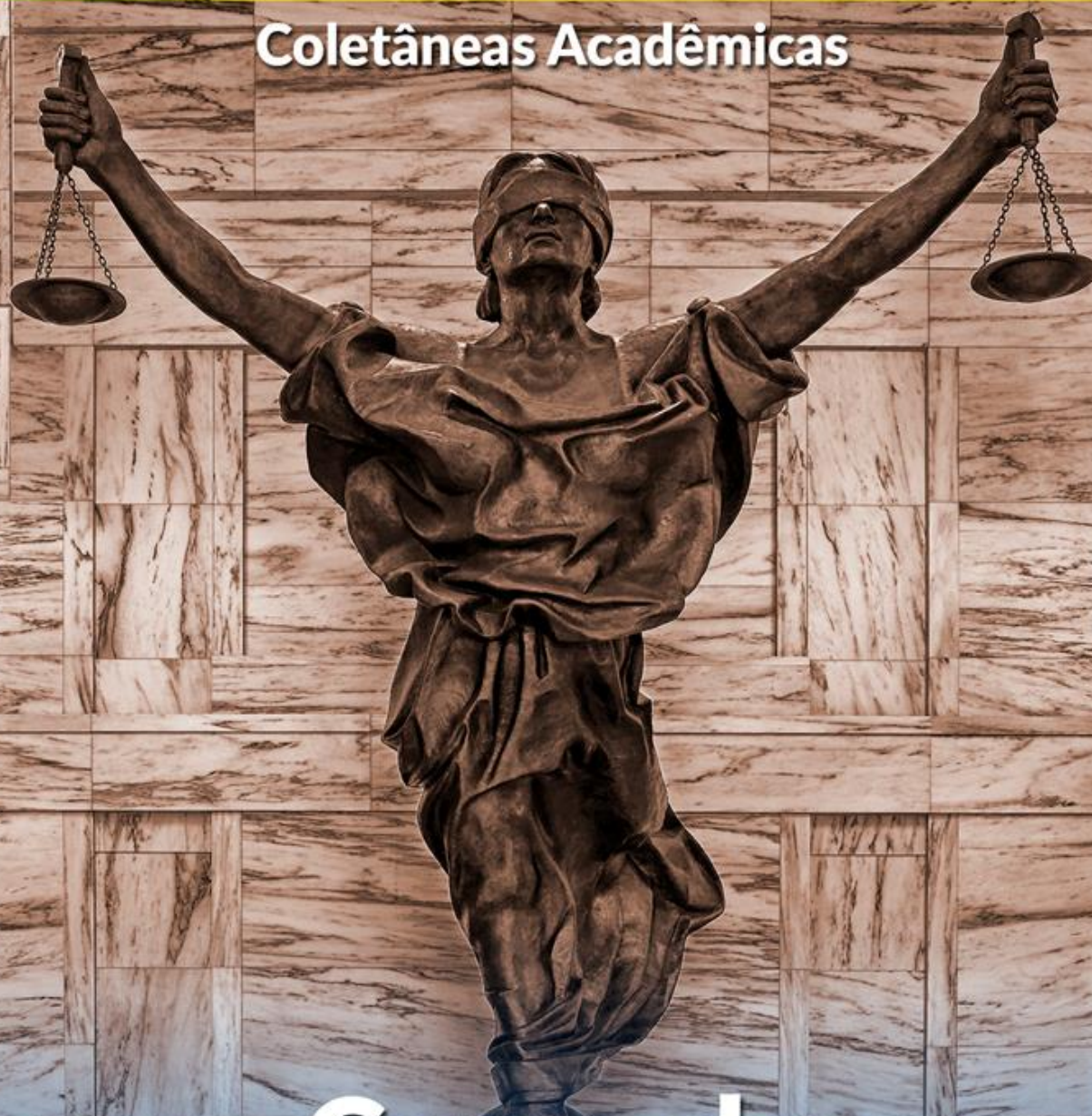


Coletâneas Acadêmicas



Curso de **Direito**

Organizadores
Daniel Machado Gomes
Maria Paulina Gomes

Editora
FACHA

Volume 1

FACULDADES INTEGRADAS HÉLIO ALONSO

CURSO DE DIREITO

**Coletâneas Acadêmicas:
Curso de Direito**

DANIEL MACHADO GOMES

MARIA PAULINA GOMES

(ORGANIZADORES)

2017



RIO DE JANEIRO

Direção Geral

Prof. Dr. Paulo César Martinez y Alonso

Vice-direção

Márcia Regina Alonso Pfisterer

Superintendência Financeira

Cláudia Alonso

Superintendência Administrativa

Andréia Alonso

Coordenação do Núcleo de Iniciação Científica e do Trabalho de Conclusão de Curso

Prof.^a Dr.^a Maria Paulina Gomes

Coordenação do Curso de Direito

Prof. Dr. Daniel Machado Gomes

FACHA EDITORA

Rua Muniz Barreto, 51- Botafogo
Rio de Janeiro - RJ CEP 22251-090

CONSELHO EDITORIAL*Presidência:*

Daniel Machado Gomes

Maria Paulina Gomes

Conselheiros:

Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte (TST, IESB, Brasília)

Desembargador Federal Aluísio Gonçalves de Castro Mendes (TRF2., UERJ, Rio de Janeiro)

Dr. Carmelo Máximo Lullis (UNICATT, Milão)

Dr. Eduardo Garcia Ribeiro Lopes Domingues (UNIRIO, Rio de Janeiro)

Dr. Eduardo Neiva (UAB, Birmingham)

Dr. Ivan Lima Gomes (UFG, Goiás)

Dr. Klever Paulo Leal Filpo (UCP, Petrópolis)

Dr. Marco Aurélio Gumieri Valério (USP, São Paulo)

Dr.^a Mônica Rector (UNC, Carolina do Norte)

Dr. Nivaldo dos Santos (UFG, Goiás)

Dr. Paulo Velten (UFES, Vitória)

Juiz Federal. Silvio César Arouck Gemaque (TRF3, USCS, São Caetano do Sul)

Dr.^a Verônica Lagassi (IBMEC, Rio de Janeiro)

Coletâneas Acadêmicas: Curso de Direito

GOMES, Daniel Machado (Org.)

GOMES, Maria Paulina (Org.)

1ª Edição Outubro de 2017

ISBN: 978-85-94438-00-3

Revisão: Maria Paulina Gomes

Editoração: Daniel Machado Gomes e Letícia Freitas Brazil Ramos

Capa: Alexandre Honorato Duarte Ferreira

Todos os direitos reservados.

É proibida a reprodução deste livro com fins comerciais sem prévia autorização da Facha Editora.

CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO-NA-FONTE
SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ

C694

Coletâneas acadêmicas: curso de Direito/ Daniel Machado Gomes,
Maria Paulina Gomes (organizadores).- Rio de Janeiro : FACHA,
c2017.
p.;

ISBN 978-85-94438-00-3

1. Direito - Coletânea. I. Gomes, Daniel Machado. II. Gomes, Maria
Paulina. III. Título.

CDD: 340

Sumário

APRESENTAÇÃO	1
A SOMBRA DA INOCÊNCIA: O PSICOPATA E SEU LUGAR JURÍDICO, Kícia Maria Cunha de Carvalho.....	5
SEGURANÇA PÚBLICA: DROGAS E O TRÁFICO DE ENTORPECENTES NO RIO DE JANEIRO DO SÉCULO XXI, Hugo Leonardo Alves de Lima Martins.....	29
O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO E AS DIVERGÊNCIAS ACERCA DA SUA (IN) CONSTITUCIONALIDADE , Marcio Daniel Prado Lopes	85
CONTROLE JUDICIAL NA SAÚDE PÚBLICA, Andressa Rodrigues Machado Tayt-son ..	104
A INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS DAS PESSOAS MAIORES DE 70 ANOS, Jiselly Souza Cerminaro	131
O CONFLITO ENTRE DIREITO AO ESQUECIMENTO E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E INFORMAÇÃO, Fernanda Paiva Cantero	154
COMENTÁRIOS ÀS HIPÓTESES DE COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA DIRETAMENTE PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, Tamirys da Costa Onofre	177
A PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL E AS EXCEÇÕES AO DIREITO DE EXCLUSÃO, Thiago Guimarães Martins	198
O DESCUMPRIMENTO DO PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA NO ORDENAMENTO LEGAL BRASILEIRO, Fabianne Fernandes dos Santos	215
A PERMISSÃO PARA INTERRUPTÃO DA GESTAÇÃO DE FETOS ANENCÉFALOS E PORTADORES DE MICROCEFALIA: Caracterização, diferenças, tentativas de normatização, tipicidade e desconsideração da prática criminal , à luz das decisões emanadas pelo Supremo Tribunal Federal – STF, Maria Carla Britto de Castro Lima	248

APRESENTAÇÃO

O ano de 2017 marca o início de uma nova fase na vida acadêmica da FACHA devido ao surgimento da sua editora institucional que tem o objetivo de divulgar a produção intelectual discente e docente. Através de publicações eletrônicas na forma de e-books, a FACHA Editora espera contribuir para a democratização do acesso ao conhecimento, cumprindo a missão institucional de promover o ser humano e combater as desigualdades.

Neste sentido, o curso de Direito toma a iniciativa pioneira de publicar *Coletâneas Acadêmicas*, obra organizada pela Profa. Dra. Maria Paulina Gomes e pelo Prof. Dr. Daniel Machado Gomes, que reúne os melhores Trabalhos de Conclusão de Curso (TCC) dos anos de 2015 e de 2016. Foram escolhidos dez textos que obtiveram a indicação de publicação ou que receberam a nota máxima atribuída pela banca de avaliação. Trata-se, portanto, de produção intelectual discente que abrange as mais diferentes questões jurídicas apresentadas originalmente na forma de monografias e de artigos científicos.

O primeiro artigo da coletânea é *Na Sombra da Inocência: O Psicopata e seu Lugar Jurídico*, que foi apresentado por Kícia Maria Cunha de Carvalho, tendo sido orientado pela Prof^a Ms Carolina Maria de Aquino Médici. O texto analisa a forma como os psicopatas são punidos e se essa punição é a mais adequada. Para tanto, a autora se vale de fontes da Criminologia como Cesare Lombroso, Enrico Ferri e Raffaele Garófalo, também se analisa a Psicologia Criminal de Robert Hare, além de uma pesquisa documental com o Código Penal brasileiro e outras leis esparsas. Conclui-se que os psicopatas são incompreendidos e temidos pois a sociedade percebe o psicopata como um monstro que deve ser excluído do convívio social.

O segundo artigo do livro é *Segurança Pública: Drogas e o Tráfico de Entorpecentes no Rio de Janeiro do Século XXI*, escrito por Hugo Leonardo Alves de Lima Martins sob a orientação da Profa. Dra. Maria Paulina Gomes. O texto busca identificar as medidas adotadas pelas autoridades para o combate do aumento dos disque-drogas, verificando a influência das UPP's no aumento dessa modalidade de tráfico e apurando a viabilidade de uma eventual liberação na venda e consumo de pequenas quantidades de drogas. O texto descreve a ação de traficantes (*dealers*) que vendem e entregam as drogas diretamente aos consumidores por outros meios como o telefone e as redes sociais. O trabalho busca soluções alternativas ao problema dos disque drogas como a liberação da venda e consumo de pequenas quantidades de entorpecentes, tal qual ocorre em outros países. Além da pesquisa teórica, o autor também fez pesquisa de campo

com usuários e ex usuários do sistema de disque drogas, sendo o foco do estudo as drogas mais utilizadas pela classe média e alta.

O Regime Disciplinar Diferenciado e as Divergências Acerca da sua (In) Constitucionalidade é o nome do artigo escrito por Marcio Daniel Prado Lopes com a orientação da Prof^a Ms Carolina Maria de Aquino Médici. Com base nos princípios constitucionais, o texto analisa a finalidade da pena para demonstrar a inconstitucionalidade do instituto em exame. O tema é de suma relevância para o mundo jurídico, haja vista que o sistema prisional brasileiro é notoriamente falido, desumano e degradante. A implementação do Regime Disciplinar Diferenciado visa acabar com a influência dos presos mais perigosos sobre presos comuns, segregando-os, mas sem a preocupação necessária de respeitar os princípios da Constituição Federal, o que torna muito relevante e discutível a matéria estudada pelo autor.

Controle Judicial na Saúde Pública é o título do artigo produzido por Andressa Rodrigues Machado Tayt-son, com a orientação do Professor Ms. Cristiano Vecchi. O trabalho versa sobre o crescente envolvimento do Poder Judiciário nas políticas públicas de saúde, reflexo da insuficiência de ações do Estado neste campo. Diante de tal cenário, o cidadão brasileiro passou a buscar no Judiciário o acesso aos direitos fundamentais que lhe foram violados. O autor trata da interpretação e da aplicação dos direitos fundamentais, bem como a efetivação das políticas públicas de saúde no Brasil. O texto também discute contrapontos entre a judicialização da política e o ativismo judicial, perpassando por questões como o mínimo existencial e a reserva do possível. Por fim, o autor destaca as posições dos Tribunais Superiores na defesa da vida nos casos em que o SUS não oferece medicamentos ou tratamentos adequados.

