo um contexto da realidade do mundo da vida ou é por demais limitado sob o ponto de vista jurídico, social e filosófico ou é mesmo mal intencionado e demagogo. A única dúvida que resta é qual é a pior hipótese: a incapacidade ou a má fé?

Afinal que empecilho havia, que mal havia no “nomen juris” homicídio, sem a distinção do “Feminicídio” e com a qualificadora e mesma reação penal proporcionada pelo “motivo torpe”? “Homicídio” etimologicamente advém do latim tardio “hominis excidium” que tem o significado de “destruição do homem por outro homem”.<sup>19</sup> É mais que sabido que neste contexto a palavra “homem” é usada

em sentido abrangente como sinônimo de “ser humano” (homem ou mulher). Entretanto, o Politicamente Correto, com sua mania de atomizações e separações, vem emporcalhar algo adiafórico e que, por outro lado ensejava uma visão do ser humano unificado, sem distinções, para criar uma divisão, uma atomização e um conflito artificial. Por isso, faz parecer que é premente a criação de um “nomen juris” especial para o assassinato de mulheres, devendo surgir o “Feminicídio”. Agora já não lidamos com o ser humano que é humano e faz jus a esta consideração, a esta dignidade que lhe é inerente pelo simples fato de sua condição humana (masculina ou feminina). Não, agora há uma polarização entre homens e mulheres, vem a ideologia de gênero para dividir, para criar embate. E isso é uma verdadeira praga que tende a se alastrar com a criação aleatória de grupos conflituos onde nada disso havia ou, se havia, dever-se-ia pugnar pela eliminação do conflito e da polarização que somente geram violência e falta de solidariedade e não por seu reforço. A continuar nessa senda logo teremos o geronticídio para a morte de idosos; o infanticídio para a morte de crianças (e aí teremos que alterar o “nomen juris” do tipo penal do art. 123, CP); o adolescenticídio para a morte de adolescentes; o homossexualicídio para a morte de homossexuais, o negricídio para a morte de negros, o branquicídio para a morte de brancos, o pobrecídio para a morte de pobres, o plutocídio para a morte de ricos, a mediocídio para a morte de pessoas da classe média<sup>20</sup>, o silvicolocídio para a morte de índios e assim por diante numa insanidade infinita.

Resta agora analisar os incisos que complementam o novo § 7º, do art. 121, CP, os quais são circunstâncias que devem estar presentes no contexto da morte de mulher, envolvendo “violência de gênero” para a devida caracterização do denominado “Feminicídio”. São três incisos que devem se fazer presentes isolada ou cumulativamente. Vejamos cada um deles:

a) É necessário que haja “relação íntima de afeto ou parentesco, por afinidade ou consanguinidade, entre a vítima e o agressor no presente ou no passado”.

Em linhas gerais segue-se o critério da Lei Maria da Penha (art. 5º, I a III da Lei 11.340/06). No entanto, as hipóteses incluídas no Código Penal são mais restritas. Enquanto na Lei 11.340/06 a violência doméstica se caracteriza, por exemplo, pelo mero convívio doméstico permanente “com ou sem vínculo familiar”, abrangendo até mesmo pessoas “esporadicamente agregadas”, aqui é exigido o parentesco ou a relação íntima de afeto. Também o liame familiar da Lei Maria da Penha é bem mais aberto, admitindo os “laços naturais”, de afinidade ou mesmo aqueles criados por “vontade expressa” entre as pessoas. No Código Penal exige-se efetivo parentesco por afinidade ou consanguinidade. Quanto à relação íntima de afeto, entende-se que se pode seguir os passos da Lei 11.340/06, eis que o Código Penal não é específico.

Assim sendo pode-se dizer que a relação íntima de afeto entre a vítima e o agressor no presente ou no passado pode ter como exemplos: o namoro, o casamento, o noivado, a união estável. Como se fala que essa relação pode ser passada ficam abrangidos os ex-namorados, ex-cônjuges etc. No que diz respeito ao mesmo tema na Lei Maria da Penha, o STJ, por sua Sexta Turma, no HC 92875 já estabeleceu que a violência cometida por ex – namorado é abrangida por normas de especial proteção à mulher.

No que tange ao parentesco este pode ser consanguíneo (irmãos, pais, avós, netos etc.) ou por afinidade (sogros, cunhados etc.). É claro que neste caso quando a lei

fala em “presente ou passado”, somente pode estar se referindo ao parentesco por afinidade, já que o consanguíneo não se desfaz. Por outro lado, olvidou o legislador a menção do parentesco legal (v.g. filho adotivo). Na Lei Maria da Penha (art. 5º, II) também não há essa menção, mas isso não gera qualquer impedimento já que, como já visto, a redação da Lei 11.340/06 é bem mais ampla, admitindo pessoas que “são ou mesmo *se consideram aparentados*”, de modo que é mais que evidente que o parentesco legal está ali contido. Já na legislação sob estudo não é assim. Somente se fala em consanguinidade e afinidade. Dessa forma, em se tratando de uma norma restritiva, que gera uma qualificadora para o homicida, não será possível aplicar a qualificadora do “Feminicídio” em casos de parentesco legal por força do “Princípio da Legalidade”, a não ser que o indivíduo incida em um dos outros incisos (art. 121, § 7º, II e III, CP). Mas, será que isso é uma tragédia? Não, porque, como já visto, a norma que ora vem a lume é inútil. Se um filho adotivo matar a própria mãe em situação de violência de gênero o caso será normalmente qualificado como “motivo torpe” (art. 121, § 2º, I, “in fine”, CP) com a mesma pena, como sempre foi desde 1940.

Observe-se ainda que diversamente da Lei Maria da Penha, o Código Penal somente tutela as relações familiares com a restrição acima mencionada e as relações íntimas de afeto. Nada diz a respeito da violência estritamente doméstica, conforme consta no inciso I do art. 5º, da Lei 11.340/06. Novamente, a superfluidade do “Feminicídio” mostra sua face porque se a morte da mulher se der em circunstância de violência de gênero no âmbito doméstico, o crime continuará, como sempre foi, qualificado por “motivo torpe”, embora não se possa aplicar o famigerado “Feminicídio”.

b) No inciso II do § 7º do Código Penal é prevista a circunstância de que no seio da violência de gênero que ocasiona o homicídio ocorra a “prática de qualquer tipo de violência sexual contra a vítima, antes ou após a morte”. Aí então surgiria o “Feminicídio”. Emerge aqui um problema gravíssimo de redação sob os pontos de vista jurídico, gramatical, filosófico e até médico. Nenhum óbice quando o legislador prevê a circunstância do abuso sexual da vítima na prática da sua morte como ensejador do “Feminicídio”. Porém, quando escreve que essa violência sexual pode ser praticada “contra a vítima” (frise-se “a vítima”) “antes ou após a morte” (frise-se “após a morte”), penetramos no reino da absurdidade. Acontece que a violência sexual somente pode ser perpetrada contra “alguém”, ou seja, uma “pessoa”, uma “mulher” que para ser chamada de “alguém” ou “pessoa” tem necessariamente de estar viva. O cadáver, o morto, não é vítima de crime algum no ordenamento jurídico. Ele é coisa, objeto material, nunca sujeito passivo. Por isso é impossível praticar violência sexual contra “a vítima após a morte”! Nestes casos a prática sexual sobre o cadáver constitui crime de Vilipêndio a Cadáver (art. 212, CP), tem o cadáver como “objeto material” e a morta já não é vítima, já não é pessoa no mundo jurídico, gramatical, filosófico e mesmo médico. O cadáver é “coisa”, “res” sobre a qual se pode atuar de forma realmente abjeta, mas não é vítima de coisa alguma.

Apenas para ilustrar no campo jurídico o Código Civil estabelece em seu art. 2º que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida” e em seu art. 6º que “a existência da pessoa natural termina com a morte”. Esse é um aprendizado de primeiro semestre de qualquer curso de Direito, mas o legislador brasileiro demonstra uma atecnia avassaladora e vergonhosa, mostrando-se incapaz de uma interdisciplinaridade muito simples e revelando, mesmo no campo penal,

absoluto desconhecimento quanto ao que se possa entender por vítima ou sujeito passivo de crimes ou mero objeto material destes.

Portanto, é preciso, com muita boa vontade, fazer uma releitura do inciso II para compreender que o que ensejará a caracterização do “Feminicídio” será a prática de atentado sexual contra a vítima (obviamente ainda viva). Por outro lado, também será caracterizado o “Feminicídio” quando houver práticas tais como a necrofilia ou vampirismo (atos sexuais perpetrados em um cadáver), mas nesse caso esses atos não serão perpetrados “contra a vítima”, mas no “cadáver”.

c) O inciso III menciona a “mutilação ou desfiguração da vítima, antes ou após a morte”.


Para evitar exasperação de nossa parte e tédio do leitor não iremos tecer novos comentários sobre a absurdidade da referência à “vítima” mutilada ou desfigurada “após a morte”. Remetemos o leitor às críticas anteriormente expostas. Apenas se faz mister esclarecer que eventual mutilação ou desfiguração do “cadáver” (objeto material e não vítima) configurará crime de Destruição de Cadáver (art. 211, CP) ou mesmo Vilipêndio a Cadáver (art. 212, CP) de acordo com as circunstâncias de cada caso concreto e com o elemento subjetivo do autor.

Como a lei não pode conter palavras inúteis por conhecida regra de hermenêutica (“Verba cum effectu, sunt accipienda”)<sup>21</sup> há que encontrar a distinção entre “mutilação e desfiguração”. Na “mutilação” ocorre a privação de algum membro ou parte corporal da vítima ou do cadáver, a destruição do membro ou qualquer parte do corpo deixando-o na incompletude de sua composição anatômica. Doutra banda, na “desfiguração” a conduta consiste em “alterar a figura ou aspecto” estético de alguém ou algo, sempre com a característica da produção de um dano a esse aspecto estético que se torna desagradável, feio, deturpado, adulterado. Ou seja, enquanto na “mutilação” há retirada de parte do corpo da vítima ou cadáver, na “desfiguração” isso não ocorre, mas somente a alteração da aparência, causando um efeito negativo sob o ponto de vista estético.<sup>22</sup>

Vistas as circunstâncias que se devem agregar à violência de gênero letal para a configuração do “Feminicídio” chega o momento de esclarecer que, assim agindo o legislador, a qualificadora em estudo somente vai se perfazer nos casos em que a morte seja de uma mulher em situação de violência de gênero e ainda com a presença de uma ou mais das circunstâncias acima descritas que compõem os incisos I a III. Quer dizer que mesmo quando uma mulher for morta em situação de violência de gênero, se não for comprovada ao menos uma das circunstâncias dos incisos em estudo, não se configurará o “Feminicídio”. Por exemplo: digamos que um homem por razões de pura misoginia saia pela cidade matando mulheres aleatoriamente. Ele mata as mulheres, mas não pratica qualquer abuso sexual, nem mutilação ou desfiguração. Neste caso a misoginia que o motiva configura certamente a violência de gênero, conforme o vocabulário corrente, mas não estão presentes as circunstâncias que se devem agregar ao “caput” do Parágrafo 7º para a devida configuração do “Feminicídio”. Novamente vem à tona a inutilidade da nova qualificadora. Por quê? Porque esses crimes perpetrados por esse homem imaginário serão obviamente qualificados pelo velho “motivo torpe” que está em nosso Código Penal desde 1940.

Finalmente teria de surgir algum ponto de luz na lei sob comento. Esse ponto de luz é o § 8º, em que o legislador se lembrou de deixar esclarecido que a pena do “Feminicídio” não prejudica a aplicação das “sanções relativas aos demais crimes

a ele conexos” como, por exemplo, o estupro, o vilipêndio a cadáver, a destruição de cadáver etc. Efetivamente, como bem aponta a “Justificação” do PLS 292/13 “não fosse assim, estar-se-ia criando um benefício ao agressor e incentivando a impunidade, propósito contrário ao deste projeto de lei”.<sup>23</sup> Isso porque sem essa observação legal especialmente no caso das circunstâncias dos incisos II (abusos sexuais) e III (mutilação ou desfiguração) o propósito de aplicar penas por estupro, estupro de vulnerável, vilipêndio ou destruição de cadáver, lesões graves<sup>24</sup> etc. sofreria o óbice do “non bis in idem”, já que tais circunstâncias já qualificariam o crime e não poderiam ser novamente utilizadas. Com a observação constante do § 8º, a legislação estabelece claramente a regra do concurso material de crimes.

Estas parecem ser, ao menos inicialmente, as observações necessárias à presente alteração do Código Penal Brasileiro, a qual entra para o inglório rol das legislações penais simbólicas e inúteis (neste caso ainda com generosas pitadas do nauseante “politicamente correto” que marcou inclusive seus debates, mediante violência terrível contra até mesmo a língua portuguesa). Ao menos, como se viu, o § 8º, impediu que além de inútil a legislação fosse ainda contraproducente ao menos no aspecto penal. 

## NOTAS

- 1 SCALA, Jorge. *Ideologia de Gênero*. São Paulo: Katechsis/Artpress, 2011, “passim”. O autor centraliza sua crítica principalmente no fato de que a Ideologia de Gênero pretende fazer do sexo algo que pode ser objeto de “vontade” e não resultado da natureza, bem como as terríveis consequências que essas distorções da realidade podem trazer consigo.
- 2 Apud, LEITE, Alaor. Ciência em tempos de reforma penal: a hora e a vez da ciência jurídico – penal brasileira. *Boletim IBCCrim*. n. 264, nov. 2014, p. 18.
- 3 JUSTIFICAÇÃO do PLS 292, de 2013. Disponível em [www.senado.gov.br](http://www.senado.gov.br), acesso em 22.12.2014.
- 4 Cf. BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999, p. 161.
- 5 DIAS, Jorge de Figueiredo, ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia – O homem delinquente e a sociedade criminógena*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 391.
- 6 Paulo, 2 Co, 3:6.
- 7 GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Volume I. 16. ed. Niterói: Impetus, 2014, p. 342.
- 8 MIRABETE, Julio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal*. Volume I. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 170.
- 9 RABINOWCZ, Léon. *O Crime Passional*. São Paulo: AEA Edições Jurídicas, 2000, p. 62.
- 10 E lembremos que Magalhães Noronha não é um homem da atualidade, viveu entre os anos de 1906 a 1982.
- 11 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal*. V. 2. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 21.
- 12 Confira o Leitor: JUSTIFICAÇÃO do PLS 292, de 2013. Disponível em [www.senado.gov.br](http://www.senado.gov.br), acesso em 22.12.2014.
- 13 Vide sobre o tema irreverente e esclarecedor art. de Hélio Fontes: FONTES, Hélio. Presidente ou Presidenta? Disponível em [www.jusbrasil.com.br](http://www.jusbrasil.com.br), acesso em 22.12.2014.
- 14 QUEIROZ, Paulo. O que é tipicidade hoje? *Boletim IBCCrim*. n. 264, nov. 2014, p. 16.
- 15 A ESSÊNCIA do homem. O que é Filosofia? Disponível em <http://www.2anhemi.br/html/ead01/filosofia/lu08/lo5/wo-essencia.htm>, acesso em 22.12.2014.
- 16 QUEIROZ, Paulo. Op. cit., p. 16.
- 17 Op. cit., p. 16. Ver ainda no original: KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. Trad. António Ulisses Cortez. Lisboa: Calouste, 2004, “passim”.
- 18 QUEIROZ, Paulo. Op. cit., p. 16.

- 19 SILVA, Deonísio da. *De onde vêm as palavras*. 14. ed. São Paulo: A Girafa, 2004, p. 429.
- 20 E certa filósofa, a continuar com sua ladainha virulenta, passaria a praticar apologia ao crime.
- 21 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 250. No mesmo sentido: SERRANO, Pablo Jiménez. *Interpretação Jurídica*. São Paulo: Desafio Cultural, 2002, p. 34.
- 22 Cf. FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. *Pequeno Dicionário Brasileiro de Língua Portuguesa*. 8. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1949, (verbetes: desfigurar e mutilar) p. 400 e 855.
- 23 JUSTIFICAÇÃO do PLS 292, de 2013. Disponível em [www.senado.gov.br](http://www.senado.gov.br), acesso em 22.12.2014.
- 24 Pode causar estranheza a menção às lesões corporais graves já que se está tratando de homicídio. No entanto, pensa-se na hipótese de eventual tentativa de homicídio em que o agente deliberadamente provoque lesões graves mutilantes ou desfiguradoras na vítima de forma independente de seu “animus necandi”, ou seja, quando as lesões não são meio para o homicídio, mas apenas perpetradas com o fim de mutilar ou desfigurar a vítima. Também, obviamente, nestes casos se está tratando de lesões contra a vítima ainda viva. As “post mortem” somente poderão configurar os crimes de vilipêndio ou destruição de cadáver, conforme já exaustivamente esclarecido neste texto. É claro também que as lesões corporais, ainda que graves, quando praticadas como meio para a morte, compoem o “animus necandi” do agente, serão absorvidas pelo crime de homicídio consumado ou tentado. Nesses casos, aliás, não estará configurado o “Feminicídio” na forma do inciso III do seu § 7º Poderá, contudo, configurar-se a qualificadora em questão acaso o agente incida em um dos outros incisos I ou II, sempre na situação em que a vítima é mulher e ocorre a chamada “violência de gênero”.

## REFERÊNCIAS

- A ESSÊNCIA do homem. *O que é Filosofia?* Disponível em <http://www2.anhemi.br/html/ead01/filosofia/lu08/lo5/wo-essencia.htm>, acesso em 22.12.2014.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia – O homem delinquente e a sociedade criminógena*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. *Pequeno Dicionário Brasileiro de Língua Portuguesa*. 8. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1949.
- FONTES, Hélio. *Presidente ou Presidenta?* Disponível em [www.jusbrasil.com.br](http://www.jusbrasil.com.br), acesso em 22.12.2014.
- GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. V. I. 16. ed. Niterói: Impetus, 2014.
- JUSTIFICAÇÃO do PLS 292, de 2013. Disponível em [www.senado.gov.br](http://www.senado.gov.br), acesso em 22.12.2014.
- KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. Trad. António Ulisses Cortez. Lisboa: Calouste, 2004.
- LEITE, Alaor. Ciência em tempos de reforma penal: a hora e a vez da ciência jurídico-penal brasileira. *Boletim IBCCrim*. n. 264, p. 17-19, nov. 2014.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- SERRANO, Pablo Jiménez. *Interpretação Jurídica*. São Paulo: Desafio Cultural, 2002.
- MIRABETE, Julio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal*. Volume I. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal*. V. 2. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.
- QUEIROZ, Paulo. O que é tipicidade hoje? *Boletim IBCCrim*. n. 264, p. 16, nov. 2014.
- RABINOWCZ, Léon. *O Crime Passional*. São Paulo: AEA Edições Jurídicas, 2000.
- SCALA, Jorge. *Ideologia de Gênero*. São Paulo: Katechsis/Artpress, 2011.
- SILVA, Deonísio da. *De onde vêm as palavras*. 14. ed. São Paulo: A Girafa, 2004.



ARQUIVO PESSOAL

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





# Conferência familiar contra violência de gênero

■ POR CELESTE LEITE DOS SANTOS

**“O uso da FGC pode romper o ciclo vitimizatório e encontra plena adequação nos casos de ameaça, lesão corporal leve, crimes contra a honra e crimes de dano. Em todos esses casos, por se tratar de crimes de ação penal pública condicionada e ação penal privada, a conferência pode ser desenvolvida em entidades privadas.”**

**A**s experiências que aplicam a conferência familiar a casos de violência de gênero conduzem à reflexão do real sentido e alcance da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/ 2006). Este marco legal da Lei Maria ainda não alcançou plena efetividade ante a ausência de políticas públicas eficientes voltadas à prevenção, erradicação, bem como à repressão dos casos em que haja a prática de violência física, psicológica, sexual, patrimonial e moral. Dentre os obstáculos, se insere o âmbito restritivo de sua aplicação, ignorando-se a adoção de medidas preventivas que abranjam o risco da vitimização e da delinquência.

Diante dessa realidade, o projeto AVARC tem buscado experiências que possam ser implantadas em nosso sistema judicial. Uma referência é experiência das *Family group conferences* (FGC) aplicadas no Reino Unido, Nova Zelândia e Estados Unidos, usadas com êxito como práticas restaurativas no âmbito da violência doméstica e familiar. No Reino Unido foi implementado o projeto *Daybreak FCG Dove Project*, nos anos de 2001 a 2008 com o escopo de apoiar a mulher vítima de violência doméstica e aqueles que sofreram seus efeitos e fossem vulneráveis, tais como menores e adultos por razão de idade e enfermidade. Na Nova Zelândia a FGC tem por finalidade a cura da mulher que sofreu violência machista, bem como dos menores que sentiram os efeitos desses abusos e atos violentos. O procedimento restaurativo permite a expressão ativa dos intervenientes; nele lhes são dadas a

palavra e a capacidade de solucionar os conflitos com foco em suas próprias necessidades, obtendo-se, por conseguinte, a paz social.

Nos Estados Unidos, a experiência desenvolvida em Duluth, Minnesota, teve por finalidade modificar a ideologia machista, baseada no controle do poder sobre a mulher. O Programa *Duluth Domestic Abuse Intervention Project* submeteu os ofensores a diversos programas de intervenção (denominados *battered intervention programs*) por meio do Poder Judiciário e da polícia.

Estas experiências exitosas demonstram que as conferências são um instrumento restaurativo com capacidade de resolver as situações derivadas da violência de gênero. O apoio aos membros próximos à vítima possibilita a ruptura do jugo do agressor sobre sua vítima, ajudando-a a se libertar das correntes de opressão física e psicológica, com o auxílio de parte da comunidade. Da mesma forma, a prática de conferências nesse tipo de delito supõe um amparo aos filhos e filhas, que vão se beneficiar do apoio comunitário para a superação dos efeitos nocivos de uma violência exercida contra sua mãe e sua não utilização como instrumento e “arma” emocional por parte do agressor.

Temos condições de aplicar esta estratégia aqui?

Da análise sistemática da Lei Maria da Penha, a única vedação ao emprego de ferramentas restaurativas consistiria no uso da transação e da suspensão condicional do processo, consoante previsão do art. 41 da Lei nº 11.340/2006. Na qualidade de *dominus litis* da ação penal, nada impede a criação de projetos pelo Ministério Público que contemplem a aplicação de conferência familiar, que deverá abranger a proteção da mulher vítima de violência, seja ela própria vulnerável, da prole (interesse superior da criança e do adolescente) e do idoso.

Tal aceção implica em visão mais abrangente de tratar o fenômeno delitivo e vitimizatório, pois o objetivo da Lei é não apenas erradicar a violência doméstica, mas também a *violência familiar*, protegendo simultaneamente a vítima direta (mulher – esposa, filha, neta etc.) e as vítimas indiretas do delito (filhos que presenciavam diariamente ofensas ou relações de poder desequilibradas entre marido e mulher tendem a reproduzir esse comportamento no futuro; avós que residem com os filhos e são eles próprios objeto de violência familiar ou a presenciavam, o que lhes acarreta intenso sofrimento). Portanto, a competência cumulativa para causas penais, cíveis, da infância e do idoso não foram dispostas aleatoriamente no microsistema de proteção à violência doméstica e familiar, devendo ser criadas ferramentas que possibilitem sua integral aplicação.

*De lege ferenda* às Resoluções nºs 181 e 183 do CNMP, pode ser elaborado *plano de restauração da entidade familiar*, com previsão de acompanhamento da vítima e ofensor, bem como estabelecimento de obrigações ao ofensor, tal como o dever de reparar os danos causados pela prática delitiva.

A vedação estabelecida pela Lei Maria da Penha, ao revés, se limita a impedir que o Ministério Público, ignorando os interesses e necessidades da vítima, proponha transação penal como forma extintiva da punibilidade. Nada estabelece a respeito da FGC, que além de ampla fase preparatória, terá o resultado do plano restaurador avaliado pelo *Parquet*, sem prejuízo do acompanhamento do cumprimento dele. Da mesma forma, o ofensor não poderá ter sua responsabilidade sobrestada mediante o preenchimento das condições do § 1º do art. 89 da Lei nº 9.099/95.

O legislador procedeu com acerto ao estabelecer ditas vedações, pois nos institutos despenalizadores previstos pela Lei nº 9.099/95, o vitimário não assume a

responsabilidade pelos seus atos, o que vai de encontro à própria finalidade da FGC e outros instrumentos restaurativos.


*Mutatis mutandis*, inexistente óbice ao estabelecimento da FGC antes ou depois do processo penal, até para que se dirimam as questões cíveis pertinentes no caso de divórcio ou ruptura da união estável, bem como haja efetiva proteção e apoio aos vulneráveis, que pode ser a própria mulher, a prole ou idosos que convivam com o casal.

Ao impulso inicial punitivo do Estado com a edição da Lei Maria da Penha, há que obter o efeito reabilitador da pena sobre a vida do apenado é nulo, nada impedindo a reprodução desse comportamento em outras relações. A esse respeito, o § 3º do art. 3º da Resolução CNJ nº 128/2011, com a redação dada pela Resolução n. 225/2016, estabelece: § 3º: Na condução de suas atividades, a Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar deverá adotar, quando cabível, processos restaurativos com o intuito de promover a responsabilização dos ofensores, proteção às vítimas, bem como restauração e estabilização das relações familiares.

São muitos os argumentos que permitem defender a tese expendida: a proteção às vítimas, que têm direito a integral restauração dos efeitos danosos impingidos pela prática delitiva; a luta contra a reincidência; a proteção das *vítimas indiretas* da violência, tais como as crianças, adolescentes e idosos, cujos interesses são sistematicamente reconduzidos ao ajuizamento de futuras ações cíveis, revitimizando as vítimas diretas e indiretas da prática delitiva; o direito à saúde e a assistência social das vítimas diretas e indiretas; o direito à participação das vítimas; e o direito à informação, proteção e defesa das vítimas.

A revitimização do ofendido e familiares é inevitável, caso a esfera criminal se limite à mera punição do ofensor, pois terão que novamente depor sobre o ocorrido, sem que nenhum auxílio tenha sido fornecido pelo Estado. Assim, inexistente impedimento legal à implementação e desenvolvimento da FGC no âmbito da violência doméstica e familiar, excetuando a prática de delito hediondo, tentado ou consumado (homicídio qualificado; lesão corporal gravíssima ou seguida de morte contra seu cônjuge, companheiro, parente consanguíneo até o terceiro grau, em razão dessa condição; estupro; estupro de vulnerável; favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável; posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito).

O uso da FGC pode romper o ciclo vitimizatório e encontra plena adequação nos casos de ameaça, lesão corporal leve, crimes contra a honra e crimes de dano. Em todos esses casos, por se tratar de crimes de ação penal pública condicionada e ação penal privada, a conferência pode ser desenvolvida em entidades privadas, detendo o Ministério Público e o Poder Judiciário tão somente poder de veto ao plano de restauração obtido, quando manifestamente insuficiente, em especial quando concorram interesses de pessoas vulneráveis atingidas direta ou indiretamente pela prática da infração penal.

Por fim, não cabe objetar-se seu uso com princípios processuais penais dado o caráter voluntário e negocial da FGC. 



**CELESTE LEITE DOS SANTOS** é Promotora de Justiça e coordenadora do Projeto AVARC (Acolhimento de Vítimas, Análise e Resolução de Conflitos) do MP-SP.

# Novas Súmulas do CARF

■ POR DANIEL VITOR BELLAN E RAYSSA RODRIGUES MOSTI

**“Foi dado sim um passo positivo em direção a um sistema mais aperfeiçoado de justiça tributária, mas há ainda um longo caminho pela frente.”**

**N**o final de 2019, em meados de setembro, os 26 conselheiros que compõem as três turmas da Câmara Superior do CARF aprovaram 33 dos 50 enunciados de súmulas propostas. Dentre as súmulas aprovadas, computam-se 20 favoráveis aos contribuintes e 13 favoráveis ao Fisco.

O resultado, para além de ser positivo pela própria aprovação de diversas súmulas favoráveis aos contribuintes, pode ser considerado também uma vitória em relação à não aprovação de temas polêmicos, como as súmulas que pretendiam pacificar temas sensíveis e controversos, relacionados a ágio, regras para pagamento da Participação nos Lucros e Resultados (PLR), dentre outras.

Com relação ao ágio, estavam em discussão súmulas que proibiam o aproveitamento de ágio interno e que definiam que o fundamento econômico da operação que gerou o benefício deveria ser comprovado por documentação feita anteriormente à aquisição do investimento.

No caso do PLR, a súmula, se aprovada, possibilitaria a cobrança de contribuição previdenciária nos casos em que a empresa disponibilizou o plano de PLR durante o ano de apuração. A proposta da súmula ignora os detalhes específicos de cada caso e acaba por decretar a invalidade de todos os planos de PLR firmados no mercado, por conta da postergação da assinatura dos planos pelos sindicatos em troca de melhores condições.

Sobre a impossibilidade de aprovação de determinadas súmulas, inclusive, a OAB-DF manifestou-se por meio de ofício apresentado ao CARF antes da sessão de aprovação das súmulas, indicando possíveis vícios em 10 das 50 propostas. Isso porque, se fossem aprovadas, consolidariam jurisprudência não pacificada, sobretudo em precedentes cuja votação se deu por meio do voto de desempate do Presidente das Turmas – sempre representante do Fisco – ou seja, pelo chamado voto de qualidade.

Apesar do acerto em não aprovar a maioria das súmulas indicadas pela OAB-DF, ressalta-se que uma delas foi aprovada, não obstante a existência de julgados em sentido contrário. Trata-se da proposta de número 46, cujo texto prevê que o “IRRF incidente sobre valores pagos, creditados, entregues, empregados ou remetidos, a cada mês, a residentes ou domiciliados no exterior, a título de remuneração

pelas obrigações contraídas, compõe a base de cálculo da CIDE, ainda que a fonte pagadora assuma o ônus financeiro do imposto retido”.

Dentre as súmulas favoráveis aprovadas, destacam-se as propostas de número 12 e 26, as quais asseguram direitos dos contribuintes: a primeira trata da impossibilidade do agravamento da multa de ofício em casos de omissão de receita, quando não houver atendimento à intimação para prestação de esclarecimentos; a segunda permite que a comprovação do imposto de renda retido na fonte seja feita não exclusivamente por meio do informe de rendimentos, admitindo-se, também, outros meios de prova.

Os procedimentos e requisitos para a aprovação das súmulas do CARF estão estipulados nos arts. 72 a 75 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – RICARF. Pelo referido regimento, a súmula só é aprovada se obtiver maioria qualificada para sua aprovação, ou seja, 3/5 da totalidade dos conselheiros. Nesta rodada de aprovação, 24 das 33 súmulas aprovadas foram decididas por unanimidade de votos.


Com a aprovação das novas súmulas, o CARF passa a contar com 161 enunciados sobre os mais diversos assuntos. As novas súmulas aprovadas entrarão em vigor a partir da data de publicação no Diário Oficial da União e são de observância obrigatória pelos seus membros nos julgamentos de recursos administrativos fiscais, conforme previsão do art. 72 da Portaria MF nº 343/2015 (RICARF).

O Ministro da Economia poderá atribuir às súmulas do CARF efeito vinculante em relação à administração tributária federal, tornando sua observância obrigatória pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional e Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, repercutindo, assim, em todos os processos que tratam do mesmo tema. A medida, no entanto, depende de uma proposição do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, do Secretário da Receita Federal do Brasil ou de Presidente de Confederação representativa de categoria econômica ou profissional habilitada à indicação de conselheiros.

A atribuição de efeito vinculante às súmulas, neste caso, pode ser interpretada de forma positiva, uma vez que pressupõe a estabilidade e a uniformidade na interpretação e aplicação do Direito, garantindo a segurança jurídica e a economia e agilidade dos feitos que contem com as temáticas sumuladas.

O cenário favorável aos contribuintes na sessão de aprovação deste ano contrasta com o cenário pró-fisco de aprovação dos anos anteriores, o que pode ser um sinal de que o CARF está mais cauteloso e fiando-se no objetivo de redução de litígios em consonância com o disposto no artigo 72 de seu Regimento Interno, utilizando como precedentes decisões realmente reiteradas e uniformes.

Esta leitura deve ser recebida com certa cautela, no entanto. Logo abaixo da superfície há um detalhe importante que não deve ser ignorado: mesmo entre as propostas de súmulas contrárias aos contribuintes que foram rejeitadas, muitas o foram justamente pelo placar empatado, não se tendo atingido, portanto, o quórum mínimo para sua aprovação. Isto reforça o quadro de divisão entre os conselheiros, retratado no frequente uso do voto de qualidade em temas mais relevantes e polêmicos.

Em resumo, foi dado sim um passo positivo em direção a um sistema mais aperfeiçoado de justiça tributária, mas há ainda um longo caminho pela frente. 



ARQUIVO PESSOAL

**DANIEL VITOR BELLAN** é Doutor e Mestre em Direito Tributário pela PUC/SP, Advogado, Sócio de Lacaz Martins, Pereira Neto, Gurevich & Schoueri Advogados, Professor do curso de pós-graduação em Direito Tributário do Instituto Brasileiro de Direito Tributário - IBDT e membro do Instituto de Pesquisas Tributárias - IPT.