Com a orientação do Prof. Dr. Eduardo Garcia Ribeiro Lopes Domingues, a autora Jiselly Souza Cerminaro escreveu o artigo *A Inconstitucionalidade do Regime de Separação Obrigatória de Bens das Pessoas Maiores de 70 anos* que analisa o artigo 1.641, II do Código Civil. A norma em questão fixa o regime de separação obrigatória dos bens para qualquer casamento celebrado por quem tenha mais de 70 anos. A autora defende a possibilidade de se arguir a constitucionalidade do artigo do Código Civil em nome da dignidade da pessoa humana. Assim, o estudo aborda justificativas doutrinárias para a inconstitucionalidade, apresenta os princípios constitucionais relacionados à matéria, demonstrando que existem argumentos favoráveis e contrários à validade da norma.

O Conflito entre Direito ao Esquecimento e a Liberdade de Expressão e Informação é o título do texto escrito por Fernanda Paiva Cantero com a orientação do Prof. Ms. Cristiano Brandão Vecchi, para abordar a antinomia entre direitos e liberdades

fundamentais que tutelam a memória e a liberdade de expressão/informação. A autora busca encontrar formas de solucionar o conflito através das normas constitucionais e da jurisprudência, demonstrando que a técnica da ponderação é um meio de solucionar este tipo de choque entre direitos. O texto se propõe a estabelecer critérios balizadores mais práticos e diretos para solucionar o referido embate, que levem em consideração a proteção específica da memória individual. A autora analisa a possibilidade de, com as normas em vigor, encontrar este equilíbrio e assegurar a proteção à memória individual.

Tamirys da Costa Onofre escreveu *Comentários às Hipóteses de Compensação Tributária Diretamente Previstas na Constituição Federal*, sob a orientação do Prof. Ms. André Brugni Aguiar. O texto aponta o problema da morosidade do sistema de pagamento por precatório pela Fazenda Pública e trata das Emendas Constitucionais nº 30/2000 e nº 62/2009 que possibilitaram ao sujeito passivo da relação jurídica tributária compensar o débito tributário com precatórios. As Emendas também instituíram uma espécie de direito de autoexecutoriedade de *compensatio* por iniciativa do ente tributante. Desta forma, o artigo aborda as principais alterações introduzidas pelas Emendas Constitucionais em comento, a constitucionalidade dos regimes instituídos, a necessidade de norma que regulamente a utilização de precatórios alimentares, a limitação temporal de sua aplicação e a compensação entre Entes Públicos diversos.

Thiago Guimarães Martins escreveu o artigo *A Prova Ilícita no Processo Penal e as Exceções ao Direito de Exclusão* sob a orientação da Profª Ms Carolina Maria de Aquino Médiçi. O texto analisa a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada que proíbe a utilização da prova ilícita e das provas derivadas dela no processo penal. O autor aponta a vedação constitucional às provas obtidas por meios ilícitos e também indica teorias que relativizam esta proibição com base no princípio da proporcionalidade. Muitas dessas teorias derivam do direito norte-americano e são adaptadas ao direito brasileiro. Por fim, o autor trata de casos de admissibilidade das provas ilícitas que são hipóteses de exceção do direito de exclusão.

O Descumprimento do Princípio da Capacidade Contributiva no Ordenamento Legal Brasileiro é o nome do trabalho escrito por Fabianne Fernandes dos Santos, sob a orientação do Professor Ms. André Brugni. O texto trata de questões jurídicas relevantes a respeito do descumprimento do princípio da capacidade contributiva à luz do Direitos Tributário e do Direito Constitucional. A autora analisa os princípios da isonomia tributária e da dignidade da pessoa humana, demonstrando que a sociedade em geral anseia por uma reforma que diminua a carga tributária e aumente o acesso aos serviços essenciais. Com isso, o texto contribui para uma reflexão ampla sobre o problema que favoreça a cidadania plena.

Maria Carla Britto de Castro Lima assina o trabalho intitulado *A Permissão para Interrupção da Gestação de Fetos Anencéfalos e Portadores de Microcefalia*, escrito sob a orientação da Prof^a Ms. Carolina Maria de Aquino Médici. O texto trata da atuação do Supremo Tribunal Federal nos casos de interrupção de gestação de fetos anencefálicos. A autora indaga a respeito das conexões entre as posições dos Ministros e suas visões ideológicas de mundo, examina as demandas atuais da sociedade em relação aos fetos com microcefalia e conclui que os membros do STF estão qualificados para efetivar as normas constitucionais através da atividade hermenêutica.

Enfim, todos os trabalhos resultam de pesquisas desenvolvidas entre os discentes e os docentes da FACHA sobre temas jurídicos da atualidade que proporcionam uma ampliação do olhar crítico e da sensibilidade humanística. Desejamos a todos uma boa leitura!

Daniel Machado Gomes
Coordenador do Curso de Direito

A SOMBRA DA INOCÊNCIA: O PSICOPATA E SEU LUGAR JURÍDICO¹,

Kícia Maria Cunha de Carvalho

1 INTRODUÇÃO

A sociedade entende que o psicopata tem que ser punido da mesma forma que causou um dano ou um sofrimento. O presente artigo tem o objetivo de investigar se os psicopatas podem ou não serem julgados. Afinal qual é a sua condição?

Em um primeiro momento, serão analisados os conceitos de psicopatia, sua evolução histórica e o seu perfil sob o enfoque da Criminologia, Psicologia Forense, Psiquiatria e do Direito Penal. Existe a falsa imagem que psicopatas são apenas assassinos. Psicopatas são estelionatários que prejudicam pessoas inocentes. São os “vampiros” de energia, dinheiro, vida e de ingenuidade.

Em seguida, expõe-se os princípios penais e seus diversos aspectos, classificações e aplicabilidade destes no ordenamento jurídico brasileiro. A validade dos princípios mesmo aqueles que não se encontram positivados.

Em continuidade, explica-se o conceito de crime, as teorias bipartida e tripartida e o lugar jurídico dos psicopatas. Como é difícil a avaliação da imputabilidade do psicopata e porque não há ainda consenso na nossa doutrina acerca do seu lugar. O “vazio” jurídico dos psicopatas.

O trabalho pretende contribuir para o entendimento a respeito desse problema que, cada vez mais, é discutido nos tribunais e vem aumentando gradativamente na sociedade. Perante a controvérsia, se o psicopata deve ou não ser julgado, por alguns não entendem se ele é ou não inimputável.