ARQUIVO PESSOAL

**RAYSSA RODRIGUES MOSTI** é Advogada e Contadora, Sócia Júnior de Lacaz Martins, Pereira Neto, Gurevich & Schoueri Advogados.



# A desastrosa política previdenciária em um país de excluídos. O que comemorar?

■ POR SÉRGIO HENRIQUE SALVADOR

**“O que se espera, em verdade, é um aumento vertiginoso da judicialização previdenciária, aliás, existente em larga escala, contudo, é a única alternativa válida de assegurar direitos tão drasticamente feridos, tendo a atual política previdenciária inaptidão completa de gestão funcional, preferindo abdicar de ouvir os atores sociais, a comunidade especializada e as entidades civis, mas, de outro lado, prefere produzir desigualdades em um país de excluídos, com retóricas rasas e sem sinergia ao modelo constitucional escolhido por todos.”**





**D**e vez em vez, a sociedade brasileira tem se deparado com intensas e habituais alterações da política de proteção previdenciária em uma verdadeira rotina de mudanças parciais, segmentadas, com qualidade/efetividade questionadas, sobretudo pela construção de discursos reformadores quase que sempre na revelia dos desejos de melhorias em um sistema de acolhida social.

E no cenário vigente nada há o que se comemorar, afinal, diuturnamente a sociedade recebe notícias de que os problemas relacionados ao INSS, por exemplo, se agravam em demasia, deixando a classe trabalhadora e também os próprios beneficiários do sistema completamente desprotegidos e a margem da inserção social.

O que se vê, essencialmente, é um sistema falido, fragilizado e que caminha sob uma gestão de visível ineficiência, onde se prefere obstar acesso as prestações e dificultar e muito a sua contemplação.

Atualmente, o contexto do atendimento pelo INSS é um tanto quanto sofrível ao seu público-alvo, aliás, filiados, inscritos e contribuintes do sistema, em que para o recebimento de uma pensão por morte, por exemplo, se espera meses e meses<sup>1</sup>.

E os problemas não são unicamente esses, infelizmente.

Sequer a plataforma eletrônica largamente divulgada como a bola de cristal de solução para todos os males, ou seja, o *MeuINSS* se adaptou as novidades da EC 103/2019 em plena vigência desde 13 de novembro último numa amostra clara de ineficiência orgânica da estrutura previdenciária.<sup>2</sup>

E mais, com o advento da substanciosa EC 103/2019 o pacote de prestações previdenciárias restou duramente desfigurado, com a extinção de benefícios, além da supressão de requisitos e a criação de outros pressupostos, em sua grande maioria de difícil acesso. Exemplificando, a aposentadoria especial que a partir de agora exigirá a comprovação do requisito etário para sua contemplação, vale dizer, o trabalhador exposto a um período mínimo de 25 anos ao agente físico “ruído” deverá permanecer nesse agressivo ambiente de trabalho até a demonstração da idade mínima.

Oportuno também ressaltar as modificações relacionadas ao benefício da pensão por morte, dando explícito tratamento diferenciado entre segurado e dependente, aliás, inconstitucional e inexistente na Teoria Geral do Direito Previdenciário, além de desprezar a condição de filiado, inscrito e contribuinte em certo patamar contributivo pelo segurado instituidor. Ora, se recebe cem por cento do salário-de-contribuição do instituidor, contudo, somente parte desse valor, vale dizer, sessenta por cento será o patamar de recebimento da sua dependente conjugal, sem reversibilidade de cota e com cumulação de benefícios mitigada.

Tem-se aqui uma inversão da conhecida Regra da Contrapartida (195, § 5º CF/88)<sup>3</sup>, lida unicamente na perspectiva arrecadatória, unilateral e restritiva, sem contemplar proteção máxima no mesmo peso da existência da contribuição, em uma completa e invertida lógica do sistema que vorazmente arrecada sem influência no plano de proteção, ou em outras palavras, sem a contrapartida.

No recente e surpreendente plano normativo a comunidade jurídica se viu premiada com a Medida Provisória 905/2019, criada com a retórica da geração

de novos postos de trabalho com um peso tributário a menor, contudo, em uma guinada mirabolante preferiu o texto normativo adentrar na dimensão previdenciária e abolir o Serviço Social do pacote de prestações do RGPS, especialmente do artigo 18 da Lei 8.213/91 e ainda modificar essencialmente bases do auxílio-acidente, reduzindo e muito, por exemplo, sua expressão econômica, podendo chegar a valores abaixo da metade do salário mínimo vigente.

Outra situação que surpreende no contexto da MP 905/2019 está inserida em seu artigo 9º quando isenta o empregador da contribuição previdenciária patronal por ocasião da opção de contratação de sua modalidade, desconstruindo o discurso único de *déficit* fiscal que justificou a urgência reformadora do sistema previdenciário, um completo paradoxo de pretensões ante a contradição dos enunciados normativos.

Por fim, a recente onda normativa de mitigação da “competência previdenciária federal delegada”, viva no artigo 109 § 3º do Texto Maior e que a partir da regulamentação da Lei 13.876/2019, diploma criado para restrição de acesso ao Judiciário, implementou o parâmetro objetivo de 70 quilômetros como critério de autorização de permanência ou não do exercício dessa relevante competência previdenciária pela Justiça Estadual.

Assim, inobstante gigantescas alterações no plano de acesso ao direito dos benefícios previdenciários, também o trajeto jurisdicional para sua busca restou duramente ferido e relativizado, afastando o jurisdicionado de um dos mais primorosos direitos constitucionais, republicanos e democráticos, do acesso à Justiça.

O que se espera, em verdade, é um aumento vertiginoso da judicialização previdenciária, aliás, existente em larga escala, contudo, é a única alternativa válida de assegurar direitos tão drasticamente feridos, tendo a atual política previdenciária inaptidão completa de gestão funcional, preferindo abdicar de ouvir os atores sociais, a comunidade especializada e as entidades civis, mas, de outro lado, prefere produzir desigualdades em um país de excluídos, com retóricas rasas e sem sinergia ao modelo constitucional escolhido por todos.


Em início de jornada, principiando o ano de 2020, a bem da verdade e na pauta previdenciária, pouco há o que comemorar. 🇧🇷

## NOTAS

- 1 <https://oglobo.globo.com/economia/por-que-inss-tem-uma-fila-de-quase-2-milhoes-de-pedidos-de-aposentadoria-espera-de-concessao-24191292>
- 2 <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2020/01/05/inss-pedido-de-aposentadoria-apos-reforma-sem-analise-parados.htm>
- 3 Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais (...) § 5º Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.



**SÉRGIO HENRIQUE SALVADOR** é Mestre em Direito (FDSM). Pós-Graduado pela EPD/SP e PUC/SP. Professor Universitário (graduação, pós-graduação, cursinhos preparatórios e de extensão). Escritor com mais de 10 livros publicados. Conselheiro da OAB/MG (23ª Subseção). Advogado em Minas Gerais. Membro da Rede Internacional de Excelência Jurídica.



## Consentimento livre esclarecido dos deficientes e doentes mentais com o estatuto da pessoa com deficiência

■ POR TIAGO VIEIRA BOMTEMPO

**“São necessárias mudanças (bio) éticas no meio médico, na busca da liberdade individual com o consentimento dos doentes mentais, no respeito à sua autonomia privada, desde que possível (cognoscibilidade), e não na beneficência a todo custo.”**

**A** partir de dois de janeiro de 2016 entrou em vigor a Lei nº 13.146/2015, conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPCD). Com essa lei mudou-se radicalmente o regime das incapacidades no Código Civil de 2002.

Passaram a ser absolutamente incapazes somente os menores de 16 anos e relativamente incapazes os maiores de 16 anos e menores de 18 anos, os ébrios habituais e viciados em tóxicos, bem como os pródigos, como previsto antes, incluindo agora aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade. Com essa alteração, passaram a ser capazes as pessoas com

enfermidade ou deficiência mental que não tiverem o necessário discernimento e os excepcionais, conforme o art. 114 da Lei nº 13.146/2015.

Diante desse novo contexto, formaram-se duas correntes doutrinárias ainda em fase de discussão, a da dignidade-vulnerabilidade, como expoente Fernando Simão, a qual critica as modificações do EPCD na medida em que a vulnerabilidade dos doentes mentais deveria ser protegida; e a da dignidade-liberdade, liderada por Paulo Lôbo, Nelson Rosenvald e Flávio Tartuce, dando-se primazia, portanto, à autonomia dos doentes e deficientes mentais, adotada no EPCD (TARTUCE, 2016).

Conforme Madaleno (2013), a vulnerabilidade está relacionada à ou às condições que determinada pessoa ou grupo de pessoas se encontra(m), o que requer um tratamento diferenciado de forma a garantir-lhe(s) maior proteção legal, como ocorre com a criança e o adolescente, os idosos e o consumidor. O que não era diferente com os doentes e deficientes mentais, pois, agora considerados capazes, como assegurar-lhes sua integral proteção?

Não se está aqui condenando o exercício da autonomia privada<sup>1</sup> desses indivíduos, mas, a princípio, criticando-se a mudança radical que a Lei nº 13.146/2015 provocou no regime de capacidade civil, sobretudo para os doentes mentais e deficientes mentais.

Ponto inovador e polêmico foi que a curatela somente será exercida para os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial, como dispõe o art. 85 do EPCD. Veja-se que com a nova lei não se fala mais em interdição<sup>2</sup> e somente em curatela, medida excepcional e de conteúdo econômico e financeiro do curatelado.

Assim, situações como exercício do direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao casamento e união estável, à privacidade, à educação, ao trabalho, ao voto e à saúde não estão sujeitas à anuência de terceiros.

Ainda que questionável o exercício desses direitos, como casamento e voto, aos quais, para os doentes mentais poderiam ser alvo de manobra de interesses alheios, discute-se se o direito à saúde e o direito ao próprio corpo podem de fato ser exercidos pelos enfermos mentais ou deficientes mentais de forma plena e absoluta por sua autonomia.

Assim, o anterior critério legal para a proteção do vulnerável, como os doentes mentais, passa para a promoção do exercício de sua autonomia, como a obrigatoriedade do consentimento prévio, livre e esclarecido do deficiente para a realização de tratamento, procedimento, hospitalização e pesquisa científica (BRASIL, 2015).


Defende-se com base em Souza (2015), Moureira (2011) e Almeida (2011), por uma capacidade na qual deve ser verificada em cada caso, por avaliação específica, pois, se estamos falando de pessoas, então nenhum caso será exatamente igual ao outro, ainda que se trate da mesma patologia.

Na medida em que o enfermo mental não tiver discernimento necessário para exprimir a sua vontade, é importante que a família e amigos auxiliem na construção de qual seria essa real vontade do paciente, conferindo-lhe a promoção da sua dignidade, sem deixar de lado seus gostos e preferências (ALMEIDA, 2011).

Assim, sem tais mudanças, a princípio, o consentimento dos novos capazes, doentes e deficientes mentais, será um retrocesso ao “dogma da vontade”. O EPD, ao emancipar o vulnerável, tornou-o, lamentavelmente, desprotegido.

As alterações advindas com o Estatuto da Pessoa com Deficiência não acontecerão de um dia para o outro, pois, o paternalismo médico não deixará de existir com a lei. São necessárias mudanças (bio) éticas no meio médico, na busca da

liberdade individual com o consentimento dos doentes mentais, no respeito à sua autonomia privada, desde que possível (cognoscibilidade), e não na beneficência a todo custo (PUYOL, 2012).

Visualiza-se, portanto, um problema estrutural, tanto na elaboração como na aplicação das leis, bem como na prática do seu exercício, ou seja, os critérios de capacidade precisam de um intenso diálogo entre legisladores, juízes, médicos, pacientes e sociedade, o que muito carece desse estado que se diz democrático de direito. 

## NOTAS

- 1 Adota-se o termo autonomia privada, a qual permite ao indivíduo legislar seus próprios interesses, no contexto de iguais liberdades fundamentais, passando o Direito a estabelecer o espaço de atuação dessa autonomia e não um poder dado pela vontade e reconhecido pelo Direito como outrora, denominada autonomia da vontade. Passa-se então a não ser mais tarefa jurídica entender o conteúdo da vontade interna de cada pessoa (NAVES, 2010).
- 2 Com a vigência do novo CPC, Lei nº 13.105/2015 a partir de 18 de março de 2016, criou-se divergência na doutrina, na medida em que os arts. 747 a 758 da referida lei tratam do processo de interdição, entrando em conflito com o EPCD. Autores como Tartuce (2016) defendem que seria necessária a criação de uma nova lei, pois, com a edição de nova norma, o novo CPC deveria ser reestruturado, abortando-se a ideia de interdição nos moldes previstos atualmente. Já Lôbo (2015) argumenta que o novo CPC deve ser interpretado em conformidade com o Estatuto da Pessoa com Deficiência, já que tal lei retrata o disposto na Convenção de Nova York, tratado internacional de direitos humanos o qual o Brasil é signatário e que, portanto, tem força de Emenda Constitucional, prevalecendo sobre a nova lei processual.

## REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Renata Barbosa de. (In)capacidade dos esquizofrênicos: um estudo sobre o exercício do direito à saúde. 2011. 201 f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito.
- LÔBO, Paulo. Com os avanços legais, pessoas com deficiência mental não são mais incapazes. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes>>. Acesso em: 16 nov. 2017.
- MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- MOUREIRA, Diogo Luna. Os desafios dos transtornos mentais e do comportamento para o direito civil: dialética do reconhecimento e sofrimento de indeterminação como pressupostos para a reconstrução da teoria das incapacidades. 2013. 273 f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito
- NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *O direito civil pela perspectiva da autonomia privada: relação jurídica, situações jurídicas e teoria do fato jurídico na pós-modernidade*. Belo Horizonte: Escola Superior Dom Helder Câmara, 2010.
- PUYOL, Ángel. Hay bioética más allá de la autonomía. *Revista Bioética y Derecho*, Barcelona, n. 25, mai. 2012. Disponível em: <<http://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/7538/9444>>. Acesso em: 22 nov. 2017.
- SOUZA, Iara Antunes de. Revisão da interdição e da curatela: uma proposta baseada na revisão da teoria das incapacidades à luz do biodireito e da saúde mental. 2015. 268f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito.
- TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. V. 5 direito de família. 11. ed Rio de Janeiro: Método, 2016.



**TIAGO VIEIRA BOMTEMPO** é doutorando em Direito pela UFMG. Mestre em Direito Privado pela PUC Minas. Especialista em Direito Público pelo IEC-PUC Minas. Professor universitário.



## **Herdeiro não é sinônimo de sucessor. Ausência de um planejamento sucessório nas empresas familiares**

■ POR ROSE GIACOMIN E PEDRO PODBOI ADACHI

**“Ao compreender as distinções entre os conceitos de herdeiro e sucessor, muitos conflitos desaparecem na empresa familiar e o planejamento sucessório deixa de ser um assunto proibido e passa ser parte da estratégia de crescimento do negócio e da proteção patrimonial da família.”**

**A** sucessão costuma ser um dos momentos mais delicados nas empresas familiares. E este assunto exige ainda mais atenção nos negócios gerenciados pelos fundadores. O principal problema relacionado com a sucessão é a ausência de um adequado planejamento sucessório, decorrente da dificuldade que a maioria das pessoas tem em abordar este assunto, já que, erroneamente, associam a sucessão empresarial com a morte.



Esta associação é equivocada e não deve ocorrer. O principal motivo desta conexão indevida é o fato da palavra sucessão ser utilizado em duas situações distintas: a sucessão patrimonial e a sucessão empresarial.

Ressalta-se que não existe herança de pessoa viva<sup>1</sup> e sim, a existência do patrimônio.

A sucessão patrimonial, também conhecida como herança, é o patrimônio transmitido em virtude do falecimento de alguém, e encontra-se devidamente regulamentada no Código Civil Brasileiro com o título Direito das Sucessões. Conforme dispõe a legislação brasileira, somente existe herança quando ocorrer o falecimento de alguém, portanto, a associação da sucessão à morte acaba sendo inevitável.

No entanto, a mesma expressão “sucessão” pode ser utilizada em outro sentido, como na sucessão empresarial, que não deve ter nenhuma associação com o falecimento. A sucessão patrimonial é a substituição de uma pessoa em determinado cargo ou função.

Para facilitar a compreensão, são incontáveis as substituições de profissionais que ocorrem sem a necessidade de ter ocorrido o falecimento: diariamente milhares de funcionários são contratados para desempenhar as funções de empregados dispensados. Esses casos são de sucessão, ou sejam de substituição de uma pessoa em determinado cargo. No entanto, apesar deste exemplo evidenciar que a sucessão empresarial não deve estar associada ao falecimento, não são essas substituições de funcionários (ou sucessões) que causam preocupação nas empresas familiares, mas sim a sucessão do principal executivo, muitas vezes o próprio fundador.

E a grande dificuldade que surge é a indisposição, tanto do fundador como dos seus familiares, em abordar este assunto, já que, equivocadamente, associam a sua sucessão com o falecimento.

Comentar sobre a sucessão, quando ocorre esta indevida associação com a morte, costuma gerar tanto desconforto nas famílias empresárias que, não raramente, costuma ser imposta a chamada Lei do Silêncio sobre o assunto, não podendo nenhum membro da família comentar sobre planejamento sucessório sem que todos fiquem desconfiados que ele está interessado no falecimento, ou melhor, na herança do fundador.

Esse equívoco costuma provocar consequências desastrosas para as empresas familiares, pois a sucessão empresarial somente ocorre quando o fundador falecer, sem qualquer tipo de planejamento, algumas vezes deixando a empresa acéfala ou ainda, provocando brigas pelo poder, que chegam a destruir grandes impérios.

Outra consequência danosa proveniente da confusão entre a sucessão empresarial e a herança é a dificuldade em distinguir os conceitos de sucessor e herdeiro.

Isto é uma realidade bastante comum nas famílias empresárias e merece ser esclarecido: *herdeiro* é a pessoa para qual será transmitida a propriedade dos bens ou direitos em função do falecimento, seja por força de lei ou por disposição testamentária; enquanto *sucessor* é a pessoa que irá assumir determinado cargo, assumindo o cargo e as funções do sucedido.

Pode-se dizer que o herdeiro está associado à figura da herança e à transmissão do patrimônio “causa mortis”, portanto, obrigatoriamente associado ao

falecimento; por sua vez, o sucessor está ligado à transmissão de um cargo ou de uma função, sem qualquer necessidade de ocorrer qualquer falecimento.

Para mais facilmente compreender a distinção entre *herdeiro* e *sucessor*, é interessante pensar em um funcionário de qualquer organização, sem qualquer vínculo com a família empresária ou com a sociedade.

No momento que este funcionário decidir se aposentar será necessário escolher outra pessoa para substituí-lo, com capacidade para desempenhar as mesmas funções. A pessoa escolhida poderá ser alguém da própria empresa que inclusive já conhece suas atividades e rotina de trabalho ou uma pessoa que será contratada e treinada para ocupar seu cargo. Esta pessoa será o seu sucessor.

Em contrapartida, somente se falará na herança do funcionário que está aposentando quando este vier a falecer, e seus herdeiros serão definidos pelo seu testamento ou por força de lei, como seus descendentes e cônjuge.

Neste exemplo, além de facilitar a percepção que a sucessão está desvinculada do falecimento, pode-se notar que o sucessor escolhido será o profissional com melhores capacidades para desempenhar as funções, não ocorrendo qualquer confusão com os herdeiros de quem estiver sendo sucedido.

Compreendendo esses conceitos e trazendo-os para a realidade das empresas familiares, fica evidente que a sucessão empresarial pode facilmente ser planejada, sem qualquer associação desta com a morte do fundador, assim como a escolha dos sucessores não deverá ficar restrita aos filhos e herdeiros do fundador.

Abrir a possibilidade de escolher o sucessor considerando pessoas que não sejam somente os descendentes do fundador possibilita uma escolha mais tranquila, podendo ser analisados mais candidatos, e indicado o que tenha o melhor perfil e capacitação.

Somado a isto, o fundador, ao perceber que seu filho, mesmo não sendo escolhido para ser seu sucessor, ainda será seu herdeiro, e receberá como herança um patrimônio que inclui ações ou quotas da empresa, tornando-se seu futuro proprietário (acionista ou sócio), torna a discussão da sucessão mais tranquila, pois o pai saberá que o patrimônio constituído com tanto esforço será transmitido ao filho e será devidamente gerenciado por um profissional capacitado, podendo gerar lucros que serão distribuídos aos descendentes do fundador.

Somado a isto, os filhos passam a ter liberdade de escolher a carreira que desejarem, baseado nas suas aptidões e vocações, não restringido sua escolha profissional ao negócio iniciados pelos pais, sem deixar de usufruir os resultados do negócio herdado de seus pais e gerenciados por profissionais.

Ao compreender as distinções entre os conceitos de herdeiro e sucessor, muitos conflitos desaparecem na empresa familiar e o planejamento sucessório deixa de ser um assunto proibido e passa ser parte da estratégia de crescimento do negócio e da proteção patrimonial da família.

A maioria das empresas familiares são formadas por Sociedade Limitada, constituída pela manifestação de vontades que unem esforços para consecução de um fim comum, com a perspectiva de obter lucro com o resultado: “a liberdade contratual é compreendida como um poder-dever”.

No caso de morte do sócio, o que sustenta a temática é a hipótese prevista no art. 1.028<sup>2</sup> do Código Civil. Tem-se como base o princípio da preservação da


empresa, garantindo aos sucessores do *de cuius* a apuração de haveres. De lado outro, existe a possibilidade dos próprios sócios, em vida, decidirem o destino da sociedade limitada, desde a sua constituição, estipulando causa específica em contrário ou possibilitando aos sócios remanescentes optarem pela sua dissolução. Ou mais, poderá ainda deixar a quota-parte da sociedade limitada como um legado, permitindo o ingresso do herdeiro como legatário, em lugar do falecido.

Com efeito, mesmo com o planejamento sucessório existe a possibilidade de influência deixada pelo sócio falecido e o sucessor encontrar dificuldade no exercício de suas atividades na sociedade, seja por desvio de poder ou pela absoluta falta de *affectio societatis* com os consócios remanescentes.

Nos pactos societários, concentram-se cláusulas, definidas pela manifestação de vontade dos sócios, destinados a prevenir divergências futuras, em que o contrato social na execução do seu objeto cumpre sua função social.

Por mais completa que seja sua redação, é praticamente impossível prever todas as consequências jurídicas que serão vividas pelos contraentes e fatos futuros que essa união poderá trazer. Poderá, entretanto, prever cláusulas destinadas às faltas cometidas pelos sócios ou, quando pela morte de um deles, houver previsão de qual herdeiro daria seguimento à sociedade limitada.

Seria o modelo ideal se toda a sociedade em funcionamento tivesse um planejamento sucessório. Destaca-se, para tanto, que o coração deste trabalho, pulsa pelo silêncio do contrato social no que diz respeito à transferência involuntária de quotas.

Com a tranquilidade para abordar este assunto, as famílias empresárias passam a analisar um passo adiante: independente de atuarem ou não na gestão da empresa, os herdeiros serão membros de uma mesma sociedade, e como sócios, devem estar preparados para este papel, ou seja, saber os direitos de um sócio, os limites desses direitos, estipular regras e formas de acompanhar e cobrar resultados do gestor da empresa, enfim adotar posturas de um sócio, visando a perenidade da empresa e a proteção do patrimônio familiar. 

## NOTAS

- 1 CC – Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002.  
Institui o Código Civil.  
Art. 426. Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva.
- 2 CC – Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002  
Institui o Código Civil.  
Art. 1.028. No caso de morte de sócio, liquidar-se-á sua quota, salvo:  
I – se o contrato dispuser diferentemente;  
II – se os sócios remanescentes optarem pela dissolução da sociedade;  
III – se, por acordo com os herdeiros, regular-se a substituição do sócio falecido.



ARQUIVO PESSOAL

**ROSE GIACOMINI** é sócia do escritório Abras Guimarães e possui notório saber jurídico na consultoria de empresas familiares. Escritora, professora universitária e consultora acadêmica na Cognia. Autora de livros em Direito Privado e diversos Artigos sobre o tema.



ARQUIVO PESSOAL

**PEDRO PODBOI ADACHI** é sócio diretor da Societàs Consultoria, especialista em empresas familiares, atuando como consultor de empresas, professor universitário e autor de diversos artigos, pesquisas e livros sobre o tema.



IN VOGA

## Pancadões devem ser resolvidos com sensibilidade e inteligência

■ POR PERCIVAL MARICATO

**“O conflito entre o direito de parte da população pobre ao divertimento e defesa contra alimentos e bebidas sem controle, e de outra parte dessa população ao descanso, é um problema a ser resolvido pela sociedade e o Estado com uso da sensibilidade e inteligência e não pela polícia.”**

**A** perda inaceitável de nove vidas no bairro de Paraisópolis e toda a ce-leuma por suas causas obriga a sociedade à seguinte reflexão: Jovens pobres têm direito ao lazer? À sociabilidade? Ao namoro? Se têm esse direito, o que fazer para que isso se torne possível? A população pobre organizou o que denominamos de pancadões noturnos ao ar livre para suprir essa necessidade. Estes, porém, incomodam outra parte da população, que quer e tem o direito de dormir, em sossego. O Estado, quando se propõe a resolver essa situação, tem como recurso primário, o envio da polícia.

Na mesma cidade, num outro contexto, casas noturnas têm capacidade de oferecer divertimento somente para centenas de milhares de pessoas, aonde não há espaço para o público dos pancadões. Isso porque, para funcionarem, devem ser estabelecimentos regularizados, com bebidas de origem segura, serem fiscalizadas pela prefeitura, fiscos, bombeiros, órgãos sanitários, de proteção ao consumidor, ter funcionários registrados, obedecer a lei municipais, que exigem “isolamento acústico, manobristas e seguranças”, conseqüentemente com ar condicionado e mais algumas dezenas de exigências. Bares, que ajudam nessa finalidade, têm que fechar pontualmente até uma hora da madrugada, mesmo que não incomodem

ninguém, se não tiverem isolamento acústico, manobristas e segurança. E quem põe isolamento acústico tem de ter ar condicionado, mas, sabemos, bares fechados são pouco procurados pela população, que adora uma mesa na calçada.

Para casas noturnas atenderem tantas legislações, órgãos de fiscalização etc., se exige investimento altos, os quais aumentam o risco do negócio; assim, apenas jovens de estratos de maior renda da classe média e alta podem frequentá-las, pois o preço do ingresso, alimentos e bebidas são, necessariamente, caros.

Nesse contexto é natural que muita gente procure se divertir indo a casas clandestinas ou semiclandestinas e a locais abertos, onde não há cobrança de ingresso, que se multiplicam pela cidade e divertem multidões.

De fato, há aspectos negativos nestes eventos, sendo os principais incomodar moradores das proximidades, que sequer conseguem dormir (próprio dos panca-dões); consumo de bebidas batizadas ou irregulares, de alimentos sem controle sanitário; ambiente propício para a oferta de drogas ilegais etc.

O problema de controles que tornam caro o investimento em casas noturnas, tanto como o de busca solução para que jovens mais pobres tenham lazer vem de longa data e é universal. No ano 2000, na civilizada Suécia, 63 jovens morreram em incêndio de uma discoteca. Ao contrário do que aconteceu em São Paulo, onde a tragédia foi minimizada, o governo do país quase caiu, o parlamento abriu inquéritos, toda a sociedade reagiu. A conclusão das comissões formadas para apurar o fato foi unânime: era tão caro e burocrático montar casas noturnas regulares que isso estimulou a formação de extensa rede de outras, irregulares, sem nenhum controle ou fiscalização estatal. E estas tinham todo tipo de armadilha. A que pegou fogo era coberta com plástico, não tinha saída de incêndio. Tragédias parecidas aconteceram na China, no Paraguai e outros países. Não se compare com o Rio Grande do Sul, em estabelecimento regular, de classe média, onde, no entanto, a fiscalização inexistiu por incompetência e corrupção, um outro problema igualmente grave.

O conflito entre o direito de parte da população pobre ao divertimento e defesa contra alimentos e bebidas sem controle, e de outra parte dessa população ao descanso, é um problema a ser resolvido pela sociedade e o Estado com uso da sensibilidade e inteligência e não pela polícia.

Talvez seja possível a transferência dessas verdadeiras festas populares para locais mais longe de moradias e com altura do som, tanto como alimentos e bebidas, sob maior controle. Certamente, a Prefeitura e o Estado poderiam pensar em permitir abertura de casas noturnas sem tantas exigências, que tornam por demais elevados os investimentos e conseqüentemente os preços a serem pagos por frequentadores. As escolas de samba têm muito a ensinar, pois fazem grandes eventos, com multidões, mas onde seus próprios componentes cuidam da segurança dos frequentadores, onde não faltam crianças. Facilitar que organizações esportivas-sociais cuidem de organizar eventos desse tipo talvez ajude.

Enfim, é bom pensar no problema, pois ele continuará a existir. Não será com violência que proibiremos o acesso dos pobres ao divertimento proporcionado por música e dança, local de paquera, amizade, amor, fundamentais para ser ter um mínimo de felicidade na vida. **C**

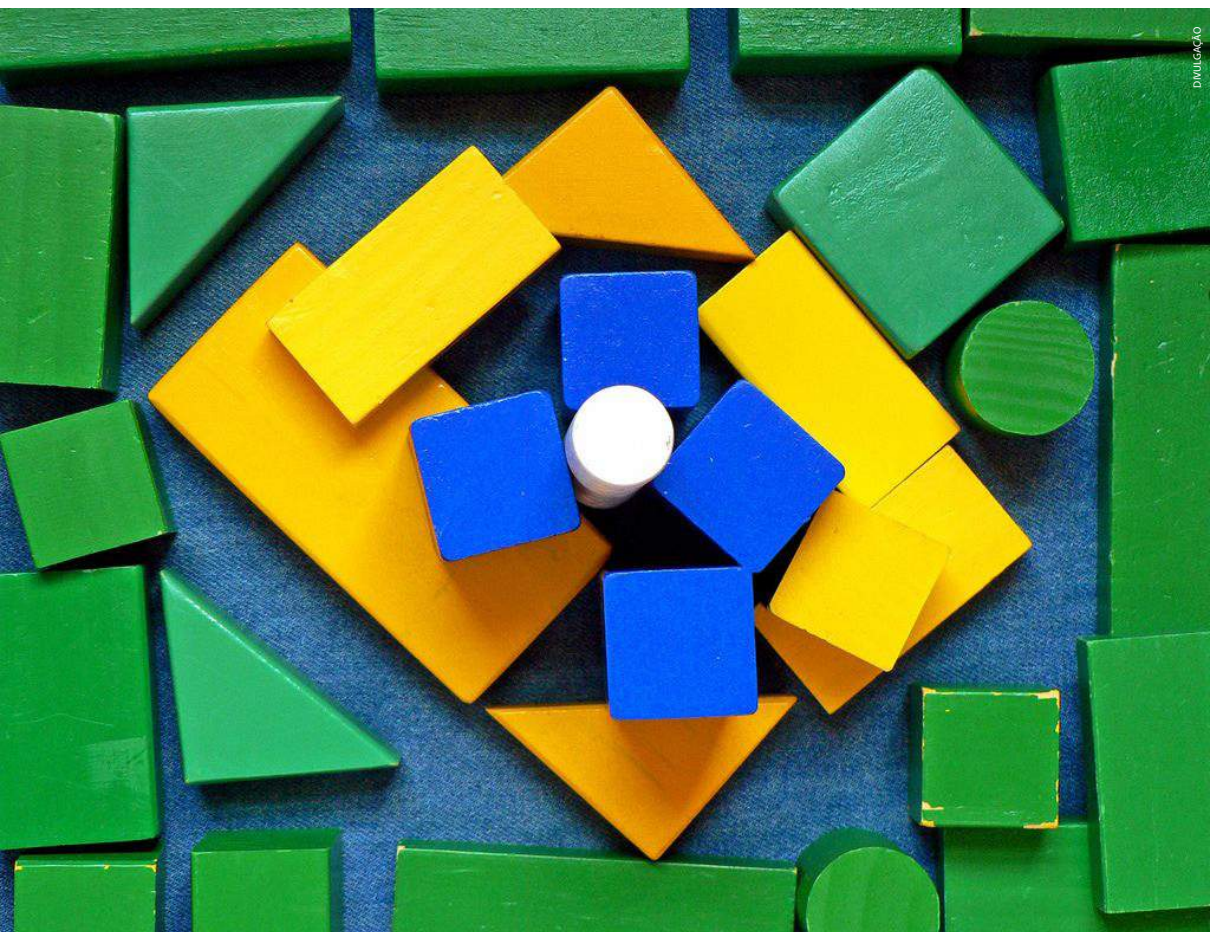


ARQUIVO PESSOAL

**PERCIVAL MARICATO** é Advogado e sócio do Maricato Advogados.



# Judicialização da política, ativismo judicial e participação popular no Brasil



■ POR JOSÉ MATIAS-PEREIRA

**“Se faz necessário, para se contrapor a crescente omissão do parlamento e a intensificação da judicialização da política e do ativismo judicial, a utilização, por meio de propostas oriundas de iniciativa popular, dos institutos do referendo e plebiscito (previstos no art. 14 da Constituição Federal e regulamentados pela Lei nº 9.709, de 1998), como meios de consulta popular para decidir sobre temas relevantes para o país.”**



**O**s movimentos de ruas, a intensificação dos debates sobre temas políticos, sociais, éticos e morais nas redes sociais, e em especial nas urnas, evidencia que o povo brasileiro recuperou a sua capacidade de se indignar e reagir em relação às injustiças sociais, corrupção e impunidade, em decorrência da descrença em relação ao Estado no exercício de suas funções administrativa e legislativa. Assim, o debate do tema que envolve “judicialização da política, ativismo judicial e participação popular no Brasil” se revela atual e relevante. Torna-se essencial, nesse contexto, analisar a relevância de se buscar um maior envolvimento dos cidadãos-eleitores-contribuintes na vida política do Estado, que permita uma participação política efetiva para contribuir para a governabilidade e o avanço da democracia no Brasil.

O artigo tem por objetivo analisar os efeitos da judicialização da política e do ativismo judicial na democracia brasileira. Trata-se de uma pesquisa bibliográfica, apoiado no método hipotético-dedutivo. Formula-se aqui duas perguntas relevantes para o estudo: O poder Judiciário brasileiro adere a prática do ativismo judicial? Caso afirmativo, indaga-se: Esse ativismo produz efeitos negativos no funcionamento do governo, nas instituições e na democracia?

## **SISTEMA POLÍTICO E GOVERNABILIDADE**

A governabilidade de qualquer país depende dos critérios institucionais básicos nos quais se apoiam os pilares do regime político. Observa-se que, o sistema político brasileiro possui uma configuração institucional de baixa eficácia e efetividade no processo de decisão e implementação de políticas públicas. O regime presidencialista, o federalismo e o sistema partidário são elementos que impactam de forma preocupante no referido processo decisório. A elevada fragmentação partidária, com uma baixíssima disciplina dos partidos no jogo parlamentar, desaguou num sistema orientado para o veto, relegando a um segundo plano à adoção de decisões.

É sabido que no presidencialismo o Executivo precisa de apoio no Congresso Nacional para tornar efetiva as políticas econômicas e sociais. No caso brasileiro constata-se que o governo Bolsonaro encontra enormes dificuldades de implementar medidas e políticas que permitam promover as reformas que o país necessita para retomar o processo de crescimento econômico e geração de emprego e renda, visto que encontra-se travado por um sistema político que se recusa a funcionar de forma adequada, por entender que lhe falta de estímulos institucionais.

## **PLEBISCITO E REFERENDO**

Plebiscito. Convocação dos eleitores do país a aprovar ou rejeitar questões relevantes *antes* da existência de lei ou do ato administrativo. Assim, a população diz se quer ou não que ele seja aprovado.

Referendo. Consulta popular, convocado *depois* que o ato já foi aprovado, cabendo ao povo ratificar ou rejeitar a proposta. A competência para propor plebiscito e referendo é do Congresso quando se tratar de questões de relevância nacional.

## JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL: CONCEITOS

As expressões ‘ativismo judicial’ e ‘judicialização’ em que pesem suas interações, possuem sentidos distintos. De forma sucinta, o ativismo judicial diz respeito a determinada forma de atuação dos representantes do Poder Judiciário. Por sua vez, a expressão judicialização está relacionada a transferência de poder das instâncias políticas tradicionais para as judiciais.

A judicialização da política é um fenômeno de âmbito mundial, revelando um judiciário hipertrofiado, que decide assuntos que repercutem nos campos político, econômico, cultural e ético. O conceito de judicialização da política e o ativismo judicial são delineados por Barroso (2012), que sustenta:

“A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.”

O termo “ativismo judicial” (*judicial activism*) surgiu no período de transição entre o constitucionalismo liberal e o constitucionalismo social. O termo está relacionado a uma expansão significativa da função do Poder Judiciário por meio do uso da interpretação constitucional. Deve-se ressaltar que, não existe consenso quanto ao termo ‘ativismo judicial’.

Para Barroso (2012: 23-32)<sup>1</sup> a ideia de ativismo judicial está associada

“a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. Nesse sentido sustenta que ‘ativismo judicial’ é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

Para Ramos (2010) ‘ativismo judicial’ deve ser “entendido como o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe,

institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos).”

## SEPARAÇÃO DOS PODERES E ATIVISMO JUDICIAL

O ativismo judicial pode ser realizado em qualquer instância do Judiciário, ou seja, não fica restrita à atuação da Corte Constitucional. Nesse sentido o ativismo judicial diz com a conduta do Judiciário de legislar, não se restringindo a interpretação da norma jurídica. Essa conduta influencia na regulação de condutas sociais ou estatais, impondo ao Estado a obrigação de implementar políticas públicas e proporcionar a concretização de direitos e garantias fundamentais. Ocorrendo, dessa forma, um rompimento dos limites impostos na separação dos poderes, prevista no art. 2º da Constituição Federal de 1988. Essa postura exacerbada do Poder Judiciário no que se refere à interpretação das normas jurídicas, apoiado no argumento de que busca conceder uma resposta mais adequada as partes que litigam em juízo, em conformidade com os princípios constitucionais, não se sustenta, visto que nesse contexto a conexão entre o direito e política não contribuem para o bom funcionamento do Estado.

Assinalam Torres e Gonçalves (2015: 296) que muitas críticas surgiram na doutrina quanto à excessiva intervenção judicial nas relações sociais, podendo explicitar algumas delas:

- a) dificuldade contramajoritária: caracterizada pela atuação expansiva do Judiciário de forma a sobrepor suas decisões às ações dos agentes políticos eleitos, desequilibrando a clássica lição da separação dos poderes;
- b) capacidade institucional e os riscos dos efeitos sistêmicos, haja vista que nem sempre a decisão judicial é a melhor solução para determinadas matérias, notadamente aquelas que envolvem aspectos técnicos e científicos complexos, podendo incorrer em efeitos indesejáveis ou imprevisíveis, de forma a promover um impacto negativo nas relações sociais;
- c) problema da elitização do debate político, através da desnecessária utilização de métodos de argumentação rebuscados, os quais não se fazem acompanhar pela população, fazendo com o papel da sociedade civil se restrinja à meros expectadores, na espera de soluções providenciais de juízes quanto ao deslinde de questões sociais, que tradicionalmente, deveriam ser resolvidas pelos agentes políticos;
- d) colapso judiciário em razão da crescente procura do Poder Judiciário pelos jurisdicionados, que antes mesmo de procurarem os meios legislativos próprios, se socorrem do judiciário para buscarem o alcance de suas prerrogativas.

Pode-se argumentar, assim, que a expressão ‘ativismo judicial’ diz respeito ao comportamento exorbitante de competência assumido pelo Judiciário. Apoiado nessas considerações, parte-se do pressuposto que, a crescente omissão do parlamento e a intensificação da judicialização da política e do ativismo judicial contribui para o enfraquecimento das instituições e da democracia, e por decorrência, impactando negativamente na governabilidade do país.

Torres e Gonçalves (2015: 290), por sua vez, advertem que a utilização indisciplinada do ativismo judicial e da judicialização podem ensejar sérios problemas, sobre os quais assinalam-se alguns:

- a) Riscos para a legitimidade democrática: muito embora os representantes do poder judiciário não sejam agentes públicos eleitos pela vontade popular, sem dúvida, desempenham um poder político, tomando como exemplo a competência para invalidar atos do Poder Legislativo e Executivo.
- b) Risco de politização da Justiça: sem dúvida, a Constituição promove a ligação entre o universo político e o jurídico, de forma a promover a justiça, a segurança e o bem-estar da sociedade. Sobre essa problematização do risco de a justiça virar política, não podemos deixar de ponderar que uma decisão judicial não comporta discricionariedade plena, ou seja, o juiz deve adequar a sua decisão aos elementos do caso concreto à luz dos preceitos constitucionais e das leis infraconstitucionais, não cabendo a livre vontade política.
- c) Capacidade institucional do Judiciário e seus limites para decidir determinadas matérias: os países que adotam o Estado Democrático, em sua maioria, utilizam o sistema de separação de poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário). A atuação do Judiciário, principalmente no que concerne ao controle de constitucionalidade das leis e atos normativos deve ser sobrepesada, no intuito de evitarmos decisões extravagantes ou incompatíveis com a atuação dos demais poderes (ex.: as decisões proferidas pelo STF nos casos que envolvem medicamentos e tratamentos terapêutico). Devemos pensar se, no caso de determinadas matérias, seria o Judiciário o ente melhor qualificado para decidir?

## CRÍTICAS AO AUMENTO DO PROTAGONISMO JUDICIÁRIO

Diversos autores, como por exemplo, Sarmiento (2009: 52-67)<sup>2</sup>, apresentam argumentos consistentes contra o neoconstitucionalismo e o ativismo judicial. Nesse sentido, aquele autor elenca três objeções centrais ao neoconstitucionalismo e ao ativismo judicial que nele está inserido:

Primeira objeção: O pendor judicialista é antidemocrático;

Segunda objeção: A preferência dos ativistas do poder judiciário por princípios e pela solução das controvérsias com base na ponderação em detrimento de regras e da subsunção, mostra-se bastante perigosa, sobretudo no Brasil, tendo em conta a singularidade da nossa cultura;

Terceira objeção: Teoriza que se corre o grande risco de gênese de uma pan-constitucionalização do Direito, em detrimento da autonomia pública do cidadão e da autonomia privada do indivíduo.

Faz-se necessário destacar, nesse contexto, a extensão e quantidade de matérias que a Constituição disciplina, bem como o excessivo número de pessoas e entidades que podem propor ações diretamente perante o Supremo Tribunal Federal vem contribuindo para um aumento do protagonismo do judiciário, estimulando a crescente judicialização da política e do ativismo judicial.

Assim, o protagonismo conferido ao judiciário, em especial, ao Supremo Tribunal Federal e aos seus membros revela a imposição do jurídico em desfavor

do político. Deve-se alertar que, essa crescente interferência do jurídico no âmbito político, cujos membros não são eleitos, é um fator que impacta negativamente no amadurecimento da democracia, considerando que o povo está equidistante dessas decisões. É inegável que essa transferência de poder das instâncias políticas para os juízes e tribunais está contribuindo para erodir as bases das instituições.

Observados os valores e fins constitucionais, conforme sustenta Barroso (2012), “cabe à lei, votada pelo parlamento e sancionada pelo Presidente, fazer as escolhas entre as diferentes visões alternativas que caracterizam as sociedades pluralistas. Por essa razão, o STF deve ser deferente para com as deliberações do Congresso. Com exceção do que seja essencial para preservar a democracia e os direitos fundamentais, em relação a tudo mais os protagonistas da vida política devem ser os que têm votos. Juízes e tribunais não podem presumir demais de si próprios – como ninguém deve, aliás, nessa vida – impondo suas escolhas, suas preferências, sua vontade. Só atuam, legitimamente, quando capazes de fundamentar racionalmente suas decisões, com base na Constituição.”

Observa-se que, o crescente ‘ativismo judicial’ estão impactando nos procedimentos democráticos representativos no Brasil. É oportuno ressaltar que essa preocupante transferência de poder do parlamento para o judiciário decorre, em grande parcela, da omissão do primeiro por conveniência política. Registre-se que, os efeitos das decisões nos tribunais superiores, em especial no Supremo Tribunal Federal afetam a sociedade e orientam o funcionamento do Estado-nação.

## DECISÕES ESTRITAMENTE POLÍTICAS DO STF

Torna-se relevante assinalar, com vista corroborar as afirmações de que está havendo um crescente aumento da judicialização da política e do ativismo judicial no Brasil, que nos últimos anos diversas decisões de cunho *estritamente políticas* foram adotadas pelo STF que impactaram na sociedade. Destacam-se entre as referidas decisões da Corte Suprema:

1. Criação das súmulas vinculantes instituídas pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004 (Art.103-A e seus parágrafos - CF);
2. Regulação do casamento homoafetivo (ADI 4277/2011 e ADPF 132/2011);
3. Legitimidade da mulher de interromper a gestação em casos de fetos anencéfalos. (ADPF 54/2012);
4. Legitimação das pesquisas com células-tronco embrionárias, ainda que importasse na destruição dos embriões;
5. Vedação do nepotismo (restrição de nomeação de parentes até o terceiro grau de membros do Judiciário para ocuparem cargos comissionados);
6. Permitir a execução da pena após condenação em segunda instância, ou relativização da presunção de inocência (HC nº 126.292 e ADC nº 43 e nº 44);
7. Suspensão da posse de Luiz Inácio Lula da Silva como ministro chefe da Casa Civil (MS nº 34.070 e nº 34.071);
8. Suspensão do mandato do Deputado Federal Eduardo Cunha (AC nº 4.070);
9. Decisão sobre o tráfico privilegiado, que deixou de ser considerado como um crime hediondo (HC nº 118.533);

10. Descriminalização do aborto até o terceiro mês de gestação (HC nº 124.306);
11. Afastamento do senador Renan Calheiros da presidência do Senado e depois apenas da linha sucessória da presidência da República (ADPF nº 402);
12. Determinação para a devolução à Câmara dos Deputados do Projeto de Lei de Iniciativa Popular sobre as 10 medidas de combate à corrupção, para reiniciar o seu trâmite (MS nº 34530).

## JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL E PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA

Registre-se que, desde a Constituição Federal de 1988, o entendimento sobre a prisão em segunda instância já mudou duas vezes. Em 2009, o STF determinou que o réu só podia ser preso após o trânsito em julgado (depois do recurso a todas as instâncias). Antes do esgotamento de recursos, ele poderia no máximo ter prisão preventiva decretada contra si. Em fevereiro de 2016, o STF decidiu que um réu condenado em segunda instância já pode começar a cumprir a sua pena.

No caso mais recente, de outubro a novembro de 2019, o Supremo analisou três Ações Declaratórias de Constitucionalidade e ao final do julgamento decidiu que é constitucional o artigo 283 do Código de Processo Penal, que proíbe a execução da pena antes do trânsito em julgado, repetindo a ordem do inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988. Dessa forma, a condenação em segunda instância não é mais suficiente para que se prenda alguém antes que acabem todas as possibilidades de recursos. Ficou *explícito nessa decisão o ativismo judicial* no âmbito processual penal, na qual, por maioria simples (6x5), os ministros decidiram alterar novamente o entendimento do Tribunal e não mais permitir execução da pena a partir da condenação dos réus em segunda instância (votação concluída em 07/11/2019).

A referida decisão, que beneficiou o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva e milhares de outros condenados, recebeu críticas de diversos segmentos da sociedade, em especial do Ministério Público Federal, por entender que ela tem como consequência a impunidade de pessoas que já tiveram duas condenações. É oportuno destacar que, o modelo de prisão antes do trânsito em julgado é adotado nos países mais evoluídos do mundo, como por exemplo, a Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, França, Alemanha, Espanha e Portugal.

## RISCOS DA OMISSÃO PARLAMENTAR

É relevante ressaltar que, a omissão deliberada dos parlamentares é motivada pelo risco dos desgastes políticos que poderão sofrer na discussão e deliberação de temas e questões controversas no âmbito da sociedade. Essa postura de comodismo político provoca um vácuo de representação, que repercute de forma negativa no funcionamento e legitimidade das instituições mais importantes do país: executivo, legislativo e judiciário. A opção pela judicialização para substituir a política para resolver questões sociais relevantes, notadamente nos campos econômico e social é um erro grave, que levará a um crescente enfraquecimento do Estado de direito e da democracia. Deve-se alertar que, mantido esse sistema




político distorcido, a composição e forma de nomeação dos membros dos órgãos do poder judiciário provocará inevitavelmente uma crescente politização e partidarização dessas instituições.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

É sabido que os juízes, forma inevitável, são criadores do Direito. A interpretação criativa do Direito tem como propósito ajustar a norma à realidade social, buscando adequar as mudanças sociais, políticas, históricas, culturais, entre outras, que estavam ausentes por ocasião da elaboração do texto normativo. É preciso, entretanto, impor limites nesse esforço de interpretação, para evitar que ocorra uma interpretação que extrapole o objetivo da norma. Fica evidenciado, nesse contexto, que o risco implícito do ativismo judicial é o desvirtuamento da função jurisdicional que promova uma invasão indevida do Judiciário esvaziando as atribuições e competências do legislador, bem como do administrador público.

Conforme ficou evidenciado, as mudanças aceleradas no sistema jurídico brasileiro que afetam a separação dos poderes indicam a necessidade de se impor limites na atuação do Poder Judiciário. Assim, torna-se relevante aprofundar o debate sobre a necessidade da inclusão na agenda política do país da questão que trata da maior participação dos cidadãos-eleitores-contribuintes na vida política do Estado - que permita uma participação política efetiva – com vista a fortalecer a democracia no Brasil.

É importante ressaltar, ainda, que o art. 1º da Constituição Federal estabelece que o povo é o verdadeiro titular do poder soberano, e que cabe ao próprio povo exercer esse poder, por meio dos seus representantes eleitos, ou diretamente. Assim, os institutos do plebiscito, referendo e iniciativa popular não suprimem os poderes constituídos, mas repercutem no processo legislativo ou administrativo. Esses institutos visam, em especial, cooperar com o processo legislativo ou administrativo, alterando o rito normal do processo de formação da vontade estatal, para aproximá-lo da vontade popular.

Nesse sentido, se faz necessário, para se contrapor a crescente omissão do parlamento e a intensificação da judicialização da política e do ativismo judicial, a utilização, por meio de propostas oriundas de iniciativa popular, dos institutos do referendo e plebiscito (previstos no art. 14 da Constituição Federal e regulamentados pela Lei nº 9.709, de 1998), como meios de consulta popular para decidir sobre temas relevantes para o país. 

## NOTAS

- 1 BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, vol. 5, nº 1, 2012, p. 23-32.
- 2 SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: NOVELINO, Marcelo (org.). *Leituras complementares de direito constitucional: teoria da constituição*. Salvador: Juspodivm, 2009.



**JOSÉ MATIAS-PEREIRA** é Professor de administração pública e pesquisador associado do programa de pós-graduação em ciências contábeis da Universidade de Brasília. Economista, advogado, doutor em ciências políticas e pós-doutor em administração (FEA/USP).



# O novo pregão eletrônico. Novidades do Decreto nº 10.124, de 20 de setembro de 2019

## Terceira parte

■ POR IVAN BARBOSA RIGOLIN

“Pretende que licitante seja vidente, visionário ou profeta, a ponto de saber exatamente o que pensa o ente que licita quanto à suficiência e ao acerto de sua documentação. Pelo dispositivo precisa declarar que cumpre os requisitos de habilitação e sua proposta atende o edital – quando o máximo exigível é que declare que entende que cumpre os requisitos, e nada além disso.”

O art. 14 inaugura o Capítulo V, *Do planejamento da contratação*, que se estende até o art. 19. O art. 14 contém matéria repetitiva e inútil, que não precisaria ter sido plasmada em generalizante decreto porque interfere na orientação que cada ente público empresta a seus procedimentos, como é a licitação. Resulta bastante bisonho alguém pretender ensinar alguém a planejar... e parece querer dizer que o ente licitador não tem noção de como haver-se em um pregão eletrônico, de modo que cada passo deva ser ensinado como se procede com crianças ao ingressar na primeira escola. O executivo federal parece a mamãe zelosa ao verificar o que seu filho aprendeu na escola no dia que passou.

Informa – como se cuidasse de algo objetivo e controlável – que o planejamento do pregão se dá em cinco etapas, sendo (I) a elaboração do estudo técnico preliminar e do termo de referência – o que já estava assentado anteriormente no decreto; (II) aprovação dos atos anteriores; (III) elaboração do edital; (IV) documentos de habilitação, e (V) designação do pregoeiro e da equipe de apoio, o que também já constava como atribuição da autoridade superior.

Este artigo é tão inovador e relevante que, se for revogado hoje, amanhã nem o seu autor se lembrará de que um dia existiu. É inacreditável o tempo que se joga fora no serviço público.

O art. 15 prossegue o bestialógico, dando mais uma prova da baixíssima consciência do autor sobre o que seja um decreto instrucional.

*Caput*: se o valor máximo ou estimado não constar do edital, então será sigiloso, e cognoscível apenas para o controle interno e externo. A magnífica norma geral da lei de licitações, art. 44, § 1º, que proíbe expressamente fatores, critérios ou elementos sigilosos em licitação, de nada serviu ao autor deste decreto. E veja-se a sua lógica: se o preço não for anunciado no edital, então será secreto... não poderia ser ou ter ficado simplesmente omitido, e acessível a quem quisesse? Mas secreto, sigiloso... acaso estamos voltando à idade da pedra? Absolutamente infantil!

§ 1º aqui o decreto tenta fundamentar o caráter sigiloso. Emenda pior que o soneto. Esquivou-se da lei de normas gerais de licitação para procurar fundamento na lei de acesso a informações! É cúmulo da insensatez e da inconsciência jurídica, e faz realmente duvidar do futuro do país!

Recomenda-se com máxima ênfase que a autoridade promotora de pregões eletrônicos jamais utilize preços ou fatores sigilosos nos pregões que realize, porque as pessoas devem andar para a frente, não correr para trás.

§ 2º haja estômago, paciente leitor, para comentar este artigo, todo inteiro. O nível é, como no dizer de Augusto dos Anjos, atro e subterrâneo. Ou patológico, diretamente. O valor máximo ou o valor estimado será tornado público apenas após o encerramento dos lances. Ora, mas que *nonsense*!

Então o ente licitador permite que os participantes ofereçam lance após lance, por vezes durante horas e na mais engalfinhada disputa – talvez até se divertindo com isso... –, para somente quando aqueles se cansarem da porfia e cessarem os lances lhes comunicar que os últimos 34 lances, e já havia uma hora e meia, tinham excedido o preço máximo, que não fora divulgado?!.. Isso é licitação ou é circo de beira de estrada?

Outra vez a recomendação: se há preço estimado ou preço máximo, então que conste do edital, porque licitante não é folguedo ou brinquedo da autoridade, nem se exige que seja clarividente. Se o autor da regra não sabe o que faz, o autor do edital precisa suprir aquela insciência.

§ 3º este reza o óbvio: se o critério for o do maior desconto, então o valor estimado ou o valor de referência deve constar do edital. Pergunta-se ao autor apenas o seguinte: se a referência de preço não constar do edital, então os descontos deveriam ser propostos pelos licitantes sobre o quê?

O art. 16 felizmente escapa a este ambiente de necrotério jurídico, e, copiando regras do passado, diz coisa com coisa – ainda que o *caput* repita previsão anterior deste decreto, a de que a autoridade designa o pregoeiro.

Pelo inciso I, pregoeiro e equipe de apoio devem ser servidores do ente licitador, o que exclui idéias de terceirização dessas funções – e tal seria admitir-se um pregoeiro particular...

O inciso II, repetindo regra anterior, informa que a equipe de apoio deve ser integrada em sua maioria por servidores ocupantes de cargos efetivos, o que se opõe a cargos em comissão, e o que vem a seguir não merece sequer transcrição, dada a sua essencial bisonhice. Sendo possível cumpra-se, porque nem sempre é possível prestigiar a regra do inciso.

O § 1º não contém novidade sobre a composição da equipe no Ministério da Defesa. O § 2º informa que pode haver pregoeiros e equipes de apoio especiais, para apenas um pregão com dissolução a seguir, o que também é antigo. A autoridade decide quando é o caso.

O § 3º é preceito programático, a estabelecer que os órgãos federais instituirão planos de treinamento e aperfeiçoamento de pregoeiros e equipes de apoio, sendo esse o tipo de previsão programática escrita para inglês ver, tal qual ocorre com as avaliações periódicas de desempenho do servidor em estágio probatório, que pela Constituição, art. 41, inciso III e § 4º, deveriam ser requisito à estabilização.

É tudo parolagem flácida para dormir bovinamente, conversa mole, fingimento teatral, encenação de terceira qualidade, e nada disso jamais aconteceu nem acontece no Brasil. Somos uma vasta *commedia dell'arte*.

O art. 17 elenca as 11 (onze) atribuições do pregoeiro, exatamente as mesmas constantes do art. 11 do anterior Decreto nº 5.450/05, de modo que não serão aqui comentadas.

De novo no artigo existe o parágrafo único, que francamente não precisaria existir. Consigna que o pregoeiro poderá requerer manifestação ou parecer jurídico ou de outro setor técnico para subsidiar sua decisão. Algum dia isso foi proibido, ou seria diferente?

E o art. 18, repetindo também matéria anterior, informa que cabe à equipe de apoio auxiliar o pregoeiro nas várias etapas do pregão, e o fará de todas as maneiras à sua altura, e sobre o mais variado teor, para o que poderá, a sua vez, assessorar-se com unidades administrativas diversas do ente, ou de outros entes, ou mesmo, se necessário e autorizadamente, particulares. O que não pode é omitir-se na sua função principal, que é a de amparar técnica e operacionalmente o pregoeiro.

E o art. 19, fechando o Capítulo, repete as obrigações dos licitantes no participar do pregão eletrônico, constantes do art. 13 do anterior Decreto nº 5.450/05, inclusive repetindo o parágrafo único, de modo que não se as comentará neste momento.

O art. 20 inaugura o Capítulo V – *Da publicação do aviso do edital*, que se estende até o art. 24. Bem melhor que o anterior art. 17 do Decreto nº 5,450/05 por menos burocrático, fixa que a *convocação* – e aqui a palavra está errada, porque ninguém é convocado a participar de licitação nenhuma, mas apenas avisado de que ela existe, à disposição dos interessados – dos interessados em participar se dá pela publicação do resumo do edital no DOU e no sítio eletrônico do ente licitador. Eletrônico, eletrônico... mas o Diário Oficial continua indispensável.

O parágrafo único, prestigiando o interesse local, fixa que se for Estado, Distrito Federal ou Município o beneficiário de pregão eletrônico merecedor de recurso federal, então a publicação do resumo se em cada respectiva imprensa oficial, e em cada respectivo sítio eletrônico. Absolutamente correto e republicano. O autor aqui não deve ser o mesmo dos arts. 14 e 15.

Pelo art. 21 os entes integrantes do SISG ou os aderentes ao Sistema de Compras do Governo Federal devem disponibilizar a íntegra do edital no sítio indicado, além de em cada sítio próprio. E pelo parágrafo único nos entes locais que licitem, por pregão eletrônico, com recurso federal o edital será disponibilizado em sua inteireza nos respectivos sítios.

A Administração nunca se viu tão sitiada por todos os flancos. E mais: com tão desabrida preferência pelo pregão eletrônico com todos os seus sítios o Brasil adota, de vez, o Estado *de sítio*<sup>1</sup>.

O art. 22 repete a sadia regra de que qualquer modificação do edital exige publicação no mesmo veículo da publicação originária, e que o prazo deve ser reaberto do início salvo se a modificação inquestionavelmente não afetar a formulação das propostas – porém, dizemos nós, se não afetar dificilmente o assunto será objeto de republicação.

Ninguém modifica edital para informar que em vez de ser às 10 horas a sessão será aberta às 11, apenas avisando de algum modo os interessados, como por publicar uma nota das mais singelas. Se existe republicação, creia-se, o assunto é sério.

O art. 23 versa sobre pedidos de esclarecimento do edital, e resultou melhor que o equivalente art. 19 do decreto anterior. Agora devem ser enviados ao pregoeiro por meio eletrônico em até três dias úteis antes da sessão de abertura. Não se conta o dia do pedido e se conta o último, como na regra do processo civil. O edital deverá esclarecer o que houver de peculiar em cada caso quanto a isso.

O pregoeiro, após recebido o pedido, tem dois dias úteis para respondê-lo, e para isso poderá requisitar subsídios técnicos ou operacionais ao autor do edital. As respostas serão divulgadas pela internet e vincularão licitantes e administração.

Muito bom que assim seja, porque a resposta a um indagante sempre pode esclarecer todos os demais, ocasionalmente mais reservados e que não perguntaram mas têm interesse em saber. E a resposta se torna regra da licitação, por assim dizer *aderindo* ao edital. Está suprida uma grave lacuna das previsões anteriores, que tantos ódios entrecortados, rangeres de dentes e imprecisões generalizadas propiciou.

O art. 24, na esteira do assunto antecedente, versa sobre impugnações ao edital. Uma coisa é perguntar sobre o edital, outra é contestá-lo e requerer modificação.

Também está melhor que o antecedente art. 18 do Decreto nº 5.450/05, por mais dispositivo e objetivo. Pode se dar a impugnação, por qualquer pessoa e eletronicamente, em até três dias úteis antes da abertura da sessão pública. Não tem efeito suspensivo a impugnação como era de esperar, e deve ser respondida pelo pregoeiro, com o auxílio de sua equipe se necessário, em até dois dias úteis da impugnação.

Pode o pregoeiro (§ 2º) justificadamente atribuir efeito suspensivo ao pleito entretanto, como por princípio o pode sempre, e para qualquer efeito, em qualquer questionamento ou impasse que se lhe antepare na função.

O efeito suspensivo evita decisões precipitadas ou ao sabor da bÍlis verificada no momento, o que jamais é recomendável porque o arrependimento está a um passo... e sempre as decisões administrativas devem ser adotadas na maior serenidade disponível. Nunca é demais a autoridade alguma *parar para pensar*, e o decreto bem o sabe.

O § 3º, sem muita cerimônia, já manda que se for acolhida a impugnação o edital deverá ser republicado conforme a decisão, e designada nova data para a sessão inaugural do pregão.

O texto não disse, mas também aqui vale a regra de que não se prejudica o bom pelo ruim, nem o certo pelo errado. A impugnação poderá no máximo ter efeito sobre a parte afinal julgada errada no edital, o que não deve prejudicar aquela considerada correta e regular.

O art. 25, abrindo o Capítulo VII – Da apresentação da proposta e dos documentos de habilitação, não inova quanto ao direito anterior, e mantém o prazo mínimo de oito dias úteis para a publicidade do edital do pregão eletrônico.

Parece-nos demasiado, sobretudo na era da eletrônica em que tudo se processa com a velocidade do raio e em que também os empresários parecem pensar eletronicamente – mas o inconformismo pouco importa, já que o prazo *mínimo* é esse, podendo ser maior mas não menor.

O longo art. 26, sucessor um pouco melhorado do antigo art. 21 do Decreto nº 5.450/05, aborda a questão das propostas e de sua apresentação. Pelo *caput* serão elas apresentadas sob forma digital, juntas com os documentos exigidos, contendo indicação do objeto ofertado e dos preços pedidos, sempre até a data e a hora da abertura da sessão pública.

Como é de regra, propostas extemporâneas ou intempestivas não serão nem sequer recebidas pelo sistema, e a fase a apresentação das propostas se encerra (§ 1º) com a abertura da sessão pública.

O § 2º repete a inteligente previsão anterior de que documentos que já constem do SICAF e de seus correspondentes sistemas estaduais, distritais e municipais não precisam ser novamente apresentados, garantindo-se o acesso dos participantes a essas informações. O decreto não diz, mas é razoável que o edital exija que o licitante declare quando seus documentos já constam de algum sistema – algo despiendo se o ente licitador contasse sempre com licitantes *educados*, como nem sempre ocorre.

O § 3º dá conta de que a remessa de proposta e documentos se dá por chave de acesso e senha – e *virem-se*, prezados licitantes. Não lhes deve hoje em dia ser difícil lidar com mais uma senha a cada ente licitador, os licitantes que diariamente manejam de quatrocentas a quinhentas senhas para os fins mais variados.

Se o fornecedor licita em trezentos entes públicos, então que mal existe em que precise lidar com mais trezentas senhas, além das que já detinha?.. Não há do que reclamar, sabendo-se que a memória dos melhores computadores comporta até mais informações do que isso... E não se deve chorar com a barriga cheia – de senhas<sup>2</sup>.

Cavalheiros, agora desculpem. O § 4º, portento da burrice humana, sucedeu o § 2º do art. 21 do decreto anterior. Merece, como aquele merecia, o troféu framboesa jurídica. Perdeu o Executivo uma excelente oportunidade de desinfetar o campo deste decreto, expungindo-o daquela infecciosa previsão, mas não o fez. É curioso como varia de a a z o nível de inteligência dos diversos artigos deste decreto...

Pretende que licitante seja vidente, visionário ou profeta, a ponto de saber exatamente o que pensa o ente que licita quanto à suficiência e ao acerto de sua documentação. Pelo dispositivo precisa declarar que cumpre os requisitos de habilitação e sua proposta atende o edital – quando o máximo exigível é que declare que entende que cumpre os requisitos, e nada além disso.

Bola de cristal, tarô, búzios ou vísceras de aves (método divinatório esse em franco desuso) não costumam ser de manejo exigível ao comum dos licitantes – salvo talvez se o pregão visar contratar serviços de mágico, se se o considerar ‘simples’.

Como pode o poder público exigir que o licitante adivinhe que acertou em sua proposta e em seus documentos? Ele poderia no máximo ser instado a declarar que entende ter acertado, – o que seria o mesmo que coisa nenhuma na prática –, mas nada é garantido na medida em que cada cabeça (de pregoeiro) profere uma sentença, que pode estar certa como pode estar errada, tanto quanto o licitante pode estar certo ou estar errado, e ambos com absoluta boa-fé.