A psicopatia é quase sempre relacionada a personagens de ficção que cometem os crimes mais bárbaros. Mas há vários tipos de personalidade psicopata. Nem todos são violentos, podendo ser estelionatários, histéricos, narcisistas entre outros. O que há em comum é o desrespeito do psicopata pelo outro, pelas regras e pela sociedade de forma geral. Sem emoção e sem culpa são as melhores características para descrevê-los.

¹ Artigo Científico apresentado ao Curso de Graduação em Direito das Faculdades Integradas Hélio Alonso, como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação da Prof^ª Ms Carolina Maria de Aquino Medici.

É importante que o leitor dispense-se de preconceitos, rotulações e estereótipos impostos pela sociedade para ter uma visão do que seja o psicopata e o seu mundo. Somente com essa imparcialidade que se cria condições de fazer um julgamento mais preciso sobre a situação dos portadores desse transtorno de personalidade.

2 PSICOPATAS, SEU AMBIENTE E SEUS CRIMES

2.1 Psicopatia: O Conceito

O Dicionário de Psicologia faz uma perfeita apresentação do perfil comportamental dos portadores de psicopatia:

O psicopata (ou sociopata) é um indivíduo impulsivo, irresponsável, hedonista, “bidimensional”, carente de capacidade de experimentar os componentes emocionais normais do comportamento interpessoal, como por exemplo, a culpa, arrependimento, empatia, afeição, interesse autêntico pelo bem-estar de outrem. Embora muitas vezes possa imitar emoções normais e simular apegos afetivos, suas relações sociais e sexuais com outras pessoas continuam superficiais e exigentes. Sua capacidade de juízo é limitada; ele parece incapaz de adiar a satisfação de necessidades momentâneas, não importando as consequências para si e para os outros. Ele cria com frequência uma rede complicada e contraditória de mentiras e racionalizações, ligadas a explicações teatrais e às vezes convincentes, expressões de remorso e de promessas de mudança. São agressivos, em sua maioria, mas outros são típicos parasitas ou manipuladores passivos, que se fiam em confusões e loquacidade, e em sua aparência de desamparo para conseguir o que desejam².

Inicialmente, a definição e o estudo da psicopatia estiveram associados a populações de prisioneiros e pacientes de manicômios judiciários. O conceito de psicopatia surgiu dentro da Medicina Legal, quando médicos se depararam com o fato de que muitos criminosos agressivos e cruéis não apresentavam os sinais clássicos de insanidade. Descrições desses pacientes e tentativas de criar categorias nosográficas adequadas aos mesmos são consideradas pela literatura o momento inicial da chamada tradição clínica de estudo da psicopatia³.

O trabalho do médico francês Phillippe Pinel é considerado pioneiro por apresentar as primeiras descrições científicas de padrões comportamentais e afetivos que se aproximam do que hoje é denominado de psicopatia. Por volta de 1801, Pinel cunhou o termo “mania sem delírio” para descrever o quadro de alguns pacientes que, embora se envolvessem em comportamentos de extrema violência para com outros ou para consigo

² MARTINS, Waldemar Valle. **Dicionário de Psicologia**. São Paulo: Loyola, 1994, p. 167.

³ HARE, R. D.; NEUMANN, C. S. **Psychopathy as a clinical and empirical construct**. *Annual Review of Clinical Psychology*, n.4, p. 217-246. 2008.

mesmos, tinham um perfeito entendimento do caráter irracional de suas ações e não podiam ser considerados delirantes⁴.

Dados históricos atribuem a Pinel, que é considerado o Pai da Psiquiatria, as primeiras descrições da síndrome conhecida como psicopatia. Uma das principais atitudes que Pinel teve foi separar os doentes mentais dos demais marginalizados, isolando estes doentes para realizar o tratamento. Isso demonstrou que havia diferença entre doente e não doente, diferente do que se podia pensar antes, quando todos os enclausurados tinham os mesmos adjetivos e eram aglomerados no mesmo espaço⁵. O diagnóstico da “mania sem delírio” (*manie sans delire*) compreendia a hipótese de o indivíduo não controlar suas emoções (déficit no controle afetivo), opondo-se a qualquer déficit na razão ou no entendimento.

Psicopatas nascem psicopatas. A CID (Classificação Internacional de Doenças) que é publicada pela OMS (Organização Mundial da Saúde) é usada mundialmente em Medicina, para classificar e diagnosticar doenças. Atualmente em sua décima edição, conhecida como CID-10, a psicopatia é denominada por Transtorno de Personalidade Dissocial (para o DSM-IV - Manual de Diagnóstico e Estatística dos Transtornos Mentais, da Associação Americana de Psiquiatria – EUA - trata-se de Transtorno de Personalidade Antissocial).

Trata-se de um diagnóstico difícil, pois a capacidade de dissimulação do psicopata dificulta uma identificação. Psicopatia é a designação atribuída para um indivíduo portador de uma desordem de personalidade, caracterizada em parte por um comportamento antissocial, pela diminuição da capacidade de empatia/remorso e pelo baixo controle comportamental⁶. O traço de personalidade que melhor define um psicopata é a ausência de culpa. O psicopata passa por cima de tudo e de qualquer um, para alcançar seus objetivos.

O CREMERJ, em seu Parecer N. 05/1990 reafirma a posição de que os distúrbios de personalidade (personalidades psicopáticas) não se constituem em doenças mentais, classificando-se entre os transtornos da estrutura da personalidade, um transtorno do caráter que é imutável e incurável⁷.

⁴ HAUCK Filho, Nelson; TEIXEIRA, Marco Antônio; DIAS, Ana Cristina Garcia. **Psicopatia: o construto e sua avaliação**. Avaliação Psicológica. v.8, n.3. Porto Alegre, dez. 2009.

⁵ ABREU, Michele O. **Da Imputabilidade do Psicopata**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 13.

⁶ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE (Coord.). **Classificação dos Transtornos Mentais e do Comportamento da CID-10: descrições clínicas e diretrizes diagnósticas**. Porto Alegre: ArtMed, 1993.

⁷ CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Parecer motivado por consulta sobre distúrbios de personalidade (psicopatia); se estes são ou não caracterizados como doença ou enfermidade. **Parecer CREMERJ N.05 de 22 de janeiro de 1990**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/pareceres/crmrj/pareceres/1990/5_1990.htm>. Acesso em: 17 set. 2015.

Portanto, por se tratar de um padrão de comportamento, os transtornos de personalidade não se tratam de doença mental, para a qual exista uma cura definida. Os indivíduos portadores desse transtorno são extremamente envolventes e inteligentes e se utilizam de ardis para enganar e atrair suas vítimas. Hervey Cleckley, em 1941, tornou-se o principal autor a escrever sobre a psicopatia, com o livro “The Mask of Sanity”. Ele esclarece que os psicopatas não são necessariamente criminosos. São indivíduos que possuem determinadas características (falta de sentimento de culpa, impulsividade, emoções superficiais, charme superficial, etc.), podendo ser qualquer indivíduo, podendo assumir qualquer profissão como executivo, cientista, advogado e até um psiquiatra⁸.