Então, exigir do licitante a declaração de algo que ele não sabe nem tem como saber ao certo – atenção: *sob as penas do decreto* de acordo com o subsequente § 5ª e conforme art. 49, inciso IX! –, é ir longe demais. A *burrice* do dispositivo – e a palavra é infeliz e exatamente essa, da gíria que neste caso é mais precisa que a linguagem elegante – é monumental, e aqui foi reiterada não por falta de aviso. O pior cego é, como se sabe, o que não quer ver.

A bisonhice vem da lei do pregão, art. 4º, inciso VII; e foi copiada pelos decretos do pregão eletrônico, até este terceiro. E nada indica que o autor dos textos, entra governo, sai governo, vá acordar da sua letargia mental. Triste país...

No § 5º o autor, além de coonestar a parvoíce do § 4º, também demonstra desconhecer a diferença entre uma declaração falsa e uma inexata. Prescreve que a falsidade da declaração a que se refere o § 4º sujeita o declarante às sanções deste decreto.

Falsidade é mentira, fraude, estelionato, mistificação, embuste, golpe, índice de inidoneidade, porém se o licitante, que juntou todos os documentos e os entende corretos, afinal é julgado inabilitado por causa de um diverso entendimento do pregoeiro, isso não é prestar declaração falsa.

Trata-se de uma declaração *verdadeira* e, supõe-se, honesta, mas que por acaso não corresponde ao que o pregoeiro entende necessário para atender o edital – e não se está julgando quem tem o melhor entendimento, repita-se.

Declaração falsa ou é aquela cujo autor não é o signatário, inautêntica portanto, ou então é a declaração de uma sabida mentira como sendo uma verdade. Mas isso pode não ser o caso, e quase nunca é. O que amiúde ocorre é um entendimento do licitante, sobre suficiência documental ou de proposta, que não corresponde com o do pregoeiro, jamais a caracterizar declaração falsa.

O decreto, neste ponto, é asinino, de nível luar. Obra de onagro, diria Jânio. Ameaça injustamente bons licitantes, se já não os prejudica diretamente, e gravemente. Os fornecedores têm uma espada permanente sobre a cabeça, saem entender porquê nem a merecer. Lembra de perto a inquisição espanhola, na sua obtusa truculência. Envergonha a inteligência nacional, como desde 2002 a lei do pregão já o faz – e alguém, ao longo de quase duas décadas dessa insânia, precisaria tê-lo informado ao sr. Presidente da República.

O § 6º permite ao licitante o *arrependimento eficaz*, admitindo que retire sua proposta antes da sessão de abertura. Não poderia ser diferente, já que todos podem contestar as regras do jogo, ou simplesmente se retirar antes de o jogo começar.

O § 7º, exercendo a faculdade de falar por falar, informa que as propostas não sofrerão classificação antes do julgamento. Alguém tinha dúvida sobre isso?

O § 8º fixa que todo o material do licitante mais bem classificado só será disponível ao pregoeiro, e para acesso público, após encerrada a fase de lances. Compreende-se, porque antes disso o ente ainda procura um vencedor, uma proposta melhor que todas as demais. Não teria sentido disponibilizar o que ainda está em estudo e em competição, nem sequer para o pregoeiro.

O § 9º, fechando o artigo, estabelece que documentos complementares à proposta e à habilitação, se cabíveis e necessários, a pedido do pregoeiro deverão ser encaminhados pelo até então vencedor em até duas horas a contar do encerramento da fase de lances. Comentário despiendo.

O art. 27 abre o Capítulo VIII – *Da abertura da sessão pública e do envio de lances*, com disposições óbvias no *caput* e no § 1º: a sessão pública será aberta pelo pregoeiro pela utilização de sua chave de acesso e senha; os licitantes poderão participar do pregão também mediante sua chave de acesso e sua senha. Se for revogado hoje, amanhã ninguém lembrará de que isto existiu.


O § 2º, entretanto, repete o § 5º do art. 22 do decreto anterior, reiterando a importantíssima garantia ao licitante de que poderá a todo tempo comunicar-se com o pregoeiro, já que os ensejos para tanto são abundantes. Imaginem-se os registros desconexos e sem sentido que invadem as telas nos pregões, ou preços simplesmente insanos, ou ofertas sem nenhuma conexão com o objeto, tudo a exigir troca de informação em tempo real entre os dois lados do certame. E o pregoeiro naturalmente, em casos assim, poderá mandar desconsiderar os conteúdos sem sentido ou inaceitáveis.

O art. 28 em nada inova. O pregoeiro desclassificará, desde o momento em que apresentadas, propostas desconformes com relação ao edital – e essa desconformidade poderá ser por razões virtualmente incontáveis –, e nesse ato excluirá o licitante do certame, o que poderá ensejar recurso.

Qualquer desclassificação deverá ser fundamentada, como de resto ocorre quanto a qualquer decisão pública prejudicial a alguém, os licitantes podendo acompanhar em tempo real todos esses acontecimentos. Não se esperaria diferente em pregões eletrônicos.

O art. 29, bastante sintético, informa que o sistema ordenará automaticamente as propostas classificadas pelo pregoeiro. Isso significa portanto que o pregoeiro já classifica, tão logo as receba, as propostas que entende mereçam classificação. Não existe fase posterior de exame de classificabilidade das propostas, como se denota, e o que o pregoeiro desclassificar nesse momento exclui o licitante autor, até eventual provimento de eventual recurso que apresente.

E o parágrafo único confirma a regra: “Somente as propostas classificadas pelo pregoeiro participarão da etapa de envio de lances.” Isto significa que não mais se cogitará em classificar ou desclassificar propostas após esta fase, prevista neste art. 29. O assunto da classificabilidade das propostas se encerra aqui.

E o art. 39, que se *espancará* à frente, e que resultou da repetição da *estupidez sesquipedal* e do *nonsense* da lei dos pregões, art. 4º, inciso XVI, incidirá no mesmo erro de fazer crer que àquela altura do pregão eletrônico – art. 39 – volta à baila a classificabilidade da proposta vencedora. Aquele artigo não perde por esperar o comentário. 

## NOTAS

- 1 Ante tal profusão dos sítios digitais, cibernéticos e informáticos que dominam o panorama do direito; sob o sítio do portal e a contemplar os *links* entre múltiplos outros sítios, o alquebrado escriba, confinado a seu sítio arqueológico e quase esmagado pela nostalgia do passado, dá-se conta, talvez no seu derradeiro alento, de quão gentis e bons eram aqueles tempos... do sítio do pica-pau amarelo!..
- 2 Reconhece-se a necessidade das senhas, mas o exagero atual medeia entre o ridículo e o insuportável. As instituições parecem com prazer-se em atribuir dezenas de senhas a todas as pessoas e para todas as finalidades imagináveis, até para acessar mensagens da namorada no celular ou pedir a noturna pizza. Quanto à eficácia desse monumental complexo de segurança, os bancos, que despendem alguns bilhões de reais por ano para conceber, manter e renovar o sistema, perdem anualmente outros bilhões de reais em razão de fraudes contra o mesmo sistema de segurança, tão abarrotado de senhas. Quiçá com menos senhas o prejuízo fosse menor. Para o usuário, o cliente e o licitante seguramente seria.



IVAN BARBOSA RIGOLIN é Advogado em São Paulo.

# Juiz das garantias?

■ POR RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA

As reações vindas dos mais variados setores de nossa comunidade jurídica, desde gente do Poder Executivo federal<sup>2</sup>, até de uma grande e muito bem significativa parcela do Poder Judiciário e do Ministério Público, mostram a dificuldade que será a efetiva implementação do Juiz das Garantias.<sup>3</sup> É impressionante mesmo como muitos, milhares!, de integrantes do Ministério Público e do Poder Judiciário teimam em conservar o processo penal brasileiro como aquele concebido no século passado, nos anos 40, de tendência rigorosamente fascista, autoritária e inquisitorial.

É de assustar também a forma como essa mesma gente, sem qualquer embasamento teórico ou científico, abrindo mão de argumentos falaciosos, trata de uma maneira tão rasa e simplista a criação do Juiz das Garantias. E, por fim, também é desanimadora esta resistência, pois, como disse acima, tais reações tornarão difícil que se instaure no País este novo sujeito processual. Será uma tarefa árdua para os defensores de um processo penal democrático e de matriz acusatória.

Comentando o novo Código de Processo Penal da Província de Buenos Aires e, mais particularmente, o Juiz de Garantias, Bertolino, fazendo como se fora um jogo de palavras – como ele próprio admite -, afirma que com o Juiz de Garantias “*a lei processual penal de Buenos Aires pretendeu, antes de qualquer outra coisa, estabelecer a ‘garantia de um juiz’*” (grifos e aspas no original). É ainda dele a observação de “*que a própria denominação legal vincula-o, sem prejuízo de outras considerações, com a realidade das garantias processuais*”, tratando-se da concretização da “*dimensão constitucional da jurisdição.*”<sup>4</sup>

Observa-se que, antes mesmo de disciplinar detalhadamente a competência do Juiz das Garantias, tratou o legislador de estabelecer, no art. 3º-A., que “o processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação



**“Finalmente, ainda que tarde, temos agora no Brasil o Juiz das Garantias, em virtude de ter sido promulgada a Lei nº 13.964/19, que acrescentou ao CPP os arts. 3º-A a 3º-F. Quis o destino (?) que esta lei surgisse em um período de tamanho retrocesso na cultura jurídico-penal brasileira, prenehe que está de ideias e decisões punitivistas, utilitaristas, eficientistas, populistas, conservadoras e retrógradas.<sup>1</sup> Sem dúvidas, o Juiz das Garantias trata-se da mais importante alteração legislativa já vista no País, desde que entrou em vigor este (e ainda) velho CPP.”**

e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.” Trata-se, a meu ver, de uma verdadeira introdução às normas gerais estabelecidas em seguida, pois deixa de uma maneira muito clara que toda a interpretação que se queira fazer em relação aos dispositivos do nosso Código, deverá atender, primeira, obrigatória e rigorosamente, às regras e aos princípios do sistema acusatório, especialmente o princípio acusatório.

A propósito, Falcone, estudando este princípio, explica que, em razão dele, não pode “ser uma mesma pessoa a que realiza a investigação e a que decida.” Assim, o modelo acusatório “pretendeu devolver ao investigado/acusado a qualidade de sujeito de direitos, o que o procedimento inquisitivo negava, transformando-o em um mero objeto de um procedimento inquisitivo, presidido por um juiz instrutor e de acusação.”<sup>5</sup>

Ora, se agora há no próprio CPP, dentre os seus primeiros artigos, um em especial que estabelece ter o nosso processo penal uma estrutura acusatória, é dizer, vinculado ao princípio acusatório, proibindo-se qualquer “iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”, obviamente que este cânone deve ser, doravante, observado em todos os processos criminais, e sem tergiversações.

Na verdade, a Constituição Federal já assim o exigia, mas, como se sabe, aqui no Brasil é preciso que a lei ordinária também o diga, pois há quem sempre teime em interpretar a Constituição à luz da legislação ordinária, e não o contrário, como tem que ser. Trata-se de um verdadeiro método interpretativo à brasileira e, o que é pior, ensinado em nossas faculdades de Direito e disseminadas em salas de audiência, em sessões de tribunais e em gabinetes de Juízes e membros do Ministério Público.

É preciso, portanto, e atentos a Dworkin, saber que “o cálculo utilitarista que a sociedade eficiente em custos utiliza para determinar como serão os processos criminais é um cálculo que não pode incluir o dano moral.”<sup>6</sup>

Com efeito, doravante, teremos, em regra, dois juízes competentes: um que atuará na fase de investigação criminal (atendendo, sempre que solicitado, aos pleitos da Polícia e do Ministério Público), e outro que terá competência para instruir o processo e julgar o acusado, livre, este segundo Juiz, das amarras próprias de uma parcialidade forjada desde o conhecimento dos elementos informativos colhidos sem a observância dos postulados do devido processo constitucional.

Aliás, para evitar a contaminação do Juiz da Instrução e Julgamento, os autos que compõem as matérias de competência do Juiz das Garantias deverão ser desentranhados do processo, ficando arquivados na secretaria do Juízo das Garantias, à disposição do Ministério Público e da Defesa, ressalvando-se, tão-somente, os documentos relativos às provas irrepetíveis, os meios de obtenção e de antecipação de provas, que serão apensados em apartado. Neste caso, ficará assegurado às partes o amplo acesso aos autos arquivados na secretaria. Eis o ponto central: a imparcialidade do julgador, “a primeira exigência de um juiz, que não pode ser, ao mesmo tempo, parte e julgador no conflito submetido à sua decisão”, conforme sintetiza Juan Montero Aroca.<sup>7</sup>

E a lei não deixa dúvidas: o Magistrado que, na fase de investigação venha a praticar qualquer ato incluído no rol das competências do Juiz das Garantias, ficará impedido de funcionar no processo como Juiz da Instrução e Julgamento. Isso é fundamental para que se lhe garanta – o mínimo que seja ainda – a necessária e indispensável imparcialidade própria do sistema acusatório. Trata-se, portanto, de uma nova causa de impedimento, além daquelas já estabelecidas no art. 252, CPP. A violação a este preceito, tornará nulos os atos praticados pelo Juiz impedido, nos termos do art. 564, I, CPP.

A propósito, Ferrajoli afirma que a imparcialidade deve ser, para o Juiz, “um hábito intelectual e moral”, razão pela qual não deve ter o Magistrado qualquer “interesse acusatório”; neste sentido, para ele, “a função judicial não pode ser contaminada pela promiscuidade entre juízes e órgãos da polícia, que só devem ter relações – de dependência – com a acusação pública.”<sup>8</sup>

O Juiz das Garantias será o responsável pelo controle da legalidade de qualquer investigação de natureza criminal, seja aquela levada a efeito pela Polícia – por meio do Inquérito Policial -, seja aquela conduzida pelo Ministério Público – a partir da instauração do Procedimento Investigatório Criminal, previsto na (inconstitucional) Resolução nº 181, do Conselho Nacional do Ministério Público.<sup>9</sup> Também caberá a ele “a salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário.”

Esta competência abrange a investigação de quaisquer infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo (art. 61 da Lei nº 9.099/95); nestas, continuam aplicáveis as disposições previstas na Lei dos Juizados Especiais Criminais, especialmente no que diz respeito ao Termo Circunstanciado de Ocorrência (art. 69) e aos acordos civil e penal (composição civil dos danos e transação penal, previstas no art. 72).<sup>10</sup>

O Juiz das Garantias será designado conforme as normas de organização judiciária da União, dos Estados e do Distrito Federal, observando-se critérios objetivos a serem periodicamente divulgados pelo respectivo Tribunal. Nas comarcas em que houver apenas um Juiz, os Tribunais locais criarão um sistema de rodízio de Magistrados, a fim de atender às novas disposições.

Neste aspecto, não vislumbramos os obstáculos que estão impondo para impedir que se cumpra a lei. Evidentemente, que haverá a necessidade da criação de novos cargos de Juízes e, conseqüentemente, novos gastos. Qual o problema? Não há sempre orçamento para custear aumento de despesas com salários e estrutura física do Poder Judiciário? Pois bem. Agora, este orçamento terá que também ser suficiente para arcar com os custos de implementação do Juiz das Garantias, ainda que se sacrifique, por exemplos, aumentos salariais.

Nas comarcas em que houver apenas um Juiz (e são muitas em todo o Brasil), e enquanto não forem criados os novos cargos, caberá ao substituto legal do Juiz



titular (em observância à garantia do Juiz Natural), caso haja necessidade (ou seja, se o Juiz titular da comarca tiver oficiado na fase investigatória), atuar como Juiz da Instrução e Julgamento. Simples! Não há dificuldade, senão falta de vontade política, o que é inadmissível! Quando se quer, se faz...

A competência do Juiz das Garantias cessará com o recebimento da peça acusatória, com a citação do acusado e, se for o caso, com a absolvição sumária (arts. 3º-B, XIV e 3º-C, que fazem referência expressa ao art. 399, CPP). Aqui, preferível seria menção ao art. 396, CPP, mas assim não o foi. E onde se lê art. 399, evidentemente que não se pode ler art. 396.

Portanto, a ele caberá, após o oferecimento da denúncia ou da queixa, fazer o juízo de admissibilidade da imputação formulada, admitindo-a ou não; se receber a denúncia ou a queixa, deverá, em continuidade, determinar a citação do réu (aplicando, se cabível, os arts. 366 e 367, CPP) e, após a resposta preliminar, absolvê-lo sumariamente (se for o caso de absolvição sumária, nos termos do art. 397, CPP).

Caso não absolva sumariamente o réu, somente então enviará os autos para o Juiz da Instrução e Julgamento, que deverá designar dia e hora para a audiência, ordenando a intimação do acusado, de seu defensor, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente. As questões porventura pendentes serão decididas agora pelo Juiz da Instrução e Julgamento, ressalvando-se que as decisões proferidas pelo Juiz das Garantias não vinculam o Juiz do processo, que deverá reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso, no prazo máximo de dez dias, haja ou não requerimento das partes.

E quais as competências específicas do Juiz das Garantias? Em primeiro lugar, caberá a ele receber a comunicação imediata da prisão e o auto da prisão em flagrante, a fim de que adote uma das providências estabelecidas nos arts. 310 e 311 do CPP. Assim, a ele competirá zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido à sua presença, a qualquer tempo, haja ou não pedido neste sentido.

Também ele deverá ser informado sobre a instauração de qualquer investigação criminal, seja procedida pela Polícia, seja pelo Ministério Público, decidindo sobre o requerimento de prisão provisória ou qualquer outra medida de natureza cautelar, bem como, se houver necessidade, deferir o pedido de prorrogação da prisão provisória ou da medida cautelar já decretada, substituí-las ou revogá-las. No caso de pedido de prorrogação, será obrigatório, independentemente de urgência ou de perigo para a eficácia da respectiva medida (diversamente do que ocorre na hipótese do art. 282, § 3º, CPP), que se estabeleça o contraditório, em audiência pública e oral, e na presença do Ministério Público e de Defensor.

Caso haja necessidade da produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis (arts. 225 e 155, CPP), ao Juiz das Garantias deverá ser dirigido o respectivo requerimento, sempre assegurados o contraditório e a ampla defesa, também em audiência pública e oral, e na presença do Ministério Público e de Defensor.

Outrossim, será dele a competência para, havendo necessidade comprovada, analisar pedido de prorrogação do prazo de duração do Inquérito Policial ou do Procedimento Investigatório Criminal, em vista das razões apresentadas, respectivamente, pela autoridade policial ou pelo representante do Ministério Público. Se o investigado estiver preso poderá, mediante representação da autoridade policial (neste caso, ouvido o Ministério Público) ou a partir de requerimento do próprio Ministério Público, prorrogar, uma única vez, a duração do Inquérito Policial ou do Procedimento Investigatório Criminal, por até quinze dias. Finda esta dilação,



e sem que seja concluída definitivamente a investigação, a prisão deverá ser obrigatória e imediatamente relaxada, posto já ilegal.

Se houver impetração de Habeas Corpus com o fim de sobrestar ou pôr fim a investigação, caberá ao Juiz das Garantias o seu conhecimento, devendo conceder a ordem sempre que não haja “fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento.” Afinal, como dizem Afrânio e Souto Maior, para a instauração de um procedimento investigatório de natureza criminal, é preciso “a toda evidência, que o fato noticiado à autoridade policial, examinado sempre em tese, encontre tipicidade objetiva em alguma norma penal incriminadora.”<sup>11</sup>

Em qualquer caso, havendo necessidade, poderá requisitar documentos, laudos e informações ao Delegado de Polícia ou ao Ministério Público sobre o andamento da investigação. Aliás, sempre que haja impetração de Habeas Corpus, qualquer que seja o pedido ou a causa de pedir, sendo antes do oferecimento da denúncia ou da queixa, também será dele a competência para o processo e julgamento da ação.

Também é de sua competência determinar a instauração do incidente de insanidade mental (art. 149, CPP), além de assegurar prontamente o direito da Defesa de ter acesso a todos os elementos informativos e eventuais provas produzidas no âmbito da investigação, conforme determina a Súmula Vinculante 14 e os incisos do art. 7º, da Lei nº 8.906/94, o Estatuto da OAB.

Se houver requerimento, caberá também a este Magistrado deferir pedido de admissão de assistente técnico (art. 159, § 3º, CPP), homologar (ou não) o acordo de não persecução penal (art. 28-A, também acrescentado pela nova lei) e o de colaboração premiada, quando formalizados durante a investigação. De mais a mais, compete-lhe decidir sobre os requerimentos de interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação, quebra dos sigilos fiscal, bancário, de dados e telefônico, busca e apreensão domiciliar, acesso a informações sigilosas, bem como, em geral, todos os outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado.

Deverá assegurar o cumprimento das regras para o tratamento dos presos, impedindo o acordo ou ajuste de qualquer autoridade da Polícia ou do Ministério Público, com órgãos da imprensa para explorar a imagem da pessoa submetida à prisão, sob pena de responsabilidade civil, administrativa e penal, devendo as autoridades disciplinar, via regulamento, o modo pelo qual as informações sobre a realização da prisão e a identidade do preso serão, de modo padronizado, transmitidas à imprensa, assegurados a efetividade da persecução penal, o direito à informação e a dignidade da pessoa submetida à prisão.

Certamente, esta é uma questão muito controversa e diz respeito, não especialmente ao Juiz das Garantias, mas a um conflito entre a liberdade de expressão e de informação e o direito individual de ter a imagem protegida e a sua honra preservada. Eis uma matéria muito sensível, assim definida por Escalante:

“Uma contraposição entre duas modalidades deontológicas derivadas da liberdade de expressão ou informação, e o direito à preservação da honra, consistente em que um ato de manifestação de pensamento, opinião ou informação de um deles está permitido por aquelas liberdades e, por sua vez, está proibido pelo direito de preservação da honra alheia. O conflito consiste, em suma, na permissão de opinar e informar e a proibição de lesão do direito à honra.”<sup>12</sup>

De toda maneira, é preciso atenção e rigor no cumprimento deste dispositivo, pois, efetivamente, o mais que se vê no Brasil é uma exposição absurda, perversa e inconstitucional da imagem de investigados e acusados, sem a necessária preservação

dos direitos individuais declarados e garantidos pela Constituição. Por outro lado, numa Democracia, é indispensável que os meios de comunicação tenham a liberdade (e a responsabilidade) de informar os cidadãos, com os cuidados para não contribuir, com esta exposição, para prejuízos, futuras e injustas condenações.


Para concluir três questões últimas, a saber:

Primeiro, entendo que não há qualquer razão, seja do ponto de vista das novas disposições, seja em decorrência da Constituição Federal, para limitar o Juiz das Garantias aos processos na primeira instância; muito pelo contrário, também devem ser observadas as novas disposições processuais penais nas ações penais originárias. Aqui, quando um Desembargador ou Ministro tiver oficiado na fase de investigação, outro deverá ser o relator para a instrução e para proferir o voto.

Em relação aos processos pendentes na data da entrada em vigor da nova lei, deve-se atentar para o art. 2º, CPP (“a lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior”). Ou seja, relativamente às ações penais em curso (estejam em primeiro grau, nos tribunais, no STJ ou no STF), se um Juiz, Desembargador ou Ministro deferiu alguma medida requerida durante a fase de investigação, o processo deve ser encaminhado ulteriormente para outro Magistrado, seja o substituto legal, seja um novo relator, devidamente sorteado. A nova lei somente não atingirá os processos em que já houve recebimento da peça acusatória. Esta é uma inafastável conclusão que decorre dos princípios que regem a sucessão das leis processuais penais formais no tempo.

E as audiências de custódia? A dúvida que, certamente, ocorrerá diz respeito a quem caberá realizá-las, pois foi vetado o § 1º, do art. 3º-B, cuja redação era a seguinte: “O preso em flagrante ou por força de mandado de prisão provisória será encaminhado à presença do juiz de garantias no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, momento em que se realizará audiência com a presença do Ministério Público e da Defensoria Pública ou de advogado constituído, vedado o emprego de videoconferência.”

Acontece que tais audiências estão expressamente previstas no art. 310, também alterado, determinando-se que, após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até vinte e quatro horas após a realização da prisão, o Juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público. Aliás, a autoridade que deu causa, sem motivação idônea, à não realização da audiência de custódia no prazo estabelecido responderá administrativa, civil e penalmente pela omissão, ensejando-se também, salvo se houver motivação idônea, a ilegalidade da prisão, a ser relaxada pela autoridade competente, sem prejuízo da possibilidade de imediata decretação de prisão preventiva.

Evidentemente, que o Juiz competente para a realização das audiências de custódia será aquele designado pela Lei de Organização Judiciária, estando ele, por óbvio, impedido de ser o Juiz da causa, pois já teria praticado algum ato relativo ao processo. 

## NOTAS

- 1 Foi o que se deu, em 1973, em plena ditadura militar, quando o General Médici, o mais sádico de todos!, promulgou a Lei nº 5941, alterando os arts. 408, 474, 594 e 596 do CPP, e garantindo ao réu primário e sem antecedentes o direito de responder ao processo em liberdade. Foi, à época, sem dúvidas, um avanço jurídico. Mas, como se sabe, teve o claro objetivo de impedir que o Delegado de Polícia, Sérgio Paranhos Fleury, do DOPS, fosse para a cadeia por seu envolvimento com o Esquadrão da Morte. Ele era, certamente, o mais conhecido agente da repres-

são política, conhecido pela crueldade e truculência contra militantes da oposição. A nova lei, por isso, ficou conhecida como Lei Fleury.

- 2 O próprio Ministro da Justiça e Segurança Pública do Brasil posicionou-se firmemente contra a alteração legislativa o que, convenhamos, soa estranhíssimo, visto que a lei, pressupõe-se, seja do agrado do Presidente da República, que sancionou o respectivo projeto de lei, ainda que tenha vetado mais de duas dezenas de outros dispositivos.
- 3 A Associação dos Magistrados Brasileiros e a Associação dos Juizes Federais do Brasil ajuizaram a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6298, com pedido de medida cautelar, cujo relator é o Ministro Luiz Fux. A medida cautelar foi concedida parcialmente para: "(i) suspender-se a eficácia dos arts. 3º-D, parágrafo único, e 157, § 5º, do Código de Processo Penal, incluídos pela Lei nº 13.964/19; (ii) suspender-se a eficácia dos arts. 3º-B, 3º-C, 3º-D, caput, 3º-E e 3º-F do CPP, inseridos pela Lei nº 13.964/2019, até a efetiva implementação do juiz das garantias pelos tribunais, o que deverá ocorrer no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, contados a partir da publicação desta decisão; (iii) conferir-se interpretação conforme às normas relativas ao juiz das garantias (arts. 3º-B a 3º-F do CPP), para esclarecer que não se aplicam às seguintes situações: (a) processos de competência originária dos tribunais, os quais são regidos pela Lei nº 8.038/1990; (b) processos de competência do Tribunal do Júri; (c) casos de violência doméstica e familiar; e (d) processos criminais de competência da Justiça Eleitoral. (iv) fixarem-se as seguintes regras de transição: (a) no tocante às ações penais que já tiverem sido instauradas no momento da efetiva implementação do juiz das garantias pelos tribunais (ou quando esgotado o prazo máximo de 180 dias), a eficácia da lei não acarretará qualquer modificação do juízo competente. O fato de o juiz da causa ter atuado na fase investigativa não implicará seu automático impedimento; (b) quanto às investigações que estiverem em curso no momento da efetiva implementação do juiz das garantias pelos tribunais (ou quando esgotado o prazo máximo de 180 dias), o juiz da investigação tornar-se-ão juiz das garantias do caso específico. Nessa hipótese, cessada a competência do juiz das garantias, com o recebimento da denúncia ou queixa, o processo será enviado ao juiz competente para a instrução e o julgamento da causa." (esta decisão foi proferida pelo Ministro Dias Tofolli, durante o recesso judiciário).
- 4 BERTOLINO, Pedro J., *El Juez de Garantías en el Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires*, Buenos Aires: Ediciones Depalma, 2000, páginas 56 e 122 (tradução livre).
- 5 FALCONE, Roberto A., *El Principio Acusatorio – El Procedimiento Oral en la Provincia de Buenos Aires y en la Nación*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2005, p. 19 (tradução livre).
- 6 DWORKIN, Ronald, *Uma Questão de Princípio*, São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 119. Para ele, "devemos distinguir entre o que podemos chamar de dano simples que uma pessoa sofre por meio da punição justa ou injusta, e os danos adicionais que se pode dizer que ela sofre sempre que sua punição é injusta, pelo simples fato dessa injustiça. Chamarei estes últimos de 'fator de injustiça' em sua punição, ou seu dano 'moral'" (p. 117).
- 7 AROCA, Juan Montero, *Sobre la Imparcialidad del Juez y la Incompatibilidad de Funciones Procesales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 186 (tradução livre).
- 8 FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón – Teoría del Garantismo Penal*, Madrid: Editorial Trotta, 1998, 3. ed., p. 580, 582 e 583 (tradução livre).
- 9 <https://jornalgnn.com.br/justica/no-pais-das-resolucoes-e-dos-enunciados-quem-precisa-de-lei-por-romulo-de-andrade-moreira/>, acessado em 26 de dezembro de 2019.
- 10 Observa-se que as disposições da Lei nº 9.099/95 não se aplicam às infrações penais praticadas em situação de violência doméstica e familiar (art. 41 da Lei nº 11.340/06), tampouco aos crimes militares (art. 90-A, da Lei nº 9.099/95). Aplica-se, portanto, na Justiça Militar, Estadual e da União. Em relação aos casos de violência doméstica e familiar, à Justiça Eleitoral, aos processos de competência do Tribunal de Júri e às ações penais originárias, veja-se a nota 3, acima.
- 11 JARDIM, Afrânio Silva, e AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. *Direito Processual Penal – Estudos e Pareceres*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, 12ª. edição, p. 221.
- 12 ESCALANTE, Mijail Mendoza. *Conflictos entre Derechos Fundamentales – Expresión, Información y Honor*, Lima: Palestra Editores, 2007, p. 117 (tradução livre).



**RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA** é Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia e Professor de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da Universidade Salvador – UNIFACS.

# Carga tributária e carga burocrática travam a economia

■ POR KIYOSHI HARADA

**“Enquanto o País não mudar a sua cultura da burocratização não há reforma tributária que possa devolver ao setor produtivo a tranquilidade e segurança jurídica para o desenvolvimento de suas atividades.”**



**A** simples leitura dos preceitos constitucionais que estruturam o sistema tributário nacional dá a impressão de segurança jurídica total em razão de inúmeros princípios que limitam o poder tributário do Estado. Contudo, o exame da legislação tributária como um todo revela que esse sistema peca por total ausência de segurança jurídica, excesso de carga tributária e pelo incurável vício da burocracia danosa. Analisemos sucintamente esses aspectos.

## FALTA DE SEGURANÇA JURÍDICA

O Sistema Tributário Nacional vigente, ao contrário do que aparenta pelo seu exame sob o prisma constitucional, é um dos mais inseguros, contraditórios, caóticos e imprevisíveis do mundo.

Inúmeros princípios tributários modelados pelo legislador constituinte, para limitar o poder impositivo do Estado, na prática, de nada servem aos contribuintes por conta do desrespeito sistemático ao princípio da hierarquia vertical das leis, e à falta de um órgão capaz de afastar, a tempo, as normas epidêmicas que são despejadas com incrível velocidade e que não se harmonizam com aqueles princípios enumerados na Carta Política.

A extrema morosidade da Justiça, que se acentua a cada ano que passa, conspira contra o combate a essas normas inconstitucionais. Como se isso não bastasse já se tornou visível a tendência irreversível de nossos tribunais de julgar as grandes questões tributárias com a preocupação voltada para o aspecto da preservação de saúde financeira do Estado<sup>1</sup>, na verdade, incumbência do Executivo e do Legislativo, e não do Judiciário, responsável apenas pela aplicação das leis em vigor, desde que conformadas com os textos constitucionais. E mais. O Estado é meio e não fim. O governo existe em função da sociedade, pois todo poder emana do povo na dicção do parágrafo primeiro, do art. 1º da Constituição Federal. Logo, os direitos e garantias fundamentais que decorrem dos princípios tributários enumerados na Constituição estão acima do poder político do Estado. Pode parecer uma brincadeira, mas é o que decorre do Estatuto Magno.

Um verdadeiro cipal de normas dúbias e nebulosas são editadas periodicamente, exatamente no sentido inverso do princípio da transparência tributária inscrito no § 5º, do art. 150 da CF, que conflitam abertamente com o sistema tributário habilmente esculpido pelo legislador constituinte que esgotou a matéria, nada deixando para o legislador ordinário complementar esse sistema, a não ser instituir os tributos de competência de cada ente político, nos exatos termos da outorga constitucional.

Mas, o que se vê na prática é a burla sistemática aos princípios tributários pelo legislador ordinário que vem ignorando a natureza intrínseca de cada espécie tributária, apegando-se a uma denominação formal, tornando letra morta o princípio discriminador de impostos. Taxas e impostos inconstitucionais vêm sendo cobrados sob a denominação de contribuição social, valendo-se o legislador infraconstitucional do vazio existente no Código Tributário Nacional que deixou de definir o fato gerador dessa espécie tributária que pressupõe um benefício específico, mesmo porque, à época de seu advento, doutrina e jurisprudência não consideravam a contribuição social como uma espécie tributária.

A inobservância dos princípios tributários retira dos contribuintes a segurança jurídica que reside exatamente na previsibilidade da ação governamental no campo da tributação. Pelo exame do sistema tributário estruturado na Constituição o contribuinte sabe de antemão o que o governo pode fazer e o que não pode fazer. Como os princípios tributários não são respeitados pelo legislador infraconstitucional os contribuintes são surpreendidos a cada momento com novas exações tributárias. Os tribunais, quando declaram a inconstitucionalidade de um tributo, levam anos e a decisão vem com efeito modulatório: quem pagou não tem direito à repetição; quem não pagou não precisa mais pagar! Inaugura-se, dessa forma, o princípio da inconstitucionalidade eficaz que provoca o crescente abuso legislativo vantajoso.

## EXCESSO DE CARGA TRIBUTÁRIA

Cada reforma tributária pretendida acaba em mini reforma, um remendo constitucional que aumenta a carga tributária, tornando a legislação mais complexa, ao contrário da habitual rotulagem dada à reforma: simplificar e atenuar a carga tributária visando o *desenvolvimento da economia*. É o que consta invariavelmente da exposição de motivos de toda a reforma tributária preconizada até hoje. Na prática, diminuição de pressão tributária virou sinônimo de elevação do peso da tributação, e a simplificação passou a significar complicação. As duas propostas de reforma em andamento no Congresso Nacional, a PEC nº 110/19 e a PEC nº 45/19, são os retratos fiéis do que estamos falando<sup>2</sup>. Por conta disso o Brasil é o segundo país que mais tributa no mundo, oferecendo em contrapartida uma prestação de serviços públicos típicos de um País do terceiro mundo

O nível de imposição tributária que no final da década de 90 girava em torno de 20,41% do PIB, hoje alcança 35% do PIB. Isso em termos de efetiva arrecadação, sem considerar os inadimplentes voluntários e involuntários.

Na realidade, a cada R\$ 100,00 que consumimos seguramente mais de R\$ 50,00 são representados por tributos legais e ilegais. Não bastassem os tributos inominados, os chamados tributos indiretos elevam consideravelmente a carga tributária sem que os contribuintes saibam. A técnica da tributação nebulosa, consistente na tributação por dentro, isto é, aquela que faz com que o valor do tributo incida sobre si próprio, não permite à população consumidora identificar o valor real do tributo que incide sobre o preço das mercadorias e serviços. Todos pensam que o ICMS incide à alíquota de 18%, quando o seu cálculo por dentro conduz a uma alíquota 21,95%. A diferença do percentual de 3,98% não é percebida pelos consumidores em geral. No caso de importação de bens, em que incide o PIS/COFINS-importação e o ICMS, a carga real chega a 37,46%, quando a carga nominal é de apenas 27,25% (18% de ICMS + 9,25% de PIS/COFINS-importação). A diferença de 10,21% não é notada pelos contribuintes em geral, às vezes, nem por especialistas e juízes.

No fundo, essa política de tributação exacerbada, por meio de uma legislação caótica e nebulosa que investe no princípio da inconstitucionalidade ou da ilegalidade eficaz, resulta da incompetência administrativa dos governantes.

Costumo dizer que a incompetência governamental e o excesso de carga tributária são irmãos siameses. Onde há carga tributária excessiva identifica-se de



pronto um governante incompetente, despreparado para o exercício do elevado cargo de supremo mandatário do País.

É muito mais fácil e cômodo para o governante míope, que parece padecer de um mal congênito, a preguiça mental, utilizar-se do mecanismo de transferência compulsória da riqueza do setor privado para o setor público do que estudar e planejar uma ação governamental a partir das reais prioridades da sociedade, pesquisadas e identificadas previamente a elaboração da programação orçamentária. A Lei Orçamentária Anual não deve espelhar uma mera peça de ficção, prevendo estimativa de receita de um lado, e a fixação de despesas de outro lado, mas, deve refletir o programa de ação do governo em cada exercício, para atingir as metas do plano plurianual. O governante incompetente não sabe como direcionar corretamente as despesas, porque desconhece a realidade social. Por desconhecer a realidade do País como um todo não sabe identificar os setores que devam ser atendidos com prioridade. Resulta disso que, em média, menos de 60% das verbas de diversas dotações orçamentárias são efetivamente executadas. O restante desaparece por conta das realocações de verbas no curso de execução orçamentária por meio de transferências, transposições e remanejamentos, tudo ao sabor dos acontecimentos do momento, quando não desaparecem pelos ralos espalhados nos órgãos e instituições públicas.

Falta no nosso País um estadista capaz de fazer muitas coisas com poucos recursos financeiros, ao contrário de um curioso que pouco faz empregando uma montanha de dinheiro extraído coativamente da população pagante por meio de instrumentos normativos cada vez mais truculentos, para minar a resistência dos inadimplentes ditos “sonegadores”, agora, apenados com sanção penal.

O estadista quer o bem para sociedade e por isso trabalha com o que tem, otimiza a infra-estrutura material e pessoal e produz desdobrando-se nas ações de seleção, planejamento e execução de tarefas. O curioso que quer o bem para si e seus apaniguados nada faz, além de reformas e mais reformas, sempre de maneira a aumentar os gastos públicos, na maioria das vezes, desnecessários, para inchar o quadro de servidores exercentes de cargos em comissão, com o conseqüente alojamento dos servidores efetivos para funções menos relevantes, implicando total comprometimento da burocracia estável e produtiva. Os cargos em comissão que surgiram com o regime militar de 1964, dentro de uma conjuntura perfeitamente justificável, após a redemocratização do País não só permaneceram, como também, praticamente, tomaram conta do funcionalismo público, causando a destruição do competente quadro de servidores concursados.

Para alimentar esse quadro de servidores nomeados, de forma provisória, mas que pulam de galho em galho a cada mudança de governo, o Estado sempre se vê na contingência de aumentar tributos. Não raras vezes os Ministérios e Secretarias são duplicados em função desses servidores de confiança que são indicados pelas diferentes fontes de Poder. Há uma aliança entre os Poderes para sustentar essa burocracia venal e prejudicial ao desenvolvimento sadio de nossa economia.

Por isso, diz o ditado popular que o brasileiro trabalha para pagar a folha e o serviço da dívida. Pouco resta para as despesas de investimento, comprometendo a qualidade de vida das gerações futuras.

## BUROCRACIA INFERNAL

A carga tributária violenta aliada à carga burocrática compromete o desenvolvimento da economia, fazendo com que os nossos produtos percam a competitividade nesse mundo globalizado.

De nada adianta a política de desoneração das exportações de produtos e mercadorias se o peso da tributação interna e a burocracia encarece a produção. Ignorando essa realidade o legislador instituiu a desoneração do ISS na exportação de serviços. Confesso que não sei como transportar um bem imaterial para o exterior, nem como fazer o serviço viajar para o exterior. Mas, está na lei complementar nº 116/03 que é intributável a exportação de serviços para o exterior (art. 2º, I)<sup>3</sup>.

O vício burocrático em matéria tributária vem quase que dobrando o encargo tributário. As horas gastas com o cumprimento das obrigações tributárias acessórias e para o cálculo correto dos tributos a serem recolhidos com o concurso de advogados, contadores e administradores é simplesmente impressionante. Fala-se em 2.600 horas por ano para o contribuinte cumprir todas as suas obrigações tributárias. É muito desperdício de tempo!

Centenas de instrumentos normativos subalternos vem sendo despejados periodicamente pelos três níveis impositivos, notadamente pela União: decretos, pareceres normativos, instruções normativas, atos declaratórios interpretativos, portarias, circulares, memorandos, ordens internas etc., que infernizam a vida do contribuinte. Para exemplificar, apenas para regular o PIS/COFINS a IN nº 1.911/19 da RFB contém 766 artigos, quando o Código Tributário Nacional, que regula onze dos treze impostos previstos, além de conter normas gerais de direito tributário, dirimir conflitos tributários e regular a imunidade, contém apenas 218 artigos. Nada mais é preciso falar.

Por conta dessas burocracias, segundo o relatório do Fórum Econômico Mundial, no início de setembro de 2013 o Brasil ocupava a 56ª posição no ranking mundial de competitividade de um total de 148 Países. No ano de 2019, do total de 141 Países pesquisados o Brasil ficou em 71ª posição.

Se formos analisar a fundo a causa dessa burocracia venal veremos que ela tem muito a ver com a corrupção que impera no País. A questão da burocracia não é tratada na mídia como é a questão da corrupção que frequenta as manchetes de jornais e revistas diariamente. Porém, a corrupção está por trás dessa burocracia. É a máxima: “dificultar para colher facilidades.”

Existem um verdadeiro cipoal de normas subalternas para o exercício, por exemplo, do direito de crédito do ICMS para transferi-lo ao fornecedor por conta do preço dos produtos adquiridos, que culminam no visto do agente fiscal no documento de transferência do crédito. Só que o agente não cumpre o prazo alegando “acúmulo de serviços”. Mandado de segurança impetrado contra ato omissivo do agente fiscal, apesar de deferido liminarmente para suprir o visto faltante, não tem dado resultado prático porque os fornecedores não aceitam a transferência do crédito sem o visto do agente fiscal.

Não sei ao certo se é a burocracia que gera a corrupção, ou se é esta que gera a burocracia. Mas, uma coisa é certa: ambas andam juntas como irmãs siamesas.

Os microempresários e os empresários de pequeno porte conseguiram a implementação do preceito constitucional que determina a simplificação de

suas obrigações tributárias. Surgiu primeiramente o Simples nas três esferas políticas, ao depois surgiu o Simples Nacional, o Supersimples. Só que hoje, como decorrência da ação dos burocratas, essa legislação ficou supercomplicada. Constantes remendos legislativos que criam exceção dentro das regras excepcionais, além de prever inúmeras tabelas e diferentes alíquotas e outros penduricalhos, tornou o sistema bastante confuso e de elevado custo operacional. É a vitória da cartilha que assim rege: para que facilitar se podemos complicar e obter vantagens?

O custo da burocracia é muito elevado! Se computarmos os prejuízos advindos da corrupção que ela enseja, o custo será maior ainda!

Porém, esse custo parece ser invisível, pois ninguém se dispõe a combater a burocracia. O governo militar se apercebeu disso e chegou a criar a Ministério da Desburocratização comandado por Hélio Beltrão. Surgiu como resultado da atuação desse Ministério a Reforma Administrativa aprovada pelo Decreto-lei nº 200, de 25-2-1967 que foi implementado em suas fases iniciais. Hoje, não há vontade política em dar continuidade à implementação de outras etapas previstas na Reforma Administrativa e por conta disso, a burocracia reina no setor público, representando um sério obstáculo ao desenvolvimento de atividades econômicas já sufocadas pelo peso da carga tributária direta. ❏

## CONCLUSÃO

O doentio vício da burocracia extremada está firmemente arraigado no seio do funcionalismo, cuidadosamente alimentado e cultivado pelos detentores do Poder nas suas três esferas.

Por isso, o discurso do Presidente Jair Bolsonaro de não atrapalhar quem está produzindo, seguido da sanção da Lei de Liberdade Econômica – Lei nº 13.874/19 –, infelizmente, não vem produzindo os resultados esperados.

Enquanto o País não mudar a sua cultura da burocratização não há reforma tributária que possa devolver ao setor produtivo a tranquilidade e segurança jurídica para o desenvolvimento de suas atividades.

## NOTAS

- 1 Tem-se a impressão de que houve a mudança da toga pela Fazenda que tudo é permitido fazer, inclusive, ditar a política criminal tributária, independentemente do que dispõe a legislação penal tributária.
- 2 Paralelamente às duas propostas de reforma está tramitando em regime de urgência na Câmara Federal projeto legislativo originário do Senado que cria a faixa de tributação de 37% no IR e institui a tributação de 20% na distribuição de lucros e dividendos, fazendo com o Brasil seja o único País do Planeta a tributar duplamente o lucro, perfazendo o inusitado percentual total de 35%, somando-se a alíquota incidente na pessoa jurídica e aquela incidente na pessoa física.
- 3 Sobre a interpretação desse inciso I, do art. 2º da LC nº 116/03 ver o comentário no nosso livro *ISS doutrina e prática*, 2. ed.. São Paulo: Atlas, 2014, p. 76-81.





# Direito a imagem de pessoas públicas *versus* liberdade de expressão de imprensa: Uma análise a luz do Direito Constitucional

■ POR LUIZ GONZAGA NETO

**“O direito a imagem é um direito de personalidade, e como tal, corresponde ao que há de mais íntimo do indivíduo. Apesar da liberdade de expressão ser Direito Fundamental e ter *status* máximo na Constituição Federal, não pode ser preterido diante da proteção daquilo que há de mais privado ao ser humano, ainda mais, sendo esse o centro do ordenamento jurídico.”**

O presente artigo trata-se de uma análise acerca do conflito entre a liberdade de expressão e o direito à imagem na tutela de direitos de pessoas públicas – as celebridades – abordando situações práticas onde a Jurisprudência encontra-se dividida na defesa de direitos igualmente fundamentais.

Tendo em vista ser a liberdade de expressão ser o direito do ser humano de manifestar seu pensamento, opinião, atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, bem como o tratado na Constituição Federal brasileira em seu artigo 5º onde assegura tal direito e o põe como elemento fundamental de uma sociedade democrática embasada pela igualdade e liberdade, mister estudar o uso inconsequente e desarrazoado desse direito e as graves complicações de cunho pessoal e profissional para pessoas públicas.

O direito à imagem é um direito de personalidade e encontra amparo na Constituição Federal (art. 5º, incisos V, X e XXVII). Por ser corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, é inegável que esta e a sua proteção tornaram-se o centro maior do ordenamento jurídico, tendo saliente importância para artistas que temem em ter divulgados detalhes íntimos de sua vida privada.

O avanço da *internet* coaduna-se com a fragilidade da imagem, que é vista e descartada em poucos segundos pela rede mundial de computadores, hoje abrangendo ainda tablets, smartphone e laptops. Uma imagem pode tanto alçar a pessoa pública a *status* de herói como entregá-la ao escárnio da opinião popular, criando uma verdadeira novela da vida real.

Trataremos sobre como a imprensa, principal usuário da liberdade de expressão, surgiu no território nacional. Os pontos de partida, as inspirações e as influências foram muitas até o início da Segunda Grande Guerra, quando a televisão e o rádio adentraram numa seara que era essencialmente dos jornais. O advento da Lei nº 5.320/67 ou Lei de Imprensa também figurou como marco histórico, pois em plena ditadura militar, a opressão da liberdade de se expressar, pautada pelo Ato Institucional nº 5 – AI5, colocou a imprensa no talvez maior imbróglio de sua história. O último marco interruptivo ocorreu com o surgimento da *Internet*, quando a imprensa tomou proporções ilimitadas e se tornou protagonista da globalização.

Mais adiante faremos a abordagem versa sobre a origem da liberdade de expressão e o papel da imprensa como legitimada ao uso deste direito, bem como os dispositivos legais que asseguram essa garantia. Também é exposta a trajetória que a liberdade de expressão trilhou até ganhar *status* de Direito Fundamental na Constituição Federal de 1988 e a interpretação do Supremo Tribunal Federal acerca do uso deste direito de forma individual por meio de sua Jurisprudência. Com o progresso avassalador das mídias sociais, a tutela destes direitos ganhou notória visibilidade, já que o público antes restrito a programas de celebridades e revistas de fofoca, passa a ter acesso a vida íntima do famoso por meio de aplicativos digitais onde o próprio se expõe, tornando bastante tênue a linha que separa a vida pessoal da vida profissional e o que deve ou não ser exposto.

E por último, versar-se-á sobre casos reais em que ocorreram conflitos entre o direito de imagem e a liberdade de expressão e a forma como os Tribunais brasileiros se posicionaram perante tal situação. Questão importante também envolve o direito de imagem do nascituro, abordado neste capítulo pelo caso envolvendo o apresentador Rafinha Bastos e a cantora Wanessa Camargo, quando ainda estava grávida de seu filho. Também analisaremos de forma sintética os casos envolvendo crimes de internet, como o da atriz Carolina Dieckmann, que inspirou a criação de uma Lei para regulamentar tais crimes, bem como o de outros artistas que tiveram sua intimidade violada pela liberdade da imprensa. Por fim, falaremos de um dos poucos casos envolvendo direito de imagem que chegou a mais alta Corte do nosso país, de autoria da atriz brasileira Cássia Kis.

## **TRAJETÓRIA HISTÓRICA DA IMPRENSA NA HISTÓRIA DA HUMANIDADE E TERRITÓRIO PÁTRIO**

O surgimento da escrita, ainda como pictografia, surgiu na Mesopotâmia, retratando um objeto ou um ser, logo se exigindo do homem a capacidade de

interpretar o que estava vendo na imagem, originando-se a necessidade de se comunicar por meio de palavras, tornando-se uma forma eficaz e permanente de conviver em sociedade.

Não obstante, nesta linha gradativa, até a evolução da linguagem falada para a linguagem escrita, foi necessário um “tsunami” de fatores econômicos, “como um sistema de controle de contabilidade dos bens trocados” (SOUSA, 2003, p. 145).

Em Atenas, nasceram os primeiros traços dos movimentos democráticos e de exposição de ideias. Tais movimentos ocorriam quando os cidadãos atenienses, sem ter noção de que estavam adentrando no universo democrático, se uniam para discutir política, trocando informações e ideais.

De acordo com Habermas (1984 *apud* SOUSA, 2003), o espaço público surgiu no seio da democracia ateniense, mas foi no século XVIII que o concreto se firmou na versão da era moderna. A imprensa foi a primeira a moderar as discussões nesses espaços públicos.

Todavia, o marco do nascimento da imprensa no mundo foi o surgimento da impressora, que culminou na reprodução de informações. Sousa (2003) aduz que, o que fez eclodir meios de comunicação foram os grandes descobrimentos, o crescimento do comércio e a invenção da tipografia. Porém, foi a junção de três tipos de impressos – gazetas, pasquins e libelos – que deram origem ao o jornalismo, enaltecendo o papel da imprensa na sociedade civil. Ele também preleciona que o surgimento da imprensa foi o primeiro passo para a democratização da cultura, asseverando que o sucesso só ocorreu em função do aperfeiçoamento contínuo das técnicas de tipografia, a diminuição dos custos e o aumento das tiragens de jornais, além, é claro, da necessidade que se tornara cada vez mais presente no ser humano de tomar conhecimento acerca dos acontecimentos. A chegada do século XIX trouxe uma imprensa de partido, extremamente política e parcial, que falava exclusivamente sobre interesses partidários e demonstrava o alto grau de politização da população. Ademais, era cristalina a falta de notícias factuais aptas a serem disseminadas. Porém, no mesmo século, surgiram os primeiros jornais factuais, nos Estados Unidos, que retiravam as notícias do meio político e adentravam no cotidiano da sociedade (SODRÉ, 1994). Importante destacar que, no Brasil, a imprensa surge no contexto do descobrimento do país por Portugal e consequente colonização. A leitura era inicialmente restrita aos religiosos, que podiam ler a bíblia. A Igreja tinha papel importante, já que seus padres davam avisos de fatos significativos ou até mesmo advertências à população no meio dos sermões. Ocorre que só em 1808 a imprensa se estabeleceu de forma definitiva no país, com a Imprensa Régia. O Correio Brasiliense, editado por Hipólito da Costa na capital da Inglaterra, fez emergir a crítica ao poder Real. Esse veículo apontava os defeitos da gestão do nosso país e foi o primeiro modo de crítica à Administração Pública.

Nos últimos anos deste século, os jornais ficaram mais acessíveis e direcionados à população, surgindo a figura do sensacionalismo e a necessidade desmedida em lucrar com uma notícia que não seja coberta pelo manto da relevância social, até chegar à atualidade, onde as manchetes de jornais podem ser, por exemplo, a ida de uma atriz famosa até a padaria.

Com a Segunda Grande Guerra, a televisão e o rádio passaram a ocupar um lugar que também era dos jornais, dividindo atenções entre uma população que não mais queria estar excluída do que acontecia no mundo (FERREIRA FILHO,



1979). O surgimento da Internet aparece como marco interruptivo da história da Imprensa, colocando o mundo em conexão por uma rede de computadores. Nota-se o início da expansão da imprensa, sem a devida noção do alcance que teria nos dias de hoje, onde é possível o rápido acesso a informação por dispositivos móveis, a qualquer hora, de forma gratuita, e em qualquer lugar do mundo. Pollyana Ferrari (2003. p. 125), em acertada lição, garante:

Não se pode negar que a Internet proporcionou um acesso á informação de maneira única. Achar o endereço de um restaurante sem ter que perguntar para ninguém, usar o telefone ou folhear a lista telefônica, (...) Enfim, a abrangência de serviços oferecidos num portal consegue preencher e resolver grande parte das necessidades do moderno. (FERRARI, 2003. p. 248).

## **SURGIMENTO DA LEI DE IMPRENSA NO CENÁRIO NACIONAL**

A Lei nº 5.230/67 – Lei de Imprensa surgiu em um período onde as liberdades individuais achavam-se mitigadas, tendo em 2009 sido declarada sua não recepção pela Constituição de 1988 em sua integralidade<sup>1</sup>. Antes desse ato, a referida Lei serviu de mecanismo para reprimir a liberdade de expressão, desde sua promulgação, em 1967. Usando seu texto como fundamento, inúmeros atos de censura foram cometidos, dificultando em larga escala o trabalho da imprensa no Brasil.

Importante dissertar sobre a historicidade da Lei, principalmente no que tange ao momento de sua promulgação. Afinal, a maioria dos votos dos ministros pela não-recepção da referida, foram embasados no pensamento da época de sua publicação.

Durante a ditadura militar, mais precisamente em 10 de março de 1967, foi ratificada a Lei de Imprensa, após publicação no Diário Oficial da União, no dia 10 de fevereiro de 1967. Nessa época, o país era governado pelo Presidente Castello Branco, tendo assumindo o encargo em caráter provisório, em que pese por um período suficiente para reestruturar a estabilidade e o sistema democrático. Esse governo era pouco democrático, culminando no desenvolvimento de uma doutrina de segurança nacional avançada (FERREIRA FILHO, 1979). É com base na figura da segurança nacional que surge a Lei de Imprensa, permanecendo fortalecida no mandato do Presidente Costa e Silva, de 1967 a 1969, ganhando força até os dias de hoje, ou mais especificamente, até o dia 30 de abril de 2009, quando é declarada sua não-recepção pela nossa Carta Magna. Esse período da promulgação é ligado ao pensamento repressor de que era necessário um instrumento para defender o governo contra a subversão. Ou seja, deveriam ser impostos limites à imprensa para que esta não pudesse falar o que quisesse ou o que pensasse, ou até mesmo para que essa imprensa não publicasse a verdade, que, naquela época, poderia consubstanciar-se no medo generalizado e a insatisfação da população. Mais do que a defesa da subversão, o governo queria a não-publicização dos seus atos, evitando a reprimenda daqueles que já estavam demasiadamente horrorizados.

Exatamente cinco dias após a promulgação da Lei, é empossado o General Arthur Costa e Silva e, dentro dos 21 anos de terror da História Brasileira, se dissemina a Lei de Imprensa, impedindo a comunicação daqueles que a conquistariam, logo depois, no status de direito fundamental.

Perante esse cenário de proibição, verificaram-se diversas situações no sentido de burlar a censura e os limites impostos pela Lei de Imprensa, como, por exemplo, a impressão de receitas de bolo nos espaços destinados a textos que sofriam censura e, desta forma, não podiam ser publicados. Ainda, merece referência, as músicas eivadas de metáforas e críticas ao governo.

Com a Lei de Imprensa, houve a estabilização da censura, que, além de interferir em matérias de jornais e revista, acabou por adentrar na ficção, sendo a dramaturgia alvo da Divisão de Censuras de Diversões Públicas da Polícia Federal, que cortava textos, proibia determinados assuntos, censurava cenas, capítulos, e até novelas inteiras.

Exemplo clássico ocorreu no ano de 1987, quando a divisão buscou proibir o aparecimento das nádegas de um homem na novela da Rede Globo “Brega e Chique”, do autor Cassiano Gabus Mendes. Naquela oportunidade, logo na abertura da trama, aparecia um modelo percorrendo sem roupa um cenário escuro, em clara alusão aos períodos vivenciados pelo país durante a ditadura militar e, por exigência da censura, as nádegas do modelo ganharam uma folha de parreira como coberta. Todavia, ainda não satisfeita, houve determinação pela retirada da cena da abertura da novela. Nesta época, estando o país em plena redemocratização e, com a promulgação da Constituição de 1988, a censura passou a ser proibida. Urge aclarar que o próprio Ministro da Justiça desautorizou a divisão de censura e, na situação mencionada anteriormente, liberou as nádegas do modelo na abertura da novela. Era o fim da censura. Todavia, a Lei de Imprensa subsistiria alguns anos.

## **BREVES COMENTÁRIOS SOBRE O ATO INSTITUCIONAL Nº 5**

O Ato Institucional nº5, com data marco de 13 de dezembro de 1968, foi uma das maiores marcas de expressão da ditadura militar brasileira. O governo era a do general Costa e Silva, tendo sido responsável pela produção de uma gama de ações arbitrárias com efeitos duradouros, tendo inclusive concedido poder de exceção aos governantes, que poderiam punir da forma mais arbitrária possível os que expressassem pensamentos ou ideologias contrárias.

“O ano que não terminou” (VENTURA, 2006. p. 307) como ficou conhecido 1968, ficou caracterizado por um momento de contestação da política nacional, onde os estudantes protestavam contra a política tradicional e suplicavam por uma liberdade até então desconhecida. No decorrer do referido ano, houve uma intensificação de protestos contra o regime ditatorial e, em contrapartida, o governo acabou por providenciar atos instrumentais mais sofisticados para se sobrepor.

Nesse mesmo ano, a Igreja “toma para si” a defesa dos direitos humanos, passando os líderes políticos vítimas da cassação a se associar com o escopo de dar somar na política nacional, combatendo a ditadura.

A primeira greve operária desde o início do regime militar foi deflagrada por um grupo de metalúrgicos da cidade de Osasco/SP, gerando nos governantes uma necessidade de tratar com mais rigor os movimentos sociais, dotados de medidas enérgicas e duras, sobretudo para aqueles que se mostrassem descontentes com o modo de administração.

A promulgação do Ato Institucional nº 5 teve como influência o “conselho” que o Deputado Márcio Moreira Alves, do Movimento Democrático Brasileiro (MDB),

que as pessoas não participassem dos desfiles militares do 7 de setembro, como para que as mulheres que falassem em liberdade declinassem o convite de sair com os oficiais<sup>2</sup>. Na mesma data, outro Deputado do mesmo partido, Hermano Alves, redigiu inúmeros artigos no Jornal “Correio da Manhã” que foram considerados pelos militares como provocação e, por meio do governo, tendo sido requerido a cassação dos mandatos dos Deputados ao Congresso.

Em um ato de autoridade, por diferença de 75 votos, o requerimento para cassação foi julgado improcedente pelo Congresso, sendo no dia seguinte, promulgado o AI-5, autorizando o Presidente da República, de forma excepcional, e sem carecer de análise judicial, ordenar recesso no Congresso Nacional, intervir da maneira que lhe for oportuna e conveniente nos estados e municípios, cassar mandatos de parlamentares, suspender os direitos políticos de qualquer cidadão por dez anos, baixar decreto autorizando o confisco de bens tidos como ilícitos; fazer a suspensão da garantia do habeas corpus, dentre outros<sup>3</sup>.

Em seu preâmbulo, o Ato Institucional nº 5, alegava que tal medida era uma necessidade para atingir o escopo da revolução, “com vistas a encontrar os meios indispensáveis para a obra de reconstrução econômica, financeira e moral do país” (COSTA, 2013. p. 211).

Como primeira consequência do ato, foi decretado recesso no Congresso Nacional por tempo não determinado. Mais de dez Deputados Federais tiveram seus mandatos cassados, dentre eles Hermano Alves e Márcio Moreira Alves. A cassação alcançou proporções tão grandes que até Ministros do Supremo Tribunal Federal foram vitimados.

Com o fortalecimento das formas de repressão, a imprensa era submetida à retaliações. Maria Aparecida de Aquino (1999), renomada historiadora brasileira, lembra que as duas formas de censura presentes nos meios de comunicação a partir do ano de 1968 eram as de ligações para os jornais, visando ordenar aquilo que seria autorizado ou não para ser veiculado, e a outra, mais rígida, era chamada de censura prévia, consistindo em censores infiltrados nas redações, indicando o que deveria ou não ser impresso.

O processo gerou consequências também na imprensa alternativa, como o jornal ‘o São Paulo’, que integrava a cúria metropolitana, tendo sido os jornais mais vitimados a Tribuna de Imprensa, O Estado de São Paulo e Veja, segundo a historiadora no livro Censura, Imprensa e Estado autoritário (1968-1978).

O AI-5, durante os dez anos em que vigorou, atingiu 273 mandatos parlamentares, foi acionado 579 vezes, punindo 142 militares, 145 funcionários públicos civis, 102 policiais, 28 funcionários do Poder Judiciário. Foi instrumento para banimento de 80 opositoristas do regime e para intervenção em 10 municípios. (ELIAS, 2013. p. 184).

## **COMENTÁRIOS ACERCA DA ORIGEM DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E SUA EVOLUÇÃO**

O pensamento é algo que coexiste no âmbito interno do indivíduo, sendo mesmo intrínseco a ele. Neste, não cabe ao Direito intervir ou controlar, pois encontra-se na esfera pessoal e privada de todo e qualquer ser humano. Porém, quando esse pensamento ultrapassa o foro íntimo é que se faz necessário um ordenamento jurídico limitador e fiscalizador. Foi destacado que é:

Preciso distinguir duas faces da liberdade de pensamento: a de consciência e a liberdade de expressão. A primeira é de foro íntimo e enquanto não manifesta, é condicionável por vários meios. Ainda assim continua sendo livre, já que ninguém poderá ser obrigado a pensar deste ou daquele modo. Segundo a Constituição Federal de 1988, essa liberdade de crença e de consciência é inviolável. (FERREIRA FILHO, 1984. p. 266).

A liberdade de expressão é a materialização do pensamento do indivíduo, que pode se dar em conversas com amigos, familiares, no trabalho, na faculdade, nos bares, na universidade, em qualquer lugar onde haja pessoas dispostas a ouvir e debater ideias que podem ser convergentes ou não sobre determinada situação, coisa ou pessoa.

Contudo, dentre os inúmeros personagens que podem manifestar sua expressão e falar o que tem vontade, sobre o que tem vontade, cabe à imprensa ser a protagonista deste direito fundamental.

A imprensa vive da liberdade de expressão e da manifestação que nem sempre é bem aceita pelos personagens expostos. Do mesmo modo que a manifestação do pensamento é involuntária, a necessidade e vontade de estar a par do que acontece no mundo é latente desde o início dos tempos, ganhando seu maior destaque com a virtual.

O parecer 27/X da Câmara Corporativa de Portugal, elaborado sobre a Lei de Imprensa do país, fala que:

A necessidade de informação é inata no homem, pois desde os primórdios da civilização quer saber o que ocorre à sua volta: “Desde os primeiros passos que se deram para a transmissão de informações (sinalização à vista, aviso sonoro, mensageiros a pé, dos quais ficou célebre o soldado de Maratona, os correios a cavalo, as anilhas nos pombos correios) até as comunicações por satélites que transmitem palavras e imagens a distância que podem, com toda a propriedade, considerar-se astronômicas, como é longo o caminho percorrido no sentido da generalização e democratização da informação! Ela interessa a todos, visto que ninguém pode alimentar a pretensão de conhecer diretamente os fatos sobre os quais tem necessidade de formar um juízo (DIÁRIO DAS SESSÕES, 1971 *apud* DENARDI, 2011. p. 143).

A liberdade de pensamento é a outorga de uma permissão de livre manifestação feita a toda e qualquer pessoa, independente de leis e regras estipuladas pelo ordenamento jurídico. O longo processo até se tornar positivo e institucionalizado, fez o direito de expressão acompanhar a transformação dos direitos do homem, até ganhar o *status* de direito fundamental que hoje o tem.

Trata-se de um direito fundamental garantido pela Constituição Federal. Antes de tecer comentários mais aprofundados sobre a liberdade de expressão vista por um *status* de direito fundamental, importante se faz explanar a diferença de direitos fundamentais e direitos humanos, evitando qualquer confusão que possa existir entre esses dois institutos, como ensinado por Bonavides (2004):

A primeira questão que se levanta com respeito à teoria dos direitos fundamentais é a seguinte: podem as expressões direitos humanos, direitos do homem e direitos fundamentais ser usadas indiferentemente. Temos visto nesse tocante o uso promiscuo de

tais denominações na literatura jurídica, ocorrendo, porém o emprego mais frequente de direitos humanos e direitos do homem entre os autores anglo-americanos e latinos, em coerência aliás com a tradição e a história, enquanto a expressão direitos fundamental parece ficar circunscrita à preferência dos publicistas alemães. (BONAVIDES, 2004 apud VALENTINO, 2012. p. 808).