Segundo critério criado por Robert Hare⁹ os psicopatas não possuem qualquer tipo de remorso ou empatia por suas vítimas e, tampouco, se importam com as consequências danosas que advêm de seus atos. Para ele a única característica inconfundível de um psicopata é, exatamente, “a falta de emoções, da capacidade de se colocar no lugar de outra pessoa para, pelo menos, imaginar seu sofrimento”.

Algumas características comuns aos psicopatas são: enurese em idade avançada, abuso sádico de animais ou de outras crianças, destruição de propriedade, piromania¹⁰, masturbação compulsiva, isolamento social e familiar, mitomania (ou mentira patológica), acesso de raiva exagerado, problemas de sono, fobias, dores de cabeça constantes, possessividade destrutiva¹¹. O psicopata desumaniza e “coisifica” a vítima. Uma vez que a vítima perde seu valor, o psicopata comete seu ato, seu desejo, por mais atroz que seja, de maneira precisa, violenta e sem remorso algum¹².

A psicopatia está na zona fronteira entre a sanidade mental e a loucura, onde os instrumentos legais disponíveis mostram-se ineficientes, tanto para a proteção da sociedade, como para a própria garantia dos psicopatas. Por essa razão, deve-se buscar alternativas dentro do arcabouço legal para, de um lado, não violar as liberdades e os direitos constitucionalmente assegurados a todos e, de outro, não deixar a sociedade refém de pessoas incontroláveis nas suas ações, que tendem à recorrência criminosa. Mas é bom lembrar que nem sempre a loucura leva ao crime. Todo serial killer é um psicopata, mas nem todo psicopata é um serial killer¹³.

⁸ TRINDADE, Jorge; BEHEREGARAY, Andréa; CUNEO, Mônica Rodrigues. **Psicopatia: a máscara da justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p.59.

⁹ HARE, R. D.; NEUMANN, C. S. op. cit., p. 218.

¹⁰ A piromania é um transtorno de controle de impulso, uma doença que consiste em obter satisfação através da provocação de incêndios e contemplar suas consequências. Ocorre com mais frequência em homens do que em mulheres, fundamentalmente, durante a adolescência.

¹¹ CASOY, Ilana. **Serial Killers: Louco ou Cruel?** Rio de Janeiro, DarkSide Books, 2014, p. 25.

¹² TENDLARZ, Silvia Elena; GARCIA, Carlos Dante. **A Quem o Assassino mata?: o serial killer à luz da criminologia e da psicanálise**. São Paulo: Atheneu, 2013.

¹³ CASOY, op. cit, p. 34.

2.2 O *Modus Operandi* Psicopata

Casoy¹⁴ pesquisou ao longo de dez anos o comportamento psicopata, trabalhando junto à polícia do Estado de São Paulo, fazendo perfil de criminosos, e diz que hoje existe um interesse dominante centrado em descobrir e provar a autoria do crime. Se o autor do fato tinha ou não consciência dos atos praticados no momento do crime fica como um duelo entre defesa e acusação.

No caso dos psicopatas pode-se verificar que tais indivíduos sofrem de um déficit emocional, falta de afetividade e ausência de empatia. Esses sentimentos são cruciais para a formação do chamado “juízo moral”, que utiliza a razão e a emoção para discernir o certo do errado. Muitos possuem charme, manipulam e conquistam diversas pessoas.

Para Jean Piaget¹⁵, os valores morais, os princípios e normas morais são construídos a partir da interação do sujeito com os diversos ambientes sociais, sendo desenvolvido durante a convivência diária, primeiramente com a família e depois com a sociedade. Os valores morais passam por etapas de desenvolvimento. Um primeiro aspecto desse desenvolvimento moral é a aprendizagem de comportamentos morais: a pessoa aprende a se comportar de acordo com determinadas regras morais, que internalizou por meio de sua educação e do contato com os diferentes ambientes em que viveu. Um segundo aspecto diz respeito ao julgamento moral, ou seja, como as pessoas avaliam os atos umas das outras, como determinam se uma ação é correta ou errada. E o último aspecto é o chamado sentimento moral, ou seja, como o indivíduo se sente quando age de forma considerada correta ou errada — se sente ou não culpa ou remorso por suas ações de acordo com seus princípios. Os psicopatas recebem essas informações, mas não sentem culpa ou remorso, apesar de compreenderem o aspecto moral de seus atos. Sua vítima não passa de um objeto para que ele satisfaça suas compulsões e fantasias.

Robert Hare acrescenta que um psicopata procura entrar na mente das pessoas até tenta imaginar o que elas pensam, mas nunca conseguirá chegar a entender como elas se sentem. Demonstrou-se, inclusive, que um psicopata pode chegar a se relacionar social ou intelectualmente, mas sempre vendo as pessoas como objetos, isto é, retiram do outro seus atributos de pessoa para considerá-lo como coisa¹⁶.

Para o psicopata, a fantasia é compulsiva e complexa. Acaba se transformando no centro do seu comportamento, ao invés de ser uma distração mental, como é para os indivíduos normais. O crime é a fantasia concretizada do criminoso, planejada e executada para a sua satisfação. A vítima não é um ser humano, com sentimentos,

¹⁴ CASOY, op. cit. p. 14.

¹⁵ PIAGET, Jean. **O Juízo Moral na Criança**. 4ed. São Paulo: Summus, 1994.

¹⁶ HARE, R. D.; NEUMANN, C. S. op. cit., p. 225.

subjetividade, família, desejos e sonhos. A vítima é um elemento, um objeto que torna a sua fantasia real. Nessa concretização da fantasia, o criminoso faz a vítima se transformar em um objeto, saciando sua necessidade de controle, que muitas vezes, ele não tem condição de realizar sem o crime, apenas no campo da fantasia como os neuróticos.

A sua personalidade dissociada não consegue realizar sem violência o controle que ele tanto deseja. Muitos têm pensamentos megalomaniacos acreditando ter o controle divino em suas mãos. Na realidade isso acaba ocorrendo no momento do crime, onde o psicopata tem, realmente, o poder de vida e morte. Esse poder e controle trazem satisfação. E esse momento será revivido a cada novo delito. Muitos psicopatas vivem apenas no mundo da fantasia; mas quando fantasiar não satisfaz mais, o psicopata começa a transgredir, cometendo estupros, homicídios, estelionatos, tortura, entre outras condutas ilícitas. A necessidade de controle pode ser observada desde a escolha da vítima, local, procedimento, instrumento, meio e o “descarte” da vítima. Mas essa característica encontra-se mais em psicopatas organizados.

Cada crime é uma repetição ou encenação de sua fantasia. O momento do crime pode ser filmado ou fotografado, para que o psicopata possa guardar uma lembrança da vítima ou, até mesmo, uma parte do corpo desta, que servirá também para reviver tal momento ou a título de troféu.

Hare desenvolveu um Teste de Psicopatia verificando que entre 1 e 3% das pessoas são incapazes de seguir voluntariamente regras sociais. E, com o raciocínio intacto, são capazes de maquinar quaisquer maldades para satisfazer seus desejos. As causas que se encontraram na conduta psicopática indicam que, por serem indivíduos relativamente insensíveis à dor física, quase nunca adquirem medos condicionados, tais como o medo da desaprovação social ou da humilhação, medo de que restrinjam suas más ações, medos esses que dariam a esses indivíduos um senso do bem e do mal. Os seres humanos, de forma geral, têm a necessidade de rotular as pessoas e as situações¹⁷.

2.3 Criminologia: Escola Positivista

Criminologia é uma ciência empírica, um conjunto de conhecimentos que se ocupa do crime, da criminalidade e suas causas, da vítima, do controle social, do ato criminoso, impunidade, da cifra negra¹⁸, bem como a personalidade do criminoso e as possibilidades de ressocialização. A criminologia surge no fim do século XIX, marcado pelo

¹⁷ WERNECK, Alexandre. Teoria da Rotulação. In: LIMA, Renato; RATTON, José Luiz; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. **Crime, Polícia e Justiça no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2014. p. 106.

¹⁸ SUMARIVA, Paulo. **Criminologia: Teoria e Prática**: Conceito, Objeto e Método em Criminologia. Rio de Janeiro: Impetus, 2014, p. 2. **Cifra Negra** é a diferença existente entre a criminalidade real e a criminalidade registrada pelos órgãos públicos. Também conhecida como zona escura, *dark number* ou *ciffre noir*.

cientificismo e pelo organicismo trazendo a explicação científica para a criminalidade. Sob a ótica de Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, a “criminologia é a disciplina que estuda a questão criminal do ponto de vista biopsicossocial, ou seja, integra-se com as ciências da conduta aplicadas às condutas criminais”¹⁹. Existem diversas escolas dentro da criminologia. Cesare Lombroso é considerado o marco da Escola Positivista.

A Escola Positivista, fundada por Cesare Lombroso, que em 1876 publicou *L’Uomo Delinquente*, representando o nascimento da criminologia científica, segundo métodos e os instrumentos das ciências. Houve uma mudança na visão da criminologia pois a escola positivista deixa de lado a figura do crime, adotando no núcleo de sua pesquisa o delinquente. Agora a figura do criminoso se assemelha a um doente e como tal deve ser tratado. O método positivista era a investigação experimental indutiva.

Lombroso apud Anitua²⁰ analisa a anomalia individual do autor do comportamento delinquencial como explicação universal da “criminologia”. O objeto de estudo da criminologia para os positivistas é o comportamento singular e desviado, que deveria ter uma base patológica no próprio indivíduo que o adotou. Lombroso entende que o “homem delinquente” é como se fosse um ente diferenciado, como outra “raça” em tudo diferente da dos seres humanos normais.

O crime, na visão positivista, era visto como um fato humano e social, devendo-se investigar os motivos do porquê de cada indivíduo delinquir para uma política de prevenção. Lombroso é considerado fundador da Antropologia Criminal, e sustenta ser primordial que os estudos das medidas e proporções do organismo humano para fins de estatística e comparação, entre delinquentes e indivíduos saudáveis²¹. Algumas das teses lombrosianas seria a de que os criminosos natos seriam seres fisicamente mal terminados e diferentes dos demais indivíduos. O criminoso nato²² é menos civilizado que seus contemporâneos e o crime é um fenômeno biológico e não um ente jurídico. Segundo Lombroso, a distinção entre louco e criminoso é de quantidade, de grau na regressão atávica e não de qualidade.

O comportamento criminoso era determinado por leis naturais ou sociais invariáveis, o que impõe a crença no crime substancializado como algo intrinsecamente

¹⁹ SUMARIVA, op. cit., p. 5.

²⁰ ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias do Pensamento Criminológico**. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 297.

²¹ SUMARIVA, op. cit., p. 23.

²² VIANA, Eduardo. **Criminologia**. 2 ed. Salvador: Editora JusPodium, 2014, p. 44. Atavismo - Biologia-genética: Reaparecimento, em um descendente, de uma característica não presente em seus ascendentes imediatos, mas sim em remotos. Termo figurativamente usado na antropologia- social e na etnologia, que significa o apego excessivo aos ancestrais da raça, ou mais precisamente aos valores hereditários da cultura tribal.

mau e na aceitação do criminoso como um ser necessariamente diferente do cidadão normal. Por conseguinte, o crime é sempre resultante de fatores que não deixam outra alternativa de comportamento²³. O crime é a expressão de uma degeneração orgânica ou moral, associada, em alguns casos, a influências da estrutura social. A verdade científica, neutra e objetiva, é o alicerce do juízo de periculosidade.

Os lombrosianos criticam o excesso de individualismo e do livre-arbítrio, pois sua convicção era que alguns estão predestinados a serem criminosos, em razão da herança genética ou moral, podendo ser potencializado pelas condições sociais a que são submetidos.

Enrico Ferri foi o mais voltado para a Sociologia Criminal da Escola Positivista. Sua posição era a favor de um enfoque mais sociológico do delito, onde a responsabilidade penal derivaria do mero fato social, resultado da vida em sociedade. Na sua concepção social não há importância o fato do delinquente ser ou não doente, ele será responsável pelo ato ilícito cometido, pois a sociedade deve defender-se do delito praticado. Para ele não haveria diferenciação entre imputáveis e inimputáveis, substituindo a culpabilidade pela periculosidade, que seria a relevante possibilidade de tornar-se autor de um delito²⁴. Ferri negava o livre arbítrio, apresentando a teoria da responsabilidade social, porque defendia que o homem só é responsável porque vive em sociedade. Se o homem não é livre, também não o é o Estado, na sua necessidade de coibir penalmente os delitos, para a defesa do direito e da sociedade. Essa concepção confrontava diretamente a tese de Lombroso.

Para Ferri, o delito é um fenômeno social, e é preciso estudá-lo no delinquente. Nesta perspectiva, a doutrina da individualização do crime é sustentada pelo positivismo penal. O psicopata não se importa com as consequências dos seus atos. Seu comportamento violento, emocionalmente desapegado, arrogante, destemido e audacioso, pode despertar uma impressão de coragem, mas na realidade transmite que o psicopata sente uma imensa emoção no ato de cometer delitos²⁵.