Em razão da democracia ser um regime que cultiva a autodireção política do ser na sociedade, é razoável que sua eficácia só seja alcançada quando qualquer cidadão tiver acesso livre e fácil às informações, para que possam tornar-se cientes e conscientes da atualidade do país e do mundo como um todo, em seu âmbito econômico, cultural e político, sendo imprescindível que o indivíduo tenha ciência do que acontece ao seu redor, para assim, formar sua opinião e expressar, de forma livre e participativa, seu modo de pensar.

## **A LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL**

Os direitos fundamentais são direitos essenciais a todo e qualquer cidadão, sendo inerentes à pessoa humana. Eles surgiram como:

O conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e o desenvolvimento de personalidade humana (MORAES, 2003. p. 326).

Em função de serem correlatos à pessoa humana e pelo seu patamar privilegiado em relação a outros direitos, a doutrina e jurisprudência apontam como suas características a imprescritibilidade, irrenunciabilidade, inviolabilidade, inalienabilidade, universalidade, efetividade, interdependência e complementariedade.

No Estado Democrático de Direito a garantia da liberdade de expressão está na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, intitulado de 'Dos Direitos e Garantias Fundamentais'. Nesse artigo estão reunidos os pilares mais importantes para fácil compreensão do tema:

(...) IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

IX – é livre a expressão de atividade intelectual, artística científica e de comunicação, independente de censura ou licença

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XLI – a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; (...)

A liberdade de expressão é um direito que surgiu posteriormente ao nascimento do Estado Liberal, como resultado de um projeto político inspirado na independência americana e na Revolução Francesa. Assim, corresponde a nada menos que a inserção de qualquer pessoa perante o Estado, tomando como base sua afirmação, e tendo como conteúdo única e exclusivamente suas ideias. Por ter

previsão constitucional, cabe ao Estado garantir o exercício de tal direito fundamental (LIMA, 2012).

Não obstante, sua materialidade só se torna possível na ausência de censura, e ocorre por meio de opiniões que nem sempre serão bem aceitas e vistas pelas pessoas que estão “em pauta”. Segundo Lima (2012, p. 546), no Brasil, o mais abrangente princípio constitucional que deve ser invocado para garantir o direito de se comunicar, é o da liberdade de expressão. Isso significa que a todos deve ser cedido o direito de participar de forma ativa de debates com ideias plurais e divergentes, visando o adequado funcionamento da democracia.

É uma faculdade dada a todos os brasileiros de se manifestar e opinar sobre os temas em pauta no país e no mundo. Neste diapasão, relacionando o valor da liberdade de expressão com os objetivos sociais da coletividade, Farias (2004) aduz que:

Rui Barbosa já apregoava o benefício da transparência luminosa que aquela liberdade poderia propiciar à higiene dos costumes públicos e à profilaxia dos abusos que estão passando na esfera pública. Mais recentemente, Aluizio Ferreira alude à dramática necessidade do acesso de todos ao conhecimento (ideias e informações) para o estabelecimento de uma autêntica convivência democrática na atual sociedade da comunicação (FARIAS, 2004, p. 137).

As profissões embasadas pela comunicação social apresentaram avanços significativos na troca de informações entre indivíduos. A partir do momento em que a divulgação das notícias se inicia, a consequência mais visível é os atores sociais se tornarem consumidores ávidos por informação. Consumidores em potencial que começam a ser um risco para a salutar liberdade de expressão.

Com a globalização e o avanço da comunicação virtual, a liberdade de expressão passa a ser garantidor do direito de uma imprensa ligeira e minuciosa. A cada segundo surgem mais e mais notícias e, na vontade insaciável de produzir conteúdo, pautas que não teriam tanta relevância acabam se tornando manchetes de jornais. A vida íntima de atores, apresentadores, cantores e até políticos são entregues ao escárnio da opinião pública.

É comum ver em capas de revistas anúncios de separação de casais famosos, bastidores da saída de um componente de banda conhecida ou até detalhamento do que determinado artista fez ou deixou de fazer em uma festa de lançamento de novelas. Também não é raro encontrar fotos de um deputado com sua nova namorada ou o valor que deu a conta do restaurante do Presidente da Câmara. Descortina-se situação em que a privacidade e o direito a imagem se encontram em confronto direto com a liberdade de expressão.

Como ilustração ao contexto traçado anteriormente, salutar narrar fato ocorrido nos idos de 2014, quando a Grazi Massafera foi a principal personagem de uma novela da vida real envolvendo seu casamento com o também ator Cauã Reymond. Ao se dirigir à paróquia de sua igreja, no centro do Rio de Janeiro, Massafera conversou com um fotógrafo que a seguia e pediu respeito em não a fotografar dentro da igreja. Ingênua, respondeu a inúmeras perguntas do fotógrafo sobre sua vida pessoal, acreditando estar numa conversa informal, e inclusive numa delas, assume que seu ex-marido estaria se relacionando com a atriz Isis Valverde, apontada como pivô do término da relação. Grazi estava sendo filmada às escondidas e toda sua conversa foi gravada e publicada no portal Terra, no mesmo dia, se tornando, em



menos de 3h, o assunto mais lido da internet. A atriz cogitou processar o portal alegando ofensa a seu direito fundamental de proteção à imagem. Em sua defesa, o portal alegou estar amparado por um direito igualmente fundamental, o da liberdade de expressão, porém, em razão de acordo firmado com a atriz deletou o vídeo, que já tinha mais de 2 milhões de visualizações.

Ainda como exemplo, a esposa do Sr. Eduardo Cunha, Presidente da Câmara dos Deputados, também foi vítima do uso da liberdade de expressão da imprensa, que divulgou que em meio a crise econômica do país e as acusações de corrupção envolvendo o político, que a mesma estaria almoçando em um dos mais caros restaurantes do país: o Fasano. A liberdade de expressão da imprensa especializada, visivelmente interessada em denegrir ainda mais a imagem do peemedebista, se confrontou mais uma vez com o direito fundamental à privacidade e à imagem da Sra. Cunha que, apesar de casada com um dos homens mais importantes do país, trabalhou por mais de duas décadas como âncora de jornais da TV Globo, recebendo um dos mais altos salários da casa.

## **A LIBERDADE DE EXPRESSÃO À LUZ DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

A liberdade de expressão não tem alta relevância apenas pelo fato de achar-se expresso em nosso Diploma Constitucional, com *status* de direito fundamental, mas também atua com notório protagonismo nas decisões da mais alta Corte do nosso país. Alguns casos merecem plausível análise, onde o Tribunal demonstra de forma cristalina, seu embasamento constitucional.

Caso célebre é o do julgamento do HC 82424, ou caso “*Siegfried Ellwanger*”. O réu foi acusado pelo crime de racismo contra o povo judeu, tendo sido absolvido em primeira instância. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul reformou a decisão e condenou *Siegfried Ellwanger* por fazer apologia ao preconceito e à discriminação. Por meio do Habeas Corpus, o caso chegou ao Superior Tribunal Federal (STF), quando o réu – ora impetrante, alegou que não houve qualquer prática de delito racial, já que os judeus são um povo e não uma raça. No mérito, o que se versou sobre a liberdade de expressão foi que:

Apesar de constituir pedra angular do próprio sistema democrático, revelar-se um dos mais efetivos instrumentos de controle do próprio Estado, e ser, igualmente, elemento essencial da própria formação da consciência e de vontade popular, não se lhe pode atribuir primazia absoluta no contexto de uma sociedade pluralista, em razão de valores outros, como os da igualdade e da dignidade humana. Exclui-se do âmbito de proteção da liberdade de expressão o estímulo à intolerância e ao ódio público pelos judeus. Não é a liberdade de expressão um direito absoluto, pois sofre limitações de natureza ética e de caráter jurídico. Nesse sentido, a conduta do Paciente foi sim subsumida pelo ilícito da prática do racismo, pois preconceituosa, odiosa, hostil ao povo judeu, constituindo crime inafiançável e imprescritível. A Constituição, por certo, *a priori*, veda a censura, mas não imuniza a responsabilidade civil ou penal, pelo que foi expresso ou dito (CRUZ, 2010. p. 515).

Importante registrar a opinião de Canotilho e Machado (2003 apud CRUZ, 2010. p. 674.) que admitem que a liberdade de expressão em sentido amplo se constitui

pela liberdade de expressão em sentido estrito, a liberdade de informação, a liberdade de imprensa, os direitos dos jornalistas e da liberdade de radiodifusão.

Outro caso que merece destaque é o RE 5119611, também conhecido nacionalmente como “Dispensabilidade do Diploma para a Profissão de Jornalista”. Nesta situação, foi discutido pela Suprema Corte se era necessário ou não que o jornalista fosse detentor de diploma para exercer a profissão de jornalista regularmente.

Com o avanço das redes sociais e multiplicação diária dos sites de notícias, qualquer pessoa que esteja munida de um computador ou smartphone pode ser jornalista, blogueiro, colunista ou fazer sua carta de opinião. No mérito, ao tergiversar sobre a liberdade de expressão, o autor Cruz (2010. p. 136) falou que o “Estado Constitucional contribuiu para a estruturação da sociedade com liberdade comunicativa”. Suscitou também que:

A informação plena proporciona a maturidade intelectual para ponderar as opiniões diversas, e inclusive contrapostas, situação que se adapta ao ideal constitucional-democrático da livre circulação de informações e ideias. É esse o aspecto que rubrica a liberdade/direito de informação como um objetivo político da democracia. (...) O titular de tal liberdade é a coletividade, cada um de seus membros e, em relação à sua estrutura, pode-se dizer que forma parte das liberdades positivas ou direitos de prestação. Configura-se desde uma ambivalente perspectiva de proteção: por um lado, uma prestação positiva, de receber e de difundir a informação na medida em que seja veraz e publicamente relevante; por outro, a negativa, de proibir os impedimentos desarrazoáveis que possam afetar a efetiva divulgação da notícia (CRUZ, 2010. p. 137).

Por fim, explanou que o direito de transmitir informação não pode ser privilégio só dos profissionais da informação, e sim de todos os que o façam pelos caminhos normais e regulares de formação da opinião pública.

O Supremo Tribunal também se pronunciou em caso de incidência da liberdade de expressão nas decisões do STF é a ADPF 130<sup>4</sup> ou “Revogação da Lei de Imprensa”. A Lei de Imprensa foi um grande instrumento de censura e a ADPF 130 tinha como objetivo a declaração de inconstitucionalidade de seus dispositivos. A liberdade de expressão, intrínseca ao trabalho da imprensa, sem dúvida estaria envolta nesta discussão.

Naquela oportunidade, o Ministro Joaquim Barbosa aduziu que a liberdade de imprensa, claramente pautada na liberdade de expressão “tem natureza e função multidimensionais. Ela deve ser também examinada sob a ótica dos destinatários da informação e não apenas à luz dos interesses dos produtores da informação” Contudo, os ministros advertiram que a defesa da liberdade de imprensa se confunde com a defesa de liberdade de expressão, e que como esta tem status de direito fundamental, não pode ser tolhida por uma Lei eivada de resquícios ditatoriais.

Mister transcrever as palavras do Ministro Menezes Direito, que reforça o estabelecimento de um sistema eficiente de freios e contrapesos, pois quanto mais forte se põe uma Instituição, mais frágil esta se torna em decorrência da arrogância: “nenhuma instituição pode arrogar-se em deter o absoluto, a vedação inconsequente de encontrar o seu espaço de agir desrespeitando o espaço de agir das outras instituições.”

Na ocasião, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a Lei de Imprensa não poderia permanecer no ordenamento jurídico brasileiro por ser totalmente incompatível com a Constituição Federal de 1988 e violar importantes preceitos fundamentais, como o da dignidade da pessoa humana e a liberdade de expressão, declarando como não recepcionada pela Constituição.

## CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO DE IMAGEM

Os direitos de personalidade como precedente ao direito de imagem. Pessoa, deriva do latim *persona*, vem de *per* (por) e *sono* (som) e se referia a máscara usada pelos atores nas representações teatrais em Roma e na Antiga Grécia.

Com o passar do tempo, *persona* passou a corresponder ao personagem que o ator representava, e mais adiante, a significar a própria pessoa como representante de papéis no cenário jurídico (DONNINI, 2002).

Esse ideal de pessoa que se fazia preponderante nos tempos primitivos têm importantes correlações com o que no século XXI se corresponde à pessoa humana, mas a tutela a seus direitos individuais não se fazia presente como na atualidade. Diogo Leite de Campos (1991. p. 321) ensina que “o ser se exprime (é) através de papéis funcionais em situações determinadas, ou por um lugar social que lhe é atribuído por nascimento ou pelo funcionamento da sociedade”.

Da pessoa, advém a personalidade, que é o conjunto de caracteres exclusivos da pessoa, que agrupa os direitos e deveres que dela emana.

É o primeiro bem da pessoa, que lhe pertence como primeira utilidade, para que ela possa ser o que é, para sobreviver e se adaptar as condições do ambiente em que se encontra, servindo-lhe de critério para aferir, adquirir e ordenar outros bens (DINIZ, 2002. p. 453).

A tutela pelo ordenamento jurídico aos direitos de personalidade tem origem na Antiguidade, especificamente em Roma com a *actio iniurarium* e na Grécia, com a *Hybris* que desenvolvia um ideal de punir excessos, injustiça e desequilíbrios tentados contra a personalidade do ser humano (SZANIAWSKI, 2005), mas foi com a Declaração dos Direitos de 1789 e a Bills of Rights do estado da Virgínia, EUA, que a tutela dos direitos individuais do homem ganhou força (DINIZ, 2002).

Os direitos da personalidade formam as disciplinas jurídicas que protegem os bens mais intrínsecos ao ser humano. Dentre eles estão à vida, integridade física, a privacidade, a imagem, entre outros.

Com efeito, nos tempos pretéritos não havia valorização alguma do indivíduo como sujeito, mas sim pelas condições que cercaram seu nascimento ou pelo trabalho por ele desenvolvido, o que na Roma era representado pelos três status: o *libertatis*, o *civitatis* e o *familiae*. Apesar da divergência doutrinária sobre o nascimento de tais direitos, entende-se que foi com o cristianismo e a igualdade de todos perante a Deus que surgiu a valorização do indivíduo, colocando o ser humano em situação de destaque absoluto (SOUZA, 1995).

Logo, a tutela dos direitos da personalidade sempre se fez presente na história da humanidade, mas a guinada do sujeito como centro do ordenamento jurídico só surgiu a partir do cristianismo.

É certo que em todos os tempos e em todas as fases da civilização romano-cristã, a proteção dos “direitos de personalidade” nunca em verdade faltou. Conceitos, normativos como teóricos, asseguraram sempre condições mínimas de respeito ao indivíduo, como ser, como pessoa, como integrante da sociedade. Todos os sistemas jurídicos, em maior ou menor escala, punem os atentados contra a vida, à integridade tanto física quanto moral. Isto não obstante, cabe assinalar que os “direitos de personalidade” incorporaram-se modernamente como estrutura organizacional, o que levou Milton Fernandes a dizer que a proteção jurídica aos direitos de personalidade é uma conquista de nosso tempo (PEREIRA, 2007. p. 308).

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, ficou definido como espécies do gênero direitos e garantias fundamentais, no Título II, dentre outros, os direitos individuais e coletivos (Capítulo 1, art. 5). Em função dos direitos de personalidade terem a possibilidade de ser individuais, sociais ou mesmo de solidariedade ou fraternidade, o direito a imagem, como direito de personalidade que é, ganhou status constitucional de Direito Fundamental. Até chegar no ápice do ordenamento jurídico brasileiro e ser objeto de inenarrável proteção, o direito de imagem seguiu longo e demorado processo.

A evolução da proteção dos direitos da intimidade em geral, como já explicitado, provém das sociedades mais antigas. Michele Keiko Mori (2001. p. 614) explica que “a noção de intimidade surgiu com o nascimento da burguesia como classe social”. As pessoas tinham vontade e interesse de saber o que os mais ricos faziam, como se vestiam, com quem estavam casados ou se iam ter filhos. Segundo ela, “judicialmente, não há certeza quanto à primeira vez em que a proteção à vida privada foi acolhida. É comum se fazer referência a divulgação do retrato de uma famosa atriz em seu leito mortuário”.

A primeira decisão jurisprudencial visando proteger o direito à imagem foi dada pelo Tribunal Francês em 16 de junho de 1858. A atriz francesa Rachel, quando faleceu, teve suas imagens no leito de morte reproduzidas sem a anuência de seus familiares. Revoltados, seus parentes pleitearam a destruição da imagem reproduzida junto ao Tribunal de Siene. “O fundamento residiu na impossibilidade de reprodução da imagem da pessoa no leito de morte, sem o consentimento da família, mesmo que se tratasse de uma celebridade, como Rachel” (TORRES, 1998. p. 134).

No nosso país, coube à modelo Zezé Leone, Miss Brasil 1922, protagonizar o primeiro caso envolvendo o direito à imagem. Ela teve sua imagem captada para a produção de um filme sem sua autorização e ingressou com ação judicial na 2ª Vara da Capital Federal. O Juiz competente, Excelentíssimo Sr. Octávio Kelly, compreendeu que era justa a pretensão contra um cinegrafista de filmes que fez imagem da modelo em ângulos inconvenientes.

Com o avanço da informática e a globalização, tornou-se praticamente impossível limitar e controlar o uso de imagens. No mundo digital, em apenas alguns cliques uma imagem pode estar em milhares de computadores, *smartphones*, *tablets* e televisores e isso repercute na vida do indivíduo em sociedade, já que a imagem, além de consistir naquilo que a pessoa vê e sabe de si mesma, também compreende a opinião pública, ou como as pessoas a enxergam diante no contexto social.

Questionamento importante sobre a tutela da imagem surgiu no corrente ano de 2015 quando o cantor sertanejo Cristiano Araújo sofreu um acidente de carro

que culminou em sua morte. Poucos segundos após o óbito, fotos de seu cadáver já estavam entre as mais vistas de toda a internet. Os familiares de Cristiano, revoltados, deram entrevistas afirmando que iriam ingressar judicialmente em face dos sites que divulgaram as fotos e não tiveram respeito a imagem do falecido. Alegavam que o falecido tem direito a ter sua imagem preservada independente de estar vivo ou não. Ademais, merece respeito.

Antes da Constituição Federal de 1988, não havia no Brasil qualquer regramento que conferisse proteção jurídica a imagem do ser humano. A elevação desse direito de imagem ao nível de direito fundamental demonstra a importância notória e cristalina que o resguardo da imagem do indivíduo, ganhou com o passar dos anos e com o efeito massacrante da internet na sociedade civil. Para Carlos Bittar (2010), o direito a imagem consiste:

O direito que a pessoa tem sobre sua forma plástica e respectiva componentes distintas (rosto, olhos, perfil, busto) que a individualizam no seio da coletividade. Incide, pois, sobre a conformação física da pessoa, compreendendo esse direito um conjunto de caracteres que a identifica no meio social (BITTAR, 2010. p. 319).

Por outras palavras, é o vínculo que une a pessoa à sua expressão externa, tomada no conjunto, ou em partes significativas das pessoas.

Não obstante, a mais contundente forma para atingir os anseios do ser humano quanto a exposição de sua intimidade e dar plena efetividade ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana é dar proteção ao Direito à Imagem, como previsto no texto constitucional (art.5º, V e X):

Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; (...)

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (...).

Com uma vastíssima vitrine que vai muito além dos programas de auditório de antigamente, a pessoa pública de hoje tem uma abrangência muito maior do que a de 10 (dez) anos atrás, antes do “boom” da internet.

No início da década de 2000, quando os computadores ainda davam seus primeiros passos, as celebridades do país eram pessoas de notória especialização artística. Pessoas públicas eram os protagonistas de novelas, como Glória Pires e Tony Ramos, ou grandes damas do teatro como Fernanda Montenegro e Nathália Timberg. Também podiam ser jogadores de futebol como Pelé e Ronaldo Fenômeno, ou até apresentadoras famosas como Ana Maria Braga e Hebe Camargo.

Com a globalização e a interligação mundial por um clique, o conceito de pessoa pública sofreu grandiosa relativização. Hoje em dia, pessoa pública pode ser desde uma subcelebridade que namora um cantor famoso, um participante de um *reality show*, uma *socialite* que tem como *hobby* gastar dinheiro ou até a ex-amante de um político famoso. Ser chamado de pessoa pública deixou de ser um mérito

daqueles que trabalharam e estudaram para desenvolver sua arte. É fácil ver as capas de revistas que antigamente eram estampadas por atrizes conceituadas, serem ocupadas por ‘mulheres-frutas’ que fazem de um muito para aparecer ou por ex-namoradas de jogadores de futebol. A revista “Playboy”, por exemplo, que já teve em suas capas atrizes de primeiro escalão como Vera Fischer e Maitê Proença, hoje têm mulheres que se tornaram famosas porque trocaram de roupa na área comum de um shopping.

Com a era digital, a Televisão, antigamente a quase única produtora das “pessoas públicas” começou a dividir espaço com a internet e por meio de aplicativos como Instagram, Snapchat e Periscope surgiram as *webs celebrities*. São pessoas que não tem programas de TV, não são atores, apresentadores ou humoristas. Suas atividades consistem em mostrar seu dia-a-dia, ou *lifestyle* como é chamado, para milhares de pessoas.

A blogueira Gabriela Pugliesi, por exemplo, expõe diariamente sua vida no aplicativo Snapchat, mostra seus treinos na academia, o que come, o que veste, o que gosta, o que não gosta, e acaba formando opinião e atraindo mídia e publicidade. Para que “Pugli” como é chamada na rede, poste alguma foto publicitária em seu Instagram, pode cobrar até R\$ 80.000,00 (oitenta) mil reais. São os “*digital influencers*”: pessoas que influenciam as outras pelo seu modo de vida.

Celebridades da TV também aderiram ao “*hit*” do novo milênio e diariamente negociam publicações em suas redes sociais repletas de seguidores. A atriz Bruna Marquezine que cresceu atuando em novelas da Globo, não posta nada em suas redes sociais sem uma prévia negociação com a marca em questão, e assim, acaba por expor sua vida íntima e dando chance ao público que conheça quem está por trás dos personagens das telenovelas. O que ocorre é que esse público não se contenta em saber qual a marca preferida de biscoitos da atriz, mas também tem curiosidade em saber qual seu novo namorado, se já realizou intervenções cirúrgicas ou se brigou ou não com uma colega de elenco. A apresentadora Sabrina Sato, da TV Record, também não divulga marca alguma em seus perfis sociais sem um prévio contrato com a empresa. Essas publicidades variam do shampoo que “as famosas usam” até os carros “que os famosos usam”.

Em 2014, quando lançou o “Up” a Volkswagen do Brasil contratou a atriz Deborah Secco pra desfilarem com um exemplar do carro pelas ruas do Rio de Janeiro. Bastaram algumas voltas da atriz para explodirem fotos suas em redes sociais e o crescimento de vendas entre mulheres de 22 a 30 anos aumentar. É literalmente a vida imitando a arte.

O moderno conceito de celebridade relembra à Europa do século XVIII, onde o rei era a grande estrela e quem estava a seu redor, também ganhava status de pessoa pública. É muito comum que esposas, maridos, namoradas e amantes fiquem conhecidas única e exclusivamente por se relacionarem com pessoas públicas. Exemplo elucidativo é o do cantor Zezé di Camargo, que viu sua ex-mulher, Zilú, se tornar apresentadora de TV após a fama que ganhou com os boatos que rodearam sua separação. A nova companheira de Zezé também já colhe os louros da fama, se tornou uma *digital influencer* e tem centenas de seguidores nas suas redes sociais, onde divulga diariamente inúmeras marcas que “adora”.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, local onde há grande concentração de pessoas públicas, já se pronunciou distinguindo celebridades instantâneas



e pessoas famosas de fato: “artistas de renome não se consideram as celebridades, aquelas que vem, e cedo se vão, dependendo de sua empresa de marketing. Artistas são aqueles que, ao longo dos anos se mantêm em evidência pelo seu trabalho”.<sup>5</sup>

Ante essa exposição imoderada e generalizada, a proteção do direito a imagem passa a ser discutida sob um prisma de necessidade. É questionável se seria necessário tutelar a imagem de pessoas que se expõem tanto e de forma “gratuita”. Porém, são essas pessoas que mais buscam a tutela do Estado para ver resguardado seu direito a imagem.

É inegável que os artistas têm na imagem sua fonte de renda, mas a exposição voluntária e desarrazoada suscita a questão sobre até que ponto tais pessoas podem requerer a tutela de seus direitos, quando na verdade violam a si próprios dando liberdade de terem suas vidas invadidas.

A imagem então, adquire *status* máximo num século marcado pelo culto ao corpo, ao cabelo, as celebridades e a mídia. A socialite Kim Kardashian a título de exemplificação, é uma das famosas mais bem pagas do mundo, e não exerce nenhuma profissão. Ganhou fama e prestígio após emplacar um *reality* no canal *E! Television (Keeping Up With The Kardashians)* mostrando o dia a dia de sua família e do seu casamento com o rapper Kanye West. Não é atriz, modelo, dançarina ou apresentadora. Apenas uma mulher americana que tem problemas familiares e conflitos com amigas. Não obstante, a imagem ter tido uma elevada importância no início da década de 2000, atingindo um número ilimitado de receptores, o progresso dos meios de comunicação e da fixação da imagem da celebridade acabou tornando-a uma espécie de semi-Deus no imaginário do público. Pessoas que aparentemente tem a vida perfeita, o carro perfeito, o casamento perfeito, a roupa perfeita.

Logo, o resultado é um direito a imagem como prerrogativa da pessoa pública. Pessoa pública essa que pode concordar ou discordar que elementos nucleares de sua imagem moral ou física sejam utilizados como objeto de lucro e que como qualquer outra, faz jus a proteção estatal como garantidor de um direito fundamental.

## **ESTUDO DE CASOS ENVOLVENDO CONFLITOS NORMATIVOS DE PROTEÇÃO À IMAGEM *VERSUS* LIBERDADE DE IMPRENSA**

A materialização do direito à imagem acontece todos os dias. É comum notícias de artistas que ingressam em juízo contra jornais, revistas, e publicações que divulgam informações de sua vida íntima. Além da proteção ao próprio artista, algumas vezes o direito à imagem também abarca direitos do de cujus, do nascituro e da imagem usada com excesso pelo veículo de comunicação. É a relativização do direito imagem para proteger o foro íntimo dos artistas.

## **DA POSSIBILIDADE DE PROTEÇÃO AO NASCITURO (CASO RAFINHA BASTOS *VERSUS* WANESSA CAMAGO)**

Demonstração da ampla abrangência e do sentido *lato sensu* dos direitos relativos à imagem é aquele direito que tange ao nascituro, entendido este como sujeito de direito que não dispõe de personalidade jurídica. Miguel Reale (2003, p. 194), em acertada lição, diz que “aos incapazes e mesmo aos nascituros correspondem direitos, sem que, evidentemente, possam ser considerados ‘expressão

de sua vontade', tanto assim que são exercidos por seus representantes, quando não por órgãos do Estado”.

Posição semelhante é adotada por Marcus Cláudio Acquaviva (2000. p. 265) ao verificar que “o produto da concepção (feto ou embrião) ainda não é pessoa, mas tem a consideração da lei para determinados efeitos. Não é sem razão que a lei civil põe a salvo os direitos do nascituro desde a concepção”.

O caso de maior repercussão envolvendo o direito de imagem do nascituro é sem dúvida o que envolve a cantora Wanessa Camargo e o apresentador Rafinha Bastos, por serem pessoas públicas.<sup>6</sup>

Wanessa estava grávida de seu primeiro filho, fruto da relação com o empresário paulista Marcos Buaiz quando Rafinha, durante o programa no qual era apresentador, da Rede Bandeirantes de Televisão: “CQC – CUSTE O QUE CUSTAR” afirmou que teria relações sexuais com a mãe e com o bebê, em estranho elogio a beleza que a cantora ostentava na gravidez.

O comentário gerou repercussão inimaginável nas redes sociais, bem como fúria por parte do casal Wanessa e Marcos que, totalmente impressionados com a falta de respeito à mãe e filho, ajuizaram ação de indenização por danos morais em face do apresentador e prestaram queixa-crime contra o mesmo.

A classe artística se voltou contra Rafinha que inclusive, foi demitido da TV Bandeirantes por imposição de Buaiz, empresário de prestígio do meio artístico. O humorista também perdeu inúmeros contratos publicitários e foi entregue ao escárnio da opinião pública.

Na petição inicial, o casal Wanessa e Marcos, acompanhados do nascituro, alegam que Rafinha não se retratou do comentário tecido, mesmo após ter sido afastado do programa. Também zombou da situação ao postar em seu perfil nas redes sociais imagens de mulheres grávidas seminuas e vídeos seus em churrascarias, dispensando ofertas de “baby beef”. “fraldinha” e “coisas para bebê (bebida)”.

O Réu alegou ilegitimidade ativa do nascituro, logo afastada pelo magistrado, que deu procedência ao pedido e condenou o artista ao pagamento de indenização por dano moral em dez salários mínimos para cada um dos autores.

Sem esquecer da liberdade de imprensa para alcançar o progresso numa nação livre, o juiz Luiz Beethoven Giffoni Ferreira alegou a liberdade de imprensa precisa respeitar os direitos e garantias fundamentais de qualquer cidadão, o que não aconteceu no caso em questão. Suscitou a linguagem vulgar proferida pelo apresentador, que ofendeu a moral da família e atingiu, inclusive, o nascituro.

Quanto à discussão acerca da legitimidade do nascituro em figurar no polo ativo da demanda, o Juiz entendeu que era perfeitamente possível tendo em vista que a esfera moral do nascituro pode evidentemente sofrer vulneração “pelo simples fato de que já é pessoa para os fins preconizados na Lei”. Cita, em sua decisão, Carvalho Santos para concluir que o nascituro é tido como já existido de acordo com a doutrina do Código Civil, todas as vezes que o caso se tratar de amparar seus interesses.

Interpostas apelações por ambas as partes, o réu objetivou a extinção do processo em decorrência da ilegitimidade ativa do nascituro, tendo os autores, por meio de recurso adesivo, pleiteado a majoração do quantum indenizatório.

Apesar das alegações da defesa de abuso ao direito de expressão por parte do artista, já que a afirmação seria uma piada e não uma agressão, a Quarta Turma

do Superior Tribunal de Justiça (STJ) resolveu manter a decisão da Justiça de São Paulo que condenou o humorista a indenizar a cantora em R\$ 150.000,00. No entendimento do ministro Marco Buzzi, relator do caso, o comentário de Rafinha Bastos foi violento e extrapolou o direito de expressão ao ofender a dignidade da cantora. O magistrado ressaltou ainda que o insulto de Rafinha atingiu também o filho de Wanessa, nascituro à época do fato.

Para ele, a declaração ultrapassou o limite do mero aborrecimento tendo causado efetivo dano moral, já que foi muito além do propósito jocoso e irônico que se admitiria na fala de um humorista. Segundo o entendimento dos ministros, o comentário do apresentador dá conta de que ele gostaria de manter relações sexuais com a cantora e seu filho que sequer havia nascido, efetivando assim, o abalo moral.

No processo criminal, a Justiça decidiu que o humorista não cometeu injúria contra o nascituro. A juíza Juliana Gueif, da 14ª Vara Criminal de São Paulo alega que o filho da cantora Wanessa, não tinha, na época do fato, consciência da ofensa que ocorreu e por isso o crime não pode ser caracterizado.

A cantora ingressou com recurso alegando que seu filho poderia ter sofrido com o reflexo da angústia vivida pela mãe, enquanto se desenvolvia, porém os desembargadores da 13ª Câmara de Direito, mantiveram, de forma unânime a decisão tomada em novembro de 2011 pelo juízo de 1º grau.

A decisão de negar se baseou pelo fato de os desembargadores entenderam que a ofensa não foi suficiente para caracterização de injúria contra o bebê, já que se tratava de algo que exigia que a vítima tivesse consciência da sua dignidade ou decoro. “Daí o acerto da decisão recorrida ao proclamar ‘inevitável se reconhecer que o nascituro não pode ser sujeito passivo de injúria’ disse França Carvalho, desembargador e relator do caso, complementando que “no caso, não tem a mínima capacidade psicológica de entender os termos e o grau da ofensa à sua dignidade e decoro”.

## **CASO CAROLINA DIECKMANN E SUAS REPERCUSSÕES**

Outra pessoa pública que teve seus direitos relativos à imagem violados foi a atriz brasileira Carolina Dieckmann. A artista protagonizou, talvez, o mais famoso caso de direitos relativos à imagem, tendo seu nome hoje usado para identificar a Lei nº 12.737<sup>7</sup>, que dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos.

No dia 7 de maio de 2012, após tentativa de extorsão, Dieckmann teve 36 (trinta e seis) fotos pessoais divulgadas na internet, recebendo ameaças de extorsão desde o final do mês de março daquele ano. Os criminosos requereram a quantia de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para não efetivarem a publicação das fotos da artista.

Segundo o delegado responsável pelo caso, Dr. Rodrigo de Souza Valle, a subtração das fotos teria começado com um e-mail usado como isca (spam) que, ao ser aberto, liberou uma porta para instalação de um programa que permitiu aos hackers entrarem no computador da atriz. A publicação de imagens de fotos chocantes, brutais, nuas, ou mostrando nudez, dá ensejo a indenização por danos morais. No caso das fotos da atriz, não se trata de liberdade de expressão por parte dos *hackers*, e sim de caso típico de invasão de privacidade e violação a direito de imagem da atriz da Rede Globo.

A lei estabelece requisitos para configurar violação, bem quando é legítima a divulgação de imagem. Assim, é legalizado pelo do disposto no art. 20 do Código Civil<sup>8</sup>, quando dispõe que:

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

Sem autorização, não se pode livremente divulgar a imagem de uma pessoa alegando “liberdade de expressão”, e mesmo com a autorização, qualquer atitude que venha a extrapolar os limites da mesma para a exposição das imagens será tido como ilícito e, por isso mesmo, a autorização para exposição de imagens e uma cedição de determinada revista não pode ser estendida ao uso das mesmas imagens em outras publicações. A publicação da imagem de uma pessoa, sem a sua autorização, para fins econômicos ou comerciais gera direito à indenização.

No ano de 2000, a 3ª Turma garantiu à atriz Maitê Proença o direito a receber indenização por dano moral da Tribuna da Imprensa em virtude da publicação não autorizada de uma foto extraída de ensaio fotográfico feito para a revista “Playboy”, em julho de 1996. As fotos foram publicadas no mês seguinte na edição comemorativa do 21º aniversário da mesma revista.<sup>9</sup>

Naquela situação, para aceitar o trabalho, a atriz transacionou, em contrato escrito, os requisitos para cessão de sua imagem, designando a remuneração e o tipo de fotos que seriam produzidas, em clara preocupação com a sua imagem e a qualidade do trabalho, de modo a restringir e controlar a forma de divulgação de sua nudez nas páginas da publicação. Porém, em 10 de agosto o jornal estampou uma das fotos, extraída do ensaio para a “Playboy”, em página inteira, sem qualquer autorização da artista.

Para a Turma, a atriz sofreu violência em seu crédito como pessoa, pois deu o seu direito de imagem a uma revista que abrange determinado grupo da população e poderia não querer que outro grupo da população tivesse acesso a essa imagem. Os Ministros afirmaram que ela é uma pessoa pública, mas nem por isso tem que aceitar que sua imagem seja publicada em lugar que jamais autorizou, tendo experimentado, naquela ocasião, sentimentos de raiva, dor, desilusão, por ter visto sua foto em publicação que não foi de sua vontade. Por essa razão, faria jus a indenização.

Já em 2008, em julgamento do REsp 1.082.878<sup>10</sup>, a 3ª Turma manteve decisão que obrigou a Editora Globo, que faz parte do mesmo grupo econômico da Rede Globo, empregadora do ator Marcos Pasquim, a pagar indenização no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) ao mesmo, por danos morais decorrentes da publicação de uma foto dele beijando uma mulher desconhecida, fato que teria provocado consequências para sua família e ofendido seu matrimônio.

Para a relatora, Ministra Nancy Andrighi:

A doutrina e a jurisprudência são pacíficas no sentido de entender que pessoas públicas ou notórias têm seu direito de imagem mais restrito que pessoas que não ostentem tal

característica. Em alguns casos, essa exposição exagerada chega a lhes beneficiar. Entretanto, nesse caso ficou caracterizado o abuso no uso da reportagem.

## CASO CÁSSIA KIS

Uma das atrizes mais respeitadas do Brasil também foi autora de um dos poucos processos sobre direito à imagem enfrentado pela mais alta Corte do Brasil. Cássia Kis teve uma foto sua publicada, sem autorização, na capa de duas revistas: “Remédios Caseiros” e “Coquetel”. As fotos não tinham conteúdo constrangedor, mas a atriz sentiu violado seu direito à imagem e ingressou com ação de indenização, pleiteando a reparação dos danos materiais e morais.

Por meio do RE 215.984-1 RJ<sup>11</sup> a atriz alegou que inexistia fato incontroverso já que o uso não autorizado de suas fotografias na publicação era comprovado de plano. Suscitou que havia divergência entre o acórdão recorrido e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RE 95.872-RJ, 1ª turma, Rafael Meyer, RTJ 104/801)<sup>12</sup> e do Superior Tribunal de Justiça (Súmula 37/STJ).

O ministro relator Carlos Velloso destacou que a Constituição Federal assegura no art. 5, inciso X<sup>13</sup>, a inviolabilidade da imagem das pessoas e a indenização pelos danos materiais e morais decorrentes de sua violação. Disse também que a imagem da atriz é um direito que lhe pertence e foi obtido ao longo de sua carreira, compondo seu patrimônio econômico e não pode ser utilizado sem a sua permissão, principalmente em revistas com cunho publicitário.

Em acertada lição, o eminente Ministro Rafael Meyer ao relatar o RE 95.872, mesmo antes da Nova Constituição, já afirmava: “o dever de indenizar decorre da simples utilização de um direito personalíssimo, o da imagem”.

No que se refere à publicação de fotografias, sem o consentimento do fotografado, doutrina e jurisprudência brasileira são no sentido da ocorrência de dano moral que deve ser reparado. Yussef Said Cahali aduz que:

Em linha de princípio, a utilização de imagem constitui direito exclusivo e personalíssimo, inerente à reserva de governo sobre a própria pessoa, quer para dispor, como para impedir a liberação a terceiros, mediante paga ou não; a violação desse direito dá ensejo à correspondente indenização, seja perpetrada com intuito de propaganda lucrativa, seja para difamar.

E acrescenta: “sob tal aspecto, é válido dizer-se, com Demongue, que ‘le fait d’exposer le portrait d’une personne contre as volonté peut donner lieu à indemnité<sup>14</sup>’”. O STF concordou com a atriz e reconheceu tanto o dano material quanto o dano moral, gerando a seguinte decisão:

Dano moral – Ação indenizatória – Direito à imagem – Publicação de fotografia sem autorização – Estado de desconforto, aborrecimento ou constrangimento que, independentemente do seu tamanho e do intuito comercial, é causado pela publicação da fotografia de alguém – Desnecessidade de ofensa para que exista reparação de dano – Inteligência do art. 5º, X, da CF.

Para a reparação do dano moral não se exige a ocorrência de ofensa à reputação do indivíduo. O que acontece é que, de regra, a publicação da fotografia de alguém, com intuito

comercial ou não, causa desconforto, aborrecimento ou constrangimento, não importando o tamanho desse desconforto, desse aborrecimento ou desse constrangimento. Desde que ele exista, há o dano moral, que deve ser reparado, manda a Constituição, art. 5º, X. DANO MORAL. Cobrança cumulada com danos materiais. Admissibilidade. Publicação não autorizada de fotografia. Violação do direito à imagem. Dever de reparar danos materiais e compensar os morais, independentemente de ter sido afetada ou não a reputação da vítima. É possível a cumulatividade da cobrança do dano material aos danos morais, na hipótese de publicação não autorizada de fotografia, uma vez que presente o dever de reparar os danos materiais e compensar os morais, já que violado o direito de imagem, independentemente de ser afetada ou não a reputação da vítima. (STF – 2ª T.; RE nº 215.984-1-RJ; Rel. Min. Carlos Velloso; j. 4/6/2002; v.u.) RT 802/145.

Assim, por todos os casos concretos expostos no presente estudo, verifica-se que nossas Cortes têm entendido no sentido de buscar a proteção de bem imaterial, a imagem, onde, em casos concretos nos quais se acham em conflito os direitos da liberdade de expressão e o direito à proteção da imagem, relativizam o primeiro em clara predileção ao resguardo do bem juridicamente protegido.

## CONCLUSÃO

A internet proporcionou novas opções de comunicação e interação, tendo um caráter legitimamente descentralizador no que tange ao acesso a informação, possibilitando a qualquer tempo, a livre expressão do cidadão.

Pelo seu viés democrático, essa rede acaba possibilitando que tal liberdade tão bem assegurada pela Constituição Federal de 1988, possa ser executada de forma material, culminando na distribuição de ideais, pensamentos e opiniões sobre temas não tão relevantes, e quase sempre, profundamente particulares, principalmente quando correlacionados a pessoas públicas.

Em decorrência da análise realizada no presente artigo, fica claro que quando conflitantes, a liberdade de expressão e o direito a imagem se tornam um verdadeiro obstáculo na seara Jurisprudencial.

De um lado artistas que se expõe de forma imoderada, colocando sua alimentação, seu vestuário, seus carros e seus planos em redes sociais, e muitas vezes dividindo até seus medos e expectativas com pessoas que sequer conhecem.

Esses mesmos artistas buscam ter sua imagem protegida, apesar de, em inúmeros casos, seus atos serem o fio condutor para a insaciável vontade do público pela informação fútil. Em essência, pleiteiam o direito a imagem que lhes é assegurado pelo Diploma Constitucional, mas precisam se expor para manter o lucro obtido por publicações diárias em aplicativos digitais, aparições em programas de TV e contratos publicitários. Quando decidem se expor, esses artistas por muitas vezes, acabam prejudicando outros colegas de classe, que com a vida bem menos exposta, tem que suportar o ônus de ser “celebridade” e não puramente “artista” num país com imprensa preponderantemente voltada ao jornalismo de celebridades. Não é raro que em grandes portais da internet como o R7, do Grupo Record de Comunicação, o blog mais acessado não seja o de economia ou de política, e sim o que trata da vida íntima das celebridades – como é o caso do da blogueira paulista Fabiola Reipert.



De outro lado, uma imprensa feroz e ativista, que tem como público-alvo aqueles que dão o sustento dos reivindicadores do direito à imagem: o povo. Do mesmo modo que compra, segue e divulga seus artistas favoritos, o povo, de forma paradoxal funciona como principal patrocinador da imprensa invasiva. É o público que quer ver sua atriz favorita indo a padaria, que quer saber quem é o novo namorado de uma cantora famosa, que quer saber se uma atriz de idade avançada está se relacionando com um rapaz mais jovem, ou até se uma protagonista de novelas do horário nobre é ou não homossexual.

Recai sobre o Poder Judiciário resolver esse conflito, sempre buscando os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Ao mesmo tempo que é visto como inadmissível que um fotógrafo sobrevoe com helicóptero a casa de um famoso só para saber se ele está ou não namorando alguma pessoa, é digno de questionamento a admissibilidade do mesmo famoso combinar com o fotógrafo um “flagra” em determinada praia carioca.

Ante aos tópicos suscitados no presente artigo, desde a evolução histórica do direito de Imprensa, percorrendo a efetivação da liberdade de expressão e a importância constitucional do Direito de imagem, não obstante a exposição de entendimentos da Jurisprudência dominante em casos envolvendo o conflito de tais direitos, conclui-se que num conflito entre estes direitos fundamentais, deve prevalecer aquele que tutela o Direito à imagem.

Apesar da exposição desmedida das pessoas públicas, todo e qualquer indivíduo deve ter direito a sua intimidade e de controlar a maneira de exposição de sua imagem perante a coletividade. Não é porquê uma atriz posa nua para o exemplar mensal de uma revista de conteúdo adulto que ela dá direito a ser fotografada nua todos os outros dias de vida, bem como a que a revista publique fotos de seu ensaio nu em todos os meses seguintes, independente de expressa previsão contratual.

O direito a imagem é um direito de personalidade, e como tal, corresponde ao que há de mais íntimo do indivíduo. Apesar da liberdade de expressão ser Direito Fundamental e ter *status* máximo na Constituição Federal, não pode ser preterido diante da proteção daquilo que há de mais privado ao ser humano, ainda mais, sendo esse o centro do ordenamento jurídico.

## NOTAS

- 1 Ementa: Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). Lei de imprensa. Adequação da ação. Regime constitucional da “liberdade de informação jornalística”, expressão sinônima de liberdade de imprensa. A “plena” liberdade de imprensa como categoria jurídica proibitiva de qualquer tipo de censura prévia. A plenitude da liberdade de imprensa como reforço ou sobretutela das liberdades de manifestação do pensamento, de informação e de expressão artística, científica, intelectual e comunicacional. Liberdades que dão conteúdo às relações de imprensa e que se põem como superiores bens de personalidade e mais direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana. O capítulo constitucional da comunicação social como segmento prolongador das liberdades de manifestação do pensamento, de informação e de expressão artística, científica, intelectual e comunicacional. Transpasse da fundamentalidade dos direitos prolongados ao capítulo prolongador. Ponderação diretamente constitucional entre blocos de bens de personalidade: o bloco dos direitos que dão conteúdo à liberdade de imprensa e o bloco dos direitos à imagem, honra, intimidade e vida privada. Precedência do primeiro bloco. Incidência *a posteriori* do segundo bloco de direitos, para o efeito de assegurar o direito de resposta e assentar

- responsabilidades penal, civil e administrativa, entre outras consequências do pleno gozo da liberdade de imprensa, peculiar fórmula constitucional de proteção a interesses privados que, mesmo incidindo *a posteriori*, atua sobre as causas para inibir abusos por parte da imprensa. Proporcionalidade entre liberdade de imprensa e responsabilidade civil por danos morais e materiais a terceiros. Relação de mútua causalidade entre liberdade de imprensa e democracia. Relação de inerência entre pensamento crítico e imprensa livre. A imprensa como instância natural de formação da opinião pública e como alternativa à versão oficial dos fatos. Proibição de monopolizar ou oligopolizar órgãos de imprensa como novo e autônomo fator de inibição de abusos. Núcleo da liberdade de imprensa e matérias apenas periféricamente de imprensa. Autorregulação e regulação social da atividade de imprensa. Não recepção em bloco da lei Nº 5.250/1967 pela nova Ordem Constitucional. Efeitos jurídicos da decisão. Procedência da ação.
- 2 Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/senado/grandesMomentos/marcio\\_alves.shtm](http://www.senado.gov.br/senado/grandesMomentos/marcio_alves.shtm)>. Acesso em: 25 out. 2015.
  - 3 Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/AIT/ait-05-68.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm)>. Acesso em: 25 out. 2015.
  - 4 Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>>. Acesso em: 12 out. 2015.
  - 5 Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw?MGWLPN=JURIS&LAB=CONxWEB&PORTAL=1&PORTAL=1&PGM=WEBPCNU88&N=200300135646&Consulta=&CNJ=0119701-79.2002.8.19.0001>>. Acesso em: 27 set. 2015.
  - 6 Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/noticias/noticias/Quarta-Turma-mant%C3%A9m-condena%C3%A7%C3%A3o-de-Rafinha-Bastos-a-indenizar-Wanessa-Camargo](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/noticias/noticias/Quarta-Turma-mant%C3%A9m-condena%C3%A7%C3%A3o-de-Rafinha-Bastos-a-indenizar-Wanessa-Camargo)>. Acesso em: 04 out. 2015.
  - 7 Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm)>. Acesso em: 05 out. 2015.
  - 8 Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.html)>. Acesso em: 05 out. 2015.
  - 9 Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8584070/recurso-especial-resp-764735-rs-2005-0110506-4/inteiro-teor-13671997>>. Acesso em: 01 out. 2015.
  - 10 Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=4291616&tipo=51&nreg=200801875678&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20081118&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 02 out. 2015.
  - 11 Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/774207/recurso-extraordinario-re-215984-rj>>. Acesso em: 01 out. 2015.
  - 12 Disponível em: <http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23019155/apelacao-apl-16190720-118260510-sp-0001619-0720118260510-tjsp/inteiro-teor-111201965>. Acesso: 30 set. 2015.
  - 13 Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 02 out. 2015.
  - 14 Tradução: o fato de expor uma pessoa contra a vontade pode dar início a uma compensação.

## REFERÊNCIAS

- ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Dicionário Jurídico Brasileiro Acquaviva*. 11. ed. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2000.
- AQUINO, Maria Aparecida de. *Censura, Imprensa e Estado autoritário (1968-1978): o exercício cotidiano da dominação e da resistência: O Estado de São Paulo e Movimento*. Bauru: EDUSC, 1999.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. 1995. São Paulo; LTr, 2010.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- BRASIL. Apelação Cível nº 0119701-79.2002.8.19.0001. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Relator Desembargador Ademir Paulo Pimentel. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw?MGWLPN=JURIS&LAB=CONxWEB&PORTAL=1&PORTAL=1&PGM=WEBP>>

- CNU88&N=200300135646& Consulta=&CNJ=0119701-79.2002.8.19.0001>. Acesso em: 27 set. 2015.
- BRASIL. Ato Institucional nº 5 de 13 de dezembro de 1968. São mantidas a Constituição de 24 de janeiro de 1967 e as Constituições Estaduais; O Presidente da República poderá decretar a intervenção nos estados e municípios, sem as limitações previstas na Constituição, suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais, e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, 13 out. 1968. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/AIT/ait-05-68.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm)>. Acesso em: 25 out. 2015.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 02 out. 2015.
- BRASIL. Lei nº 5.250 de 9 de fevereiro de 1967. Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. Diário Oficial da União. Brasília, 9 fev. 1967. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5250.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5250.htm)>. Acesso em: 07 out. 2015.
- BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil Brasileiro. Diário Oficial da União. Brasília, 10 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 05 out. 2015.
- BRASIL. Lei nº 12.737 de 30 de novembro de 2012. Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal; e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, 30 nov. 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm)>. Acesso em: 05 out. 2015.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ementa: CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR USO INDEVIDO DE IMAGEM. PUBLICAÇÃO NÃO AUTORIZADA DE FOTO INTEGRANTE DE ENSAIO FOTOGRÁFICO CONTRATADO COM REVISTA ESPECIALIZADA. DANO MORAL. FIXAÇÃO EM PATAMAR EXCESSIVO. REDUÇÃO. POSSIBILIDADE, INCASU. (REsp 764735 RS 2005/0110506-4. Rel. Ministro Honildo Amaral de Mello Castro. Quarta Turma. Data do Julgamento 05/11/2009. Data da Publicação). Diário da Justiça. Brasília, 05 nov. 2009. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8584070/recurso-especial-resp-764735-rs-2005-0110506-4/inteiro-teor-13671997>>. Acesso em: 01 out. 2015.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130. Diário da Justiça. Brasília, 30 abr. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>>. Acesso em: 12 out. 2015.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ementa: CONSTITUCIONAL. DANO MORAL: FOTOGRAFIA: PUBLICAÇÃO NÃO CONSENTIDA: INDENIZAÇÃO: CUMULAÇÃO COM O DANO MATERIAL: POSSIBILIDADE. Constituição Federal, art. 5º, X. (RE 215984 RJ. Rel. Carlos Velloso. Segunda Turma. Data do Julgamento 04/06/2002. Data de Publicação). Diário da Justiça. Brasília, 04 jun. 2002. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/774207/recurso-extraordinario-re-215984-rj>>. Acesso em: 01 out. 2015.
- CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de direitos da personalidade. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1991, v. LXVII.
- CANOTILHO, J. J. Gomes; MACHADO, Jónatas E. M. *"Reality shows" e Liberdade de Programação*. Coimbra: Coimbra, 2003.
- COSTA, Bruno. AI-5: O golpe dentro do golpe. In: Quotidiano. São José da Barra. 13 dez. 2013. Disponível em: <<http://www.quotidiano.com.br/impressao-395/ai-5:-o-golpe-dentro-do-golpe>>. Acesso em: 27 out. 2015.
- CRUZ, Marco Aurélio Rodrigues da Cunha e. A evolução conceitual da liberdade de expressão na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Joaçaba: Espaço Jurídico, 2010. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/viewFile/1955/1023>>. Acesso em: 12 out. 2015.
- DENARDI, Eveline Gonçalves. A liberdade de expressão a partir da Constituição de 1988. 2011. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/a-liberdade-de-expressao-a-partir-da-constituicao-de-1988/62562/>>. Acesso em: 29 out. 2015.

- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 18. ed, São Paulo: Saraiva, 2002, v. 1.
- DONNINI, Oduvaldo; DONNINI, Rogério Ferraz. *Imprensa livre, dano moral, dano à imagem e sua qualificação à luz do novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2002.
- ELIAS, Beatriz. O AI-5, a censura à imprensa e a reação de O Diário. In: A Província. Piracicaba, 29 dez. 2013.
- FERRARI, Pollyana. *Jornalismo digital*. São Paulo: Contexto, 2003.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A democracia possível*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1979.
- \_\_\_\_\_. *Comentários à Constituição brasileira*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1984.
- LIMA, Venício Artur de. *Liberdade de expressão X Liberdade de imprensa*. 2. ed. São Paulo: Publisher, 2012.
- LOUREIRO, Henrique Vergueiro. *Direito à imagem*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2005. Disponível em: <[http://www.sapientia.pucsp.br/tde\\_arquivos/9/TDE-2005-09-20T11:48:05Z-1308/Publico/HenriqueLoureiro.pdf](http://www.sapientia.pucsp.br/tde_arquivos/9/TDE-2005-09-20T11:48:05Z-1308/Publico/HenriqueLoureiro.pdf)>. Acesso em: 18 out. 2015.
- MELO, Patrícia Bandeira de. Um passeio pela história da imprensa: o espaço público dos grunhidos ao ciberespaço. In: *Comunicação & Informação*. Goiás, 2005. Disponível em: <<http://www.revistas.ufg.br/index.php/ci/article/viewFile/24592/14116>>. Acesso em: 09 out. 2015.
- MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002.
- MORI, Michele Keiko. *Direito à Intimidade versus Informática*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2001.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Ementa: USO INDEVIDO DE IMAGEM INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS Julgamento antecipado Cerceamento de defesa Não configurado – Indenização devida pela veiculação da imagem da autora sem a necessária autorização Afronta ao disposto no artigo 24 da Lei 9.610/98 – Desnecessidade de demonstração do prejuízo, pois o dano está representado pela própria utilização indevida, que visa obter com isso vantagem Montante fixado a título de indenização (R\$ 15.000,00) que não se mostra apto a reparar os danos causados Arbitramento em R\$ 30.000,00 que se aproxima de 50 salários mínimos que se mostra razoável e em consonância com diversos precedentes desta Turma Julgadora – Sentença reformada apenas no tocante ao quantum indenizatório Recurso da autora parcialmente provido e improvido o recurso da ré. (RTJ 104/801. Rel. Salles Rossi. Data do Julgamento 16/01/2013. Data de Publicação). Diário da Justiça. São Paulo, 16 jan. 2013. Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23019155/apelacao-apl-16190720118260510-sp-0001619-0720118260510-tjsp/inteiro-teor-111201965>>. Acesso em: 30 set. 2015.
- SODRÉ, Nelson Werneck. *História da Imprensa no Brasil*. São Paulo: Mauad, 1994.
- SOUSA, Jorge Pedro. *Elementos de Teoria e Pesquisa da Comunicação e dos Media*. Porto: Universidade Fernando Pessoa, 2003. Disponível em: <<http://bocc.unisinos.br/pag/sousa-jorge-pedro-elementos-teoria-pesquisa-comunicacao-media.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2015.
- SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra, 1995.
- SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- TORRES, Patrícia de Almeida. *Direito à Própria Imagem*. São Paulo: LTR, 1998.
- VALENTINO, Ângela Maria. A evolução dos direitos fundamentais e as transformações do sistema constitucional. In: *Âmbito Jurídico*. Rio Grande, XV, n. 105, 2012. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12319&revista\\_caderno=9](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12319&revista_caderno=9)>. Acesso em: 27 nov. 2015.



ARQUIVO PESSOAL

**LUIZ GONZAGA NETO** é Advogado. Mestrando e Pós-graduado em Direito do Trabalho pela PUC-SP.



# A teoria (pura?) da decisão!

■ POR FERNANDO GENTIL GIZZI DE ALMEIDA PEDROSO

**“Ainda que tenha pretensamente fracassado em se furta-  
dos subjetivismos decisórios e da insegurança jurídica umbi-  
licalmente a ele interligada, deu lastro para a compreensão  
da necessidade de se estudar com mais afinco os mecanismos  
e instrumentos necessários para se galgar uma melhor deci-  
são. Daí, nesse ponto, a razão imprescindível de seu estudo,  
haja vista ter sido o pontapé inicial para a construção de uma  
ciência nova que – tão só agora – ganha robustez em nosso  
solo: a Teoria da Decisão Judicial.”**

## PROPEDÊUTICA

**H**odiernamente, com a constitucionalização dos direitos sociais e o acolhimento de demandas coletivas (seja em qualquer de suas esferas: ambiental, consumidor, etc), o modelo decisório brasileiro – preteritamente previsível – restou abalado.

Com esse descompassado havido, ficou clara a necessidade de se buscarem estudos no modo de decidir, para além da decisão propriamente dita. Até porque, assim o fazendo, eclodiria uma maior confiabilidade naquilo que viria a ser deliberado – materializando a norma individualizada para o caso concreto de maneira mais segura.

Exsurge, nessa alheta, o estudo da teoria da decisão – que busca, a seu modo, desenhar diretrizes ou engendramentos metodológicos mais complexos para que se chegue à decisão mais acertada e coerente possível.

Para tanto, esquadrinham-se vários critérios objetivos para o aperfeiçoamento das instituições garantidoras de direitos e para a solidificação de um rigor teórico exigido para a concreção da teoria de uma decisão judicial.

Tal caminho, já percorrido por outros países – na busca de uma produção racional de decisões – necessariamente passa por diversos cultores do direito, precipuamente por alguns positivistas (nas suas mais variadas fases) como Hans Kelsen (1881-1973) e Norberto Bobbio (1909-2004).

Dessa sorte, em razão da importância do elucubrar de Hans Kelsen – por tantos incompreendidos e por outros injustamente estigmatizado<sup>1</sup> –, o presente artigo pretende (de maneira humilde!) observar o espraiar de suas reflexões dentro dessa teoria decisória que desponta, de maneira atrasada, no Brasil.

Até porque, justamente por ser considerado por muitos o maior jurista do século XX, é necessário compreendê-lo para poder superá-lo.

Como pontua Leonard Ziesemer Schmitz, nessa vereda, “qualquer tentativa de explicar a compreensão do Direito contemporâneo precisa passar pela obra de Hans Kelsen”<sup>2</sup>, uma vez que fora na tentativa de solver alguns entraves eventuais de sua linha de raciocínio que algumas “escolas de pensamento da segunda metade do século XX abriram a perigosa possibilidade de que julgadores se valham de elementos subjetivos no ato de julgar, desembocando em ativismos<sup>3</sup> não autorizados pelo sistema”<sup>4</sup>

*Id est*, não há como se observar o estudo da teoria da decisão sem a observância das premissas esculpidas por Kelsen, que desenhou um positivismo mais bem elaborado daquele que vinha sido praticado até o eclodir de sua teoria – que trouxe, inclusive, o rompimento com um número plural de dogmas adotados por escolas que o precederam.

Nesse passo, por seu caráter imprescindível para a compreensão de outras escolas que são dele corolário, verticalizemos!

## O esquadrinhar da Teoria Pura

A *Reine Rechtslehre* traduz a concreção de uma teoria purificada, despida de toda ideologia política e de todos elementos de ciência natural. Um conhecimento do Direito autenticamente científico – com a aproximação, tanto quanto fosse possível, do “ideal de toda ciência: objetividade e exatidão”<sup>5</sup>

De tal arte, “longe da contaminação de sociologismos, psicologismos ou filosofia que reconduzisse a fundamentos metafísicos, Kelsen quis, desde sempre, teorizar o Direito sem levar em conta juízos valorativos”<sup>6</sup> – ainda que Justiça e Moral sempre se façam presentes ao fenômeno jurídico.

Justamente por essa razão, a dificuldade inicial à adesão de seu pensar, já que a Jurisprudência – aberta ou veladamente – se esgotava quase por completo em raciocínios de política, sobejando em um oscilar de insegurança por parte da população. Desta sorte, em uma luta entre a política<sup>7</sup> e a ciência, pela busca de uma maior segurança e precisão, haveria de preponderar essa última.

Por esse motivo, se imprimiu a ciência jurídica desassociada do centro do espírito. Fez-se um corte epistemológico – uma estruturação de esqueleto apolítico com uma diferenciação transparente da política e da ciência. Renunciou-se ao emprego dos costumes enraizados, que levariam a postulados políticos e de caráter altamente subjetivo – mesmo que “surjam com a melhor das boas fés, como ideal de uma religião, de uma nação ou de uma classe”<sup>8</sup>.

Pura, portanto, na acepção de buscar alcançar uma perfeita estruturação do ordenamento sem se valer de valorações exógenas a ela. De compreender o Direito



como ciência - de modo avalorativo. Ou ainda, de se elaborar uma teoria do direito positivo independente dos particularismos da realidade de cada país.

Ou seja, puro na compreensão, não no direito em si; pois não há como negar – e nem mesmo Kelsen o fez! – que o direito é fruto de algumas valorações, seja de opções ideológicas ou, ainda, políticas<sup>9</sup>.

Como ele mesmo elucida, “uma teoria de valores relativistas não significa – como muitas vezes erroneamente se entende – que não haja qualquer valor e, especialmente, que não haja qualquer justiça”<sup>10</sup> e que, de mais a mais, “os valores que pomos na base de nossos juízos de valor não podem apresentar-se com a pretensão de excluir a possibilidade de valores opostos”<sup>11</sup>.

Tamanha a revolução trazida (e choque com a ruptura do pensar das escolas existentes) que a *Reine Rechtslehre* passou a sofrer as mais variadas críticas. Dentre elas, ganhou luz o reverberar da Teoria Pura ser desvinculada da vida real (apolítica), fato que a tornaria desprovida que qualquer valor científico, já que não traria uma aplicabilidade concreta.

Entrementes, como o próprio mestre de Viena refutava, essa resistência trazida a sua Teoria só demonstrava o que ela tinha de melhor (e melhor do que ela mesma se propôs a fazer): sua pureza!<sup>12</sup>

### **O estruturar da *Reine Rechtslehre***

Para tanto, como forma de alcançá-la de maneira conjunta com uma maior segurança jurídica, engendrou-se um sistema escalonado de normas<sup>13</sup> (capítulo V), de modo que o fundamento de validade (*Geltung*) de uma lei passou a ser a existência precedente de outra a ela superior.

Com a autopoiese (*Selbsterzeugung*) – o Direito criando a si mesmo –, de maneira holística, a ciência jurídica se esgotaria em si mesma. O que a tornaria mais objetiva e exata.

De maneira mais restrita, essa construção sistemática do direito é vislumbrada em duas percepções. Numa primeira, decorrente de um sentido lógico-jurídico, nasce a norma fundamental hipotética (*grundnorm*), onde todos devem obedecer a norma pressuposta<sup>14</sup> – fundamento jurídico de validade último de todas as normas de uma ordem jurídica.

De tal arte, seria ela uma pedra angular, fundamental, que está na base de toda sistematização (quicá, por isso, tenha sido traduzida para o inglês como *basenorm*). Seria a regra de compreensão (por isso, pressuposta) que esboçaria a existência da primeira norma posta (a Constituição). O “era uma vez” dos contos de ninar. O fundamento de validade de todas as demais normatizações. O alfa, que se presta a dar coerência e a fechar o sistema.

Em outro turno, já em um sentido jurídico-positivo, emergem um conjunto de normas que regulam a produção de outras normas – sendo a Constituição a norma positiva suprema. Noutros dizeres, a validade estaria atrelada a observância de regras previstas pelo próprio sistema para esta produção normativa – em uma ilustração mais didática, seriam as regras do jogo.

Com essa sistematização, que cuida inclusive do mecanismo hierárquico para a solução do conflito entre normas em diferentes escalões<sup>15</sup>, têm-se uma sensação de completude da Teoria Pura do Direito. Uma teoria circular, na acepção, de trazer uma mecânica fluída com começo e fim normativos explanados exclusivamente pelo Direito – como uma ciência deve ser ao explicar os seus fenômenos.

Resta, portanto, nesse ponto a compreensão de como a *Reine Rechtslehre* interfere na Teoria da decisão – que é o que passamos a observar no tópico subsequente

–, ainda que este não tenha sido o objeto do cuidado especial de Kelsen, que destinou apenas um breve capítulo final acerca do assunto.

## **A teoria (pura?) da decisão**

Isso porque, consoante é sabido, a grande preocupação do príncipe da Teoria Geral do Direito foi, dentro de sua *Reine Rechtslehre*, criar um sistema autoexplicativo e completo acerca da criação normativa – isolado, na medida do possível, de eventuais interferências valorativas exógenas.

Entretanto, como ele mesmo percebeu, uma vez criada uma norma ela deve sair do campo da abstração para vir a ser individualmente aplicada ao caso concreto – até porque, se assim não o fosse, o Direito seria uma mera recomendação, despido de qualquer efetividade.

Em seus lapidados dizeres, “a interpretação é, portanto, uma operação mental que acompanha o processo de aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior<sup>16</sup>” – o que, em outra roupagem, ganharia os contornos de que se interpreta o texto para, daí, se retirar a norma e vir aplicá-la ao caso fático.

Dentro dessa atividade subsuntiva, aflora a imprescindível função do intérprete (capítulo VIII) – que, para a infelicidade de Kelsen, trazia o relativismo indesejado por sua teoria pura, uma vez que inviável encontrar decisões adequadas utilizando-se apenas de um texto legal.