Conforme sustenta o pensamento de Ferri, o psicopata tem que ser responsabilizado pelos seus atos, pois a sociedade deve se defender desse tipo de comportamento. O psicopata tem uma personalidade antissocial acompanhada por um total desprezo aos direitos e sentimentos alheios, e age em oposição às regras sociais. No que se refere à classificação de criminosos de Ferri, o psicopata se encaixaria no tipo instintivo de

²³ CARVALHO, Thiago Fabres de. **Criminologia, (In)visibilidade, Reconhecimento**: O controle penal da subcidadania no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

²⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: V.1 - Parte Geral. 7 ed. rev e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 259.

²⁵ TRINDADE; BEHEREGARAY; CUNEO, op. cit., p.62.

criminoso, com seus estigmas de degeneração, e tendo como traço característico nessa modalidade de delinquente a completa atrofia do senso moral.

Ferri os classifica como os de maior periculosidade, devido a suas condições de anormalidade fisiopsíquica. Neles encontramos a tendência para cometer qualquer delito, frequentemente com ferocidade anti-humana²⁶. Os psicopatas são extremamente destrutivos em suas relações sociais e pessoais, tendo uma conduta predatória, transformando-se assim no maior inimigo do ser humano²⁷.

3 PRINCÍPIOS PENAIS

Princípios são preceitos, regras, critérios maiores, que muitas vezes não são escritos, mas estão presentes no Direito. Welzel apud Toledo conceitua que Direito Penal é a parte do ordenamento jurídico que fixa as características da ação criminosa, vinculando-lhe penas ou medidas de segurança. Com sentido mais específico é o conjunto de normas jurídicas que regulam o exercício do poder punitivo do Estado, associando ao delito, como pressuposto, a pena como consequência²⁸.

Embora nosso direito seja estruturado em um modelo positivo de justificação da intervenção penal, o garantismo jurídico oferece importantes instrumentos para modelar uma dogmática das penas e das medidas de segurança orientada à limitação e ao controle do poder punitivo, ou seja, para a tutela das pessoas contra o exercício das violências (pública ou privada)²⁹.

O estudo da mente criminosa sempre foi um importante tema discutido no Direito Penal. Entender as razões morais e as motivações que levam o indivíduo a cometer crimes, analisando sua personalidade e também a perspectiva social em que está inserido é de suma importância para a aplicação da lei penal ao caso concreto. Os magistrados necessitam de tal avaliação para que possam, conjuntamente com outros indícios e provas, absolver ou condenar, fixar pena adequada e proporcional ou então aplicar medida de segurança. Por estas razões, a Psicologia Forense, a Criminologia e o próprio Direito Penal determinaram conceitos e elencaram elementos relevantes tanto para a área da Psicologia quanto do Direito, exatamente no intuito de fornecer o material importante para que se possa fazer uma análise do delinquente. Os princípios penais são uma ferramenta para a formação do entendimento jurídico da questão.

²⁶ SUMARIVA, op. cit., p. 41.

²⁷ TRINDADE; BEHEREGARAY; CUNEO, op. cit., p. 139.

²⁸ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 1.

²⁹ CARVALHO, Salo. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**. 2ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.251.

Na atmosfera penal, como em qualquer outro tipo de ordenamento jurídico, existem princípios. Conceitua Celso Antônio Bandeira de Mello³⁰ que princípios são juízos abstratos de valor que orientam a interpretação e a aplicação do Direito. Os princípios possuem um caráter de dever e de obrigação. Basta violar um princípio para que toda aquela conduta praticada esteja ilegal. Devido a este fato os princípios representam uma ordem, a qual deve ser acatada. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos.

Alguns princípios têm maior importância para o tema desse artigo, tais como, Intervenção Mínima, Legalidade, Lesividade, Adequação Social, Culpabilidade, Humanidade e Vulnerabilidade.

3.1 Princípio da Legalidade ou da Reserva Legal

O princípio da legalidade representa o primeiro e mais potente instrumento (ou primeira garantia) de controle dos atos dos poderes punitivos. O princípio da legalidade (*nullum crimen nulla poena sine lege*) assegura que ninguém poderá ser punido sem que uma lei diga que sua ação é um delito. A restrição legal trouxe consigo uma segurança jurídica de que o cidadão comum só está proibido de fazer se houver lei positivada desautorizando sua ação. No caso de infringir alguma lei, ele poderá ser punido pelo Estado. O Estado exercerá seu *jus puniendi*, acarretando uma sanção em forma de pena, multa ou medida de segurança dependendo de caso para caso.

Para Beccaris³¹ apenas as leis podem fixar as penas de cada delito e somente o legislador tem a autoridade de fazer as leis penais, uma vez que ele é o representante da sociedade. O magistrado que utilizar de seu poder para ser mais severo que do que a lei, está cometendo uma injustiça, pois a pena já está descrita em lei. O artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal de 1988 ancora o sistema jurídico brasileiro de crimes e de penas nesse princípio. No referido dispositivo, a Constituição vincula a existência do delito e a possibilidade da punição do ilícito à lei anterior.

É importante ressaltar que é proibida a retroatividade da lei penal, salvo em situação que beneficie o réu e que o princípio da legalidade só é válido para a lei escrita (*nullum crimen nulla poena sine lege scripta*), vedando a criação de crimes e penas através do costume. Toledo³² entende que se trata de um equívoco supor que o direito costumeiro esteja totalmente abolido do âmbito penal.

³⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 19 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005, p. 20.

³¹ BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. 3 ed. São Paulo: EDIJUR, 2015, p.18.

³² TOLEDO, op. cit., p. 24.

3.2 Princípio da Intervenção Mínima

O princípio da intervenção mínima sofreu influência desde Beccaria que preceituou que, se o Estado tentasse intervir nas relações privadas insignificantes, mesmo com o objetivo de prevenir crimes que delas possam resultar, o próprio Estado poderia criar novos delitos³³. O Estado só deve intervir como *ultima ratio*. Em casos de violação ou graves ataques a bens jurídicos, à ordem jurídica ou à paz pública. Esse princípio não se encontra positivado expressamente em nosso ordenamento.

Nesse princípio se relacionam duas características do direito penal: a fragmentariedade e a subsidiariedade. O caráter fragmentário encontra-se nas lacunas das leis penais e seus efeitos na proteção dos bens jurídicos. A subsidiariedade deriva da concepção de ser um “remédio sancionador extremo”. Segundo Navarrete apud Batista³⁴ a subsidiariedade só deve ser utilizada quando qualquer outro meio se revele ineficiente.