*Id est*, ao se estudar a fundo a relação entre Direito e Justiça e ao adaptar para si os conceitos de ser (*Sein*) e dever-ser (*Sollen*), passando pelas ideações de causalidade e imputação<sup>17</sup>, verberou que quiçá o maior entrave para sua teoria seria o filtro havido entre a norma e sua aplicação: o intérprete.

Esses, sim, dotados de valores e subjetivismos inescapáveis do Direito<sup>18</sup>. Daí, diga-se *en passant*, o seu pessimismo ao observar a insuficiência da lei – por mais bem estruturada que fosse em sua Teoria Pura – para ditar o conteúdo do Direito.

Desta sorte, a aplicação prática do direito não estaria inserida como uma questão de ciência jurídica, mas, sim, contida no âmbito da política judiciária – haja vista que esta, ao contrário do Direito, seria permeável pela mais variada gama de valorações.

Desmiúde! Todo comando normativo traz em seu bojo uma relativa indeterminação – sejam elas intencionais ou não intencionais. E nessa morada, de circunstâncias previstas ou que eram inviáveis de se prever, que passa a existir uma interpenetração de valores e de possibilidades decisórias.

De tal arte, como outrora pontuado, sua teoria é pura na formatação do direito; em sua estruturação do ordenamento e na compreensão do sistema. Tão-só nestes momentos, como ciência pretendida, o direito se encontraria livre de interferências axiais. Já que, conforme vislumbrado, impossível alcançar essa pureza colimada no momento da materialização da norma individualizada.

Nesse cipoal, por ser completa como teoria do ordenamento positivo, mas não suficiente para uma teoria da decisão judicial, Kelsen tenta solver esse problema – ou, melhor, atenuá-lo –, dada a extrema insegurança desencadeada se todos os juízes, mesmo ao se valarem do texto legal, decidissem de maneiras antípodas para casos análogos.

Com esse escopo, restringe a amplitude das valorações a moldura semântica da norma – uma vez que cada norma abstrata, por si só, ventila uma gama de sentidos possíveis. Daí, a limitação ficaria adstrita a linguagem do enunciado (que, contudo, quanto mais próxima da realidade, idiomática, franqueia que mais indivíduos possam buscar um conceito puro e significativo daquele texto).

Destarte, “dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa”<sup>19</sup>. *Id est*, “não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral”<sup>20</sup>.

Equivocado, portanto, o luminar da teoria usual da interpretação, que busca fazer crer que a lei aplicada, ao caso concreto, “poderia fornecer, em todas as hipóteses, apenas uma única solução correta (ajustada), e que a “justeza” (correção) jurídico-positiva desta decisão é fundada na própria lei”<sup>21</sup>. Dito isso, hialino que justeza e correção não são questão de direito positivo.

Padece, de igual modo, de crítica o processo desta interpretação – como se tratasse, tão-somente de um ato intelectual de clarificação e compreensão, onde o órgão aplicador do Direito tivesse apenas que pôr em ação o seu entendimento, mas não a sua vontade<sup>22</sup>, sobejando, através das possibilidades que se apresentam, em uma escolha correta (justa) no sentido do Direito positivo.

Ora, dentro deste quadro, que cerca o campo decisório do pretor<sup>23</sup>, restaria a discricionariedade do juiz na escolha de qualquer uma das interpretações possíveis. Até mesmo pela inexistência de nenhum método de interpretação que traga a máxima de que só uma determinada interpretação reputará correta<sup>24</sup>.

Assim, não haveria a segurança pretendida – seja pelo fato dela ficar combalida pelo subjetivismo dos juízos de valor (justiça), que não tem como serem afastados da aplicação normativa; ou, outrossim, por ser esvaecida pela imponderabilidade da normatividade oriunda da simples atuação do poder (eficácia).

Neste cenário, a necessidade de uma interpretação ainda mais restritiva justamente pelo fato de os sistemas das normas deixarem várias possibilidades em aberto<sup>25</sup>. A saída encontrada, deste modo, para justificar quais “soluções seriam, ou não, consideradas adequadas, foi o que Kelsen chamou de interpretações autênticas e inautênticas.”<sup>26</sup>

A primeira, fruto da interpretação do Direito pelo órgão que o aplica, por quem possui o poder de fato de decidir (autênticas), seria a única apta a criar o Direito<sup>27</sup>. E, noutra dimensão, a interpretação do Direito “que não é realizada por um órgão jurídico, mas por uma pessoa privada e, especialmente, pela ciência jurídica”<sup>28</sup> – que é a doutrina (inautêntica).

É óbvio, nesse ponto, que, mesmo ao limitar a interpretação autêntica a aptidão de criar o direito, não se sana o problema da Teoria Pura na órbita da decisão, onde, em verdade, de pura não teria nada, pois sofre influxos valorativos e políticos para a construção da norma individualizada.

Noutra roupagem, o mundo seria limitado pela linguagem do pretor<sup>29</sup> – que poderia decidir de qualquer maneira, dentro de limites gramaticais e semanticamente aceitáveis<sup>30</sup>.

E, indo além, tamanha sua discricionariedade (ou maleabilidade do quadro ou da moldura imposta), que em determinadas situações se franquearia suas decisões para além daquela semântica normativa. Tal qual ilustra o próprio Kelsen, ao professar que pela via da interpretação autêntica (da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar), “não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa”<sup>31</sup>.

Isso, porém, desde que essa nova norma jurídica, esboçada para além das margens da moldura, não estivesse ao alcance de uma eventual anulabilidade – *in casu*, se já houvesse transitado em julgado.

Decerto, falha a teoria do direito nessa percepção, pois “se o problema da aplicação prática do Direito foi relegado a uma questão política, e não jurídica, todo o esforço teórico na construção do ordenamento fica à mercê do comportamento dos intérpretes autênticos”<sup>32</sup>

O critério de escolha, portanto, remanesceria permeado de subjetivismos e a neutralidade, fruto da cientificidade – outrora por ele hipostasiada –, ficaria adormecida no plano da intangível abstração.


## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em breve síntese, Kelsen – um dos maiores (se não for o maior) juristas do século XX – revolucionou o âmbito jurídico ao bem estruturar uma ciência do Direito totalmente nova, despida de outros valores e com um engendramento sistêmico que se esgota em si mesmo – dinâmico, preciso e exato como toda ciência deve ser!

Todavia, por maior gênio que fosse (e refém de seu tempo!), não conseguiu conferir o mesmo corte epistemológico para a Teoria da Decisão – inerente a criação do Direito, ao perpetrar a norma específica para determinado caso concreto.

Isso porque, por mais que houvesse uma sistematização avalorativa, não conseguiu despir o juiz – no instante da deliberação – de influências externas a ele, como valores intrínsecos que carrega consigo: sejam axios de Justiça ou Moral.

Porém, ainda que tenha pretensamente fracassado em se furtar dos subjetivismos decisórios e da insegurança jurídica umbilicalmente a ele interligada, deu lastro para a compreensão da necessidade de se estudar com mais afinco os mecanismos e instrumentos necessários para se galgar uma melhor decisão.

Daí, nesse ponto, a razão imprescindível de seu estudo, haja vista ter sido o pontapé inicial para a construção de uma ciência nova que – tão só agora – ganha robustez em nosso solo: a Teoria da Decisão Judicial. 

## REFERÊNCIAS

- BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. Trad. Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2008;
- FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del estado de derecho. In: CARBONELL, Miguel (coord.). *Neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2003.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- LIMA, Rogério Medeiros Garcia. *O direito administrativo e o poder judiciário*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2002.
- MALUF, Sahid. *Teoria geral do Estado*. Revista e atualizada pelo Prof. Miguel Alfredo Malufe Neto. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. I.
- MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *Do espírito das leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1973.
- NOVELINO, Marcelo. *Manual de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Método, 2013.
- PEDROSO, Fernando Gentil Gizzi de Almeida. ADPF 54 e anencefalia: hipostasiação do Judiciário. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3211, 16 abr. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21520>>. Acesso em: 5 dez. 2016.
- SAGÜÉS, Nestor Pedro. *Interpretación judicial de la constitución*. Buenos Aires: Editorial Depalma S.R.L, 1998.
- SCHMITT, Carl. *Teoría de La Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 2003.
- SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

## NOTAS

- 1 É que, para muitos, sua teoria haveria dado lastro para o eclodir das atrocidades perpetradas durante a Segunda Grande Guerra Mundial .

Noutras palavras! Para os profíctentes dessa ideação, na evolução dos Estados, o positivismo – de regras impostas para dirimir conflitos e pacificar pessoas – começou a ser empregado como instrumento de justificação de regimes autoritários.

Ou seja, as leis e atos governamentais objetivavam a população no seu todo, pouco importando o sacrifício ou a negação de interesses ou direitos individuais, haja vista que o Estado era o absoluto e os indivíduos e grupos o relativo. Nesse diapasão, como pontificavam BENITO MUSSOLINI e ROCCO, “la dottrina fascista nega il dogma della sovranità popolare, che é ogni giorno smentido della realtà, e proclama in sua vece il dogma della sovranità dello Stato” (MALUF, Sahid. Teoria geral do Estado. Revista e atualizada pelo Prof. Miguel Alfredo Malufe Neto. 26. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p. 141).

Nesse compasso, o Estado se tornou criador exclusivo do direito e da moral, não encontrando limites morais ou materiais à sua autoridade. Em outros dizeres: no luminar oriundo de THOMAS HOBBES, Auctoritas, non veritas facit legem – a lei é vontade, não vale por qualidades morais e lógicas, mas precisamente como ordem. (apud MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria geral do processo. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v I. p. 27). Daí aquela máxima: “Tudo dentro do Estado, nada fora do Estado, nada contra o Estado”.

Como decorrência deste reverberar, o princípio da isonomia perante a lei, no Estado Nazista (“National Sozialist”), foi substituído pelo da igualdade de deveres e pelo de prevalência do bem comum sobre o individual. Ou seja, o Partido Nacional Socialista, sectário e intolerante como as demais ditaduras, absorveu inteiramente a personalidade humana e anulou todos os valores individuais (*exempli gratia*, com o fito de isentar a Alemanha dos não-arianos, fôra elaborada a lei sobre esterilização, que entrou em vigor a partir de 1º de janeiro de 1934).

Nota-se, entretanto, que Hans Kelsen nasceu em Praga numa família judaica. Desta sorte, aliada sua religião a suas ligações com a social-democracia, fora perseguido pela Alemanha Nazista e, com a ajuda de muitos, se radicou nos Estados Unidos da América (onde viveu até seu óbito) – se furtando do destino funesto de outros 6 milhões de judeus (a ele semelhantes) mortos.

Naquele país, anos mais tarde (1953), no prólogo à edição de Henri Thévenaz – que traduziu a “Teoria Pura do Direito” para o francês – revisitou sua obra. Professou, nesse sentido, que dificilmente sua teoria permaneceria inalterada após 20 anos passados. Ver: *Théorie Pure du Droit* – tradução francesa da Reine Rechtslehre elaborada pelo Prof. Henri Thévenaz, Neuchâtel, 1953.

Até porque, as objeções que recebeu e os exames ligados à filosofia do direito o fizeram repensar sua concepção do direito e da ciência jurídica, vindo a fazê-lo esclarecer algumas interpretações erradas de seu trabalho.

- 2 SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 61.

- 3 Nesse tópico, é digno de nota que o ativismo jurisdicional é cada vez maior dado a uma hipostasiação do Poder Judiciário.

Vale dizer! Com o fenômeno do Constitucionalismo Contemporâneo, exsurgiram certas permutações na fonte.

Nessa vertente, a lei, que na escola da exegese era plena e não admitia lacunas, passa a ser compreendida de forma crítica, almejando-se o significado de sua interpretação à luz dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais. Nesse sentido, ver: MARINONI, Luiz Guilherme. Ob. cit., p. 51 e FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del estado de derecho. In: CARBONELL, Miguel (coord.). Neoconstitucionalismo. Madrid: Trotta, 2003, p. 18.

Desta feita, não cabe ao magistrado apenas aplicar o texto legal, porquanto, com essa nova dogmática, é de sua obrigação adequar a norma aos princípios de justiça (o que, por ser deveras subjetivo, é muito variável; sobejando – para os críticos desse ativismo – em uma insegurança jurídica). Isto é, traçará normas jurídicas individualizadas com o fito de regular a situação em concreto, desenvolvendo o texto constitucional em função das exigências do presente.

Por tal razão, exsurge um verdadeiro ativismo do poder judiciário, eclodindo a judicialização

de relações políticas (*verbi gratia*: decisões relacionadas a fidelidade partidária) ou sociais (*exempli gratia*: deliberações sobre demarcação de terra indígena, interrupção de gravidez de feto anencéfalo – ADPF 54 –, lei seca, união homoafetiva, ação afirmativa e cota das universidades). Nessa acepção, ver: PEDROSO, Fernando Gentil Gizzi de Almeida. ADPF 54 e anencefalia: hipostasiação do Judiciário. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3211, 16 abr. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21520>>. Acesso em: 5 dez. 2016.

Calha acentuar. O Judiciário, em virtude desta alteração na acepção da fonte, passa a solucionar temas de relevância com potencialidade de gerar impactos no âmbito público e social.

Desta sorte, Nestor Pedro Sagüés esclarece que o Judiciário passa a possuir um protagonismo decisivo nas mudanças sociais e na incorporação de novos direitos ao extenso rol constitucional (SAGÜÉS, Nestor Pedro. *Interpretación judicial de la constitución*. Buenos Aires: Editorial Depalma S.R.L, 1998. p. 74).

Ou seja, em breve síntese, trata-se, pois, de um fenômeno de intensificação do Judiciário, que tem como finalidade a concreção de direitos sociais por meio de interpretações principiológicas. Decerto, há uma ampliação da atuação deste órgão, já que se estendem suas decisões para uma gama de temas deveras diversificada.

Com relação a essa hipertrofia do judiciário, passa haver duas percepções.

Numa perspectiva favorável, encontra-se o entender de que o ativismo jurisdicional acarreta uma defesa do ordenamento jurídico pela aplicação dos princípios e normas que o integram, sobejando, por fim, numa decisão justa e adequada (LIMA, Rogério Medeiros Garcia. *O direito administrativo e o poder judiciário*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2002. p.107). Nessa senda, dentro de suas funções constitucionais, é salutar a participação do Judiciário no Estado Democrático, de maneira que se propicia uma efetivação do ideal de justiça à sociedade.

No outro cunho da moeda, está o pensar de que ao se adequar a norma aos princípios de justiça, o que, por ser deveras subjetivo, é muito variável; sobejar-se-ia em uma insegurança jurídica. Aliado a isso, restaria transparente a ruptura do bem engendrado sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*) pensado desde a obra “A política” de Aristóteles e posteriormente trabalhada por Charles-Louis de Secondat Montesquieu (“Do Espírito das Leis”), Benjamin Constant e, mais recentemente, Karl Lowenstein.

Ora, para os “*strict constructionists*” (também denominados de textualistas originalistas ou preservacionista) a postura criativa do Judiciário seria uma usurpação do legislativo.

Desta feita, abeberando-se dos ensinamentos de Lênio Luiz Streck, seria antidemocrático a possibilidade de decisionismos por parte de juizes e tribunais. Por tal razão, não se poderia confundir a adequada e necessária intervenção jurisdicional com a possibilidade dos tribunais se assenhorearem da Carta Magna. (STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 141)

4 SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Ob. cit., p. 61.

5 KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. VII.

6 SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Ob. cit., p. 61.

7 Amiúde! Em meados do século passado houve grande digladição doutrinária – travada entre Carl Schmitt e Hans Kelsen.

Para além do debate *acerca* do controle de constitucionalidade, Carl Schmitt, em sua obra *Teoria da Constituição* (1928), vislumbra uma concepção política da Constituição, professando que o fundamento dela não estaria contida em normas jurídicas ou em si mesma, mas na vontade política concreta que a antecede (SCHMITT, Carl. *Teoría de La Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 2003, p. 45-46).

Isso porque, a Bíblia Política traduz um conjunto de normas supremas. Nessa toada, não poderia encontrar seu pálio em outra norma jurídica. Com essa premissa, para ele, restava hialino que o estofo da Magna Carta só poderia ser uma decisão política, fruto de um ser político com vontade política, “capaz de impor uma existência política de acordo com determinadas normas”. (TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1991. P.199 apud NOVELINO, Marcelo. *Manual de Direito Constitucional*. 8ª ed. São Paulo: Método, 2013, p. 84)

Em outras palavras! A Constituição desenharia um conjunto de normas que constituem, de forma materializada, a unidade política de um povo (SCHMITT, Carl. Ob. cit., p. 29 e p. 52).



*Mutatis mutandis*, para Kelsen – como visto – a Constituição é norma pura, puro dever ser. Daí, o jurista não precisa se socorrer da sociologia ou da política para buscar o fundamento da Constituição, pois, como ciência que deve ser, tem seu estofo no plano jurídico (onde se esgota!).

8 KELSEN, Hans. Ob. cit., p. VIII.

9 “Kelsen não ignora as outras possíveis explicações da origem da validade jurídica: ele deseja ignorá-las” (BARZOTTO, Luiz Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007, p. 18 *apud* SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Ob. cit., p. 62)

Daí, “o esforço hercúleo em construir uma teoria tão sofisticada que buscou afastar a valoratividade do campo do Direito”. (*idem ibidem*)

10 KELSEN, Hans. Ob. cit., p. 47.

11 *Idem* p. 48.

12 Como esculpido na expressão popular: “a pipa só se eleva se houver vento na direção contrária”.

13 Observa-se, nessa senda, que em nenhum momento a obra de Kelsen faz uma estruturação piramidal para a explanação deste escalonamento. Referido contorno haveria sido perpetrado com o escopo de transmissão mais didática de como seria esta dinâmica normativa.

Dito isso, apesar de incógnita de quem seria o artista por de trás dessa obra – haja vista que não fora deixada assinatura nela –, muitos atribuem a Norberto Bobbio (1909-2004) o luminar desta sistematização.

14 “(...) a norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é, em face desta, uma norma superior. Mas a indagação do fundamento de validade de uma norma não pode, tal como a investigação da causa de um determinado efeito, perder-se no interminável.

Tem de terminar numa norma que se pressupõe como a última e a mais elevada. Como norma mais elevada, ela tem de ser pressuposta, visto que não pode ser posta por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada.

A sua validade já não pode ser derivada de uma norma mais elevada, o fundamento da sua validade já não pode ser posto em questão. Uma tal norma, pressuposta como a mais elevada, será aqui designada como norma fundamental (Grundnorm)”. (KELSEN, Hans. Ob. cit., p. 147)

15 Antolha-se que para Kelsen não existe antinomia, uma vez que caso de sua existência o sistema estaria corrompido.

Nesse ponto, quem, em momento posterior vem a trabalhar com a interpretação sistemática e os critérios para a solução de antinomia seria Norberto Bobbio – que trouxe, em sua obra “Teoria Geral do Direito”, a seguinte indagação: se todo ordenamento é completo, o que acontece no caso de antinomia?

Decerto, cria um sistema para a valoração desse conflito aparente de normas (seja em primeiro ou segundo grau) e metacritérios (hierárquico, de especialidade e cronológico) para o debelar destes entraves.

Por demais, para ele, a ideia de lacuna só exsurge em razão da ideia de completude do ordenamento jurídico (seu dogma). Deste modo, toda vez que houver uma lacuna, caberá ao juiz preenche-la, ora se valendo, para tanto, de instrumentos de heterointegração (meios externos de solucionar os conflitos. *Verbi gratia*: diálogo das fontes/ vasos de complementaridade/ cláusulas de retroalimentação, havidas com a comparação com outros ordenamentos jurídicos) ou de mecanismos de autointegração (meios internos para resolver os conflitos; como: princípios gerais do direito e analogia). Nessa conjuntura, ver: BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. Trad. Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

16 KELSEN, Hans. Ob. cit., p. 245.

17 Enquanto critério de ligação silogística entre premissas.

18 A isso, somatiza-se os indeterminismos trazidos por Kelsen no último capítulo de sua obra, como:

a) A relativa indeterminação do ato de aplicação do direito – onde, na relação de escalonamento de superior para inferior há uma regulação tanto de forma quanto de conteúdo. Porém, essa regulação nunca será completa, já que deixará sempre uma margem (caráter de quadro ou moldura da norma superior).

Esse é o raciocínio que se extrai da seguinte passagem da obra: “a relação entre um escalão superior e um escalão inferior da ordem jurídica, como a relação entre Constituição e lei, ou lei e

sentença judicial, é uma relação de determinação ou vinculação: a norma do escalão superior regula - como já se mostrou - o ato através do qual é produzida a norma do escalão inferior, ou o ato de execução, quando já deste apenas se trata; ela determina não só o processo em que a norma inferior ou o ato de execução são postos, mas também, eventualmente, o conteúdo da norma a estabelecer ou do ato de execução a realizar.

Esta determinação nunca é, porém, completa. A norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada. Tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato.

Mesmo uma ordem o mais pormenorizada possível tem de deixar àquele que a cumpre ou executa uma pluralidade de determinações a fazer. Se o órgão A emite um comando para que o órgão B prenda o súdito C, o órgão B tem de decidir, segundo o seu próprio critério, quando, onde e como realizará a ordem de prisão, decisões essas que dependem de circunstâncias externas que o órgão emissor do comando não previu e, em grande parte, nem sequer podia prever" (KELSEN, Hans. Ob. cit., p. 245-246).

Nessa toada, todo ato jurídico (seja ato de criação ou de execução) é, em parte, determinado pelo Direito e, em outra parte, indeterminado (em razão desta permeabilidade havida, que pode sopesar no fato ou na consequência - podendo, inclusive, ser uma margem intencional). Vejamos, nessa perspectiva, a indeterminação intencional e não intencional!

b) Indeterminação intencional do ato de aplicação do Direito - "(...) a indeterminação pode mesmo ser intencional, quer dizer, estar na intenção do órgão que estabeleceu a norma a aplicar.

Assim, o estabelecimento ou fixação de uma norma simplesmente geral opera-se sempre - em correspondência com a natureza desta norma geral - sob o pressuposto de que a norma individual que resulta da sua aplicação continua o processo de determinação que constitui, afinal, o sentido da seriação escalonada ou gradual das normas jurídicas".

Visível, nesse ponto que a indeterminação intencional viria no sentido de conferir uma melhor operabilidade do Direito - o que se torna mais palatável com as exemplificações seguintes esboçadas por Kelsen.

*Exempli gratia.* "Uma lei de sanidade determina que, ao manifestar-se uma epidemia, os habitantes de uma cidade têm de, sob cominação de uma pena, tomar certas disposições para evitar um alastramento da doença. A autoridade administrativa é autorizada a determinar estas disposições por diferente maneira, conforme as diferentes doenças".

*Verbi gratia.* "A lei penal prevê, para a hipótese de um determinado delito, uma pena pecuniária (multa) ou uma pena de prisão, e deixa ao juiz a faculdade de, no caso concreto, se decidir por uma ou pela outra e determinar a medida das mesmas - podendo, para esta determinação, ser fixado na própria lei um limite máximo e um limite mínimo" (*idem ibidem*)

c) Indeterminação não-intencional do ato de aplicação do Direito - como se perfaz na situação de normas polissêmicas, plursignificativas, que apresentam em seu bojo diversas interpretações ("própria constituição da norma jurídica que deve ser aplicada pelo ato em questão. Aqui temos em primeira linha a pluralidade de significações de uma palavra ou de uma seqüência de palavras em que a norma se exprime: o sentido verbal da norma não é unívoco, o órgão que tem de aplicar a norma encontra-se perante várias significações possíveis" - *idem ibidem*); se o executor acreditar que entre a expressão da norma e a vontade da autoridade houver discrepância ("A mesma situação se apresenta quando o que executa a norma crê poder presumir que entre a expressão verbal da norma e a vontade da autoridade legisladora, que se há de exprimir através daquela expressão verbal, existe uma discrepância, podendo em tal caso deixar por completo de lado a resposta à questão de saber por que modos aquela vontade pode ser determinada" - *idem ibidem*); e, por fim, aquilo que para Kelsen seria uma amostra de que o sistema estaria corrompido: a antinomia ("A indeterminação do ato jurídico a pôr pode finalmente ser também a consequência do fato de duas normas, que pretendem valer simultaneamente - porque, v. g., estão contidas numa e mesma lei -, contradizerem total ou parcialmente" - *idem* p. 247).

19 KELSEN, Hans. Ob. cit., p. 247.

20 *Idem ibidem*.

21 *Idem ibidem*.

- 22 Nesse ponto, destaca-se aqui, a distinção entre neutralidade e imparcialidade. De maneira indiscutível, não há que se falar de uma decisão neutra do magistrado, já que neutralidade revela a possibilidade de uma deliberação desprovida de vontade inconsciente. Ora, tal fato é impossível. Toda pessoa traz consigo, nas suas entranhas, amarguras, traumas, experiências, devaneios e elucubrações oriundos do somatório das diversas vivências que obteve, desde sua origem, como: a) dos brinquedos que brincou; b) do amor intenso que viveu; c) das lágrimas que guardou, por não ter alcançado metas almejadas ou por frustrações inabarcáveis; d) dos livros que leu; e) das conversas que teve, f) dos traumas que sofreu, entre outros. É dizer, nada do que é humano é estranho ao homem (*Homo sum, humani nihil a me alienum puto*), em virtude das emoções e influências que por vezes passam despercebidas em nosso campo cognitivo. Assim, possível esboçar, neutro é só aquilo que possui  $ph=7$ , e não o ser humano.
- Nesse diapasão, a postura decisória do magistrado deve ser imparcial, sem interesse na causa, atuando de modo que viabilize um contraditório efetivo, com paridade de armas, para uma solução justa, adequada, e efetiva do litígio.
- Nota-se, desta feita, que a pedra de toque da jurisdição se encontra cediça na imparcialidade, que é sua maior virtude.
- 23 É interessante observar que seria possível, inclusive, deliberações fora destes limites.
- 24 “Todos os métodos de interpretação até ao presente elaborados conduzem sempre a um resultado apenas possível, nunca a um resultado que seja o único correto.” (KELSEN, Hans. Ob. cit., p. 248)
- 25 *Idem ibidem*.
- 26 SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Ob. cit., p. 65.
- 27 “A interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito é sempre autêntica. Ela cria Direito. Na verdade, só se fala de interpretação autêntica quando esta interpretação assuma a forma de uma lei ou de um tratado de Direito internacional e tem caráter geral, quer dizer, cria Direito não apenas para um caso concreto mas para todos os casos iguais, ou seja, quando o ato designado como interpretação autêntica represente a produção de uma norma geral. Mas autêntica, isto é, criadora de Direito é-o a interpretação feita através de um órgão aplicador do Direito ainda quando cria Direito apenas para um caso concreto, quer dizer, quando esse órgão apenas crie uma norma individual ou execute uma sanção.” (KELSEN, Hans. Ob. cit., p. 249-250).
- 28 KELSEN, Hans. Ob. cit., p. 245.
- 29 Seria a consciência o alterego trazido por Sócrates.
- 30 Nessa vertente, visualize-se que o pretor Kelseniano em momento algum é um mero reproduzidor mecânico de sentidos.
- Vale dizer! Diferencia-se do juiz oriundo da vetusta escola da exegese – com apogeu entre 1830 e 1880 – de interpretação mecânica e literal de textos pelo Poder Judiciário, uma vez que se encontrava presente o receio dos franceses de, ao se furta do absolutismo monárquico, dar a perigosa prerrogativa ao pretor de interpretar a lei ou de acrescentar algo as suas disposições.
- Tamanha a força que exalava do ordenamento posto que, naquele contexto histórico, devia-se observar que o judiciário e executivo assumiam posições de subordinação, haja vista que não caberia ao judiciário interpretar a lei, mas tão somente aplicá-la, e, de outro turno, o executivo só poderia atuar se autorizado pela lei, dentro daqueles limites por ela estabelecidos.
- Desse modo, no *État Légal*, chegou-se a concluir que o “poder de julgar” seria nulo de certa forma, porquanto o julgamento deveria ser mera reprodução de um texto legal. Ao juiz, decerto, cabia o “papel de mera ‘boca da lei’ (*bouche de la loi*)”, em virtude de ser considerado escravo do direito posto, cuja missão se iniciava onde a do legislador terminou.
- 31 KELSEN, Hans. Ob. cit., p. 250.
- 32 SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Ob. cit., p. 66.



**FERNANDO GENTIL GIZZI DE ALMEIDA PEDROSO** é Advogado. Doutorando e Mestre em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal (IBRASPP), do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos (IBDH), da Fundación Internacional de Ciencias Penales (FICP – Madrid) e investigador no International Center of Economic Penal Studies (ICEPS– New York) e de projetos coordenados pela Secretaria Geral para América Latina (Montevideo).



AROUND PESSOAL

*Renato Falchet Guaracho*

## Os mitos do juiz de garantias e o ativismo judicial no STF

**O** Congresso Nacional e o Presidente da República promulgaram recentemente a Lei Anticrime que inovou na legislação processual penal e estabeleceu a existência do juiz de garantias, que é um magistrado que atuará na fase pré-processual.

Para melhor explicar, a função do juiz de garantias será decidir sobre quebra de sigilo fiscal e bancário, prisões cautelares, busca e apreensão e demais decisões judiciais necessárias no procedimento de investigação, antes que exista uma ação penal.

Aliás, muito se fala que o juiz de garantias seria uma inovação brasileira, o que não é verdade, uma vez que muitos países desenvolvidos já tem uma figura parecida, como Estados Unidos, Alemanha, Inglaterra, França, Portugal e Itália, além de países menos desenvolvidos que também já incluíram o juiz de garantias, como a Argentina.

Assim, fica claro que esta figura não é uma inovação do sistema judicial brasileiro, tampouco existe para impedir a Operação Lava Jato, como muito se fala. Isto porque, a figura do juiz de garantias já existia na proposta do novo Código de Processo Penal, que tramita no Congresso Nacional antes da Lava Jato existir. Além

disso, a Operação Mãos Limpas, que ocorreu na Itália e é a grande inspiração da Lava Jato, aconteceu com a existência de um juiz de garantias. Ou seja, esta figura nunca impediu o combate a corrupção.

No entanto, recente decisão do ministro Dias Toffoli, do Supremo Tribunal Federal, determinou a suspensão do juiz de garantias pelo prazo de seis meses, ou seja, esta figura só passará a vigorar a partir de junho de 2020. Além disso, o ministro Dias Toffoli também regulamentou a inaplicabilidade do juiz de garantias em processos que ocorram nas instâncias superiores, tribunal do júri e crimes de violência doméstica e familiar.


De início, importante ressaltar que a implementação do juiz de garantias não traz nenhuma demanda nova ao Poder Judiciário e também não seria necessária a contratação de novos juízes, mas apenas uma divisão das tarefas já exercidas por eles. Prova disso é a existência do DIPO, um departamento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que já trabalha como uma espécie de juiz de garantias e já vigora na cidade de São Paulo há algumas décadas, inclusive foi ampliado através da Lei Complementar Estadual nº 1.208/13, que prevê a criação do DIPO em todo Estado de São Paulo.

Quanto a suposta necessidade de novos juízes, a alegação não prospera. Atualmente, os magistrados já atuam na fase pré-processual e processual, o que mudaria seria apenas a divisão, o juiz que atuou na fase de garantias não atuaria na fase processual. Aliás, com a informatização dos processos, que hoje tramitam de forma eletrônica em todo território nacional, sequer seria necessária a locomoção de juízes, os pedidos podem ser direcionados a eles sem que precisem sair da comarca que atuam.

Aliás, frisa-se que mesmo que a implementação do juiz de garantias fosse algo extremamente difícil, o que não é, fato é que a cada dia mais o ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal acaba com a segurança jurídica no Brasil e traz diversos prejuízos, tanto no âmbito nacional quanto internacional, inclusive prejudicando a economia.

Isto porque, não cabe aos juízes julgarem ou regulamentarem leis. Ao Supremo Tribunal Federal compete a guarda da Constituição Federal e não a regulamentação de legislações que não tem qualquer relação à Constituição. Esta competência pertence ao Congresso Nacional, em razão da democracia, o poder emana do povo e, assim, apenas os representantes eleitos podem fazer e regulamentar leis.

As recentes decisões do Supremo Tribunal Federal flertam com um Estado Ditatorial, mas a ditadura, neste caso, vem de um Poder Judiciário que tudo pode, que não tem freio, que decide a vida do país como bem entende, afastando o poder do povo e de seus escolhidos e avocando para si. Isto porque, não é apenas no juiz de garantias que o Supremo Tribunal Federal legisla, mas em todas as matérias que entendem necessária a intervenção judicial na esfera cível, criminal, tributária, previdenciária, trabalhista e quaisquer outros ramos.

Desta forma, a população brasileira está se tornando, cada vez mais, refém de um Poder Judiciário e, em especial, de onze ministros que decidem da forma que entendem melhor. Assim, o ativismo judicial torna vigente uma ditadura perpetrada pelo Poder Judiciário, que deve ser combatida, garantindo, assim, a democracia vigente no Brasil. 



MESMO QUE ELA TENHA SE OFERECIDO.  
MESMO QUE ELA ESTEJA PRECISANDO DO DINHEIRO.

#MENORNÃO

EXPLORAÇÃO SEXUAL INFANTIL É CRIME.  
É VERGONHOSO. É IMPERDOÁVEL. É NÃO.