3.3 Princípio da Lesividade

Roxin apud Batista³⁵ diz que só pode ser castigado aquele comportamento que lesione direito de outras pessoas. Ao contrário senso disto está positivado no art. 28 da LEI 11.343/06 que:

Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal:

- I - advertência sobre os efeitos das drogas;
- II - prestação de serviços à comunidade;
- III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo³⁶.

A legislação em questão é um exemplo de autolesão, vedado pelo princípio da lesividade, tendo em vista que a lesão não ultrapassa a pessoa do autor do fato, não lesionando bem jurídico alheio. É necessário observar de outra forma. Anteriormente o usuário seria encarcerado. Hoje com a lei em vigor não há que se falar nem prisão em flagrante.

3.4 Princípio da Adequação Social

Welzel apud Grego³⁷ afirma que apesar de uma conduta social se submeter à lei,

³³ BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 12 ed. rev e atual. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

³⁴ BATISTA, op. cit., p. 84.

³⁵ BATISTA, op. cit., p. 89.

³⁶ BRASIL. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências.

³⁷ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. V. I. 13 ed. rev. ampl e atual. Rio de

não será considerada fato típico a conduta que for socialmente adequada ou reconhecida como aceitável. Esse é o princípio da adequação social, que embora seja um princípio aceito e difundido, jamais revogará um tipo penal positivado. Uma lei só será revogada por outra, em conformidade ao que leciona o art. 2º do Decreto-Lei nº 4.657/42, mais conhecido como Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).

3.5 Princípio da Culpabilidade

Toledo³⁸ ensina que o princípio da culpabilidade deve ser entendido como a exigência de um juízo de reprovação jurídica que se apoia sobre a crença de que ao homem é dada a possibilidade de, em certas circunstâncias, “agir de outro modo”, ou ter uma conduta diversa, quer dizer que não era impossível se ter outro comportamento, que não fosse ilícito. A reprovação quer dizer que o indivíduo fez a escolha pelo comportamento ilícito ao invés de outro. Ou seja, o autor do fato poderia ter evitado cometer ato ilícito e não o fez. É um juízo de reprovação sobre a manifestação de vontade do agente.

Precipualemente não há pena sem culpabilidade (*nulla poena sine culpa*) ou não há crime sem culpabilidade (*nullum crimen sine culpa*), dependendo da doutrina. Para a doutrina finalista, que adota uma concepção normativa (“censura da formação da vontade”) a censura de culpabilidade pressupõe a capacidade de culpa (imputabilidade), ou seja, que o agente tenha a idade mínima prevista na lei penal, no Brasil, dezoito anos, e que, além disso, possua saúde mental necessária para a compreensão do injusto. Para a outra concepção, a psicológica, a culpabilidade se esgota na ligação psíquica entre o agente e o seu fato. Pressuposto da culpabilidade seria a imputabilidade, o dolo ou a culpa *stricto sensu* seriam seus elementos. As suas excludentes estão elencadas nos artigos 26 e 27, do Código Penal:

Inimputáveis

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

Redução de pena

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

Menores de dezoito anos

Art. 27 - Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente

Janeiro: Impetus, 2011, p. 55.

³⁸ TOLEDO, op. cit., p. 86-87.

inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial³⁹.

No Brasil segue a teoria normativa para culpabilidade, portanto a culpabilidade constitui-se de um juízo de reprovação, que recai sobre o autor do fato típico e antijurídico, presente sempre que o agente for um imputável, puder compreender o caráter ilícito do fato, de acordo com o artigo 21, do Código Penal, e dele puder exigir conduta diversa da empregada (artigo 22, CP).

Portanto, os elementos necessários para o princípio da culpabilidade são: a consciência potencial da ilicitude (possibilidade, nas circunstâncias, de compreensão do injusto) e a exigibilidade de outra conduta (a capacidade de “poder evitar” aquele comportamento) e imputabilidade.

3.6 Princípio da Humanidade

A vedação de penas infamantes e cruéis representa uma das principais conquistas da reforma penal brasileira, com a explícita adesão aos princípios do liberalismo político⁴⁰. Montesquieu dizia que deve haver a justa proporção das penas aos crimes e Beccaria nos indicava a necessidade de utilizarmos ponderação nas penas impostas. Desde a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, retomada posteriormente pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos, diz que as penas devem ser proporcionais ao delito e devem também ser úteis à sociedade. Batista cita Zaffaroni ao dizer que a pena não pode desconhecer o réu enquanto pessoa humana⁴¹. Esse princípio encontra fundamento na Carta Magna de 1988 no art 5º, nos incisos III, XLVI e XLVII. A consolidação dos preceitos humanitários em matéria punitiva, positivada pelas Cartas de Direitos Humanos nos séculos XIX e XX, reflete-se no ordenamento jurídico atual.

Magalhães⁴² utilizando o pensamento de Luigi Ferrajoli sobre o garantismo penal diz que, um Estado que mata, que tortura, que humilha o cidadão não só perde qualquer legitimidade, senão que contradiz sua razão de ser, colocando-se ao nível dos mesmos delinquentes que estão sofrendo com a falta de dignidade da pessoa humana. Não estamos sob a égide da Lei de Talião onde o que reinava era a política do “olho por olho, dente por dente”. Temos que assegurar o bem estar físico e mental dos presos.

³⁹ BRASIL. Decreto-**Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal no Brasil.

⁴⁰ CARVALHO, op. cit., p. 264.

⁴¹ BATISTA, op. cit., p. 93.

⁴² MAGALHÃES, Vlamir Costa. **O Garantismo Penal Integral**: Enfim, uma proposta de revisão do fetiche individualista. Revista Seção Judiciária do Rio de Janeiro (SJRJ). Rio de Janeiro, vol 17, n. 29, dez, p. 185-199, 2010.

Os princípios de garantia contra os excessos punitivos aparecem na Constituição de 1988, em sua integralidade, direcionados à limitação das penas, através dos princípios da legalidade (art. 5º, inciso XXXIX), da irretroatividade (art. 5º, inciso XL), da pessoalidade (art. 5º, inciso XLV), da individualização (art. 5º, inciso XLVI) e o da humanidade (art. 5º, inciso XLVII). Ocorre que o sistema sancionatório não é configurado exclusivamente pelas penas aplicáveis aos imputáveis, mas é igualmente integrado pelas medidas de segurança e pelas medidas socioeducativas, respostas jurídicas aos inimputáveis etários (adolescentes em conflito com a lei) e psicológicos (portadores de transtorno mental) que praticam fato previsto como crime⁴³. Finalizando esse entendimento o princípio da humanidade, representado em sua dupla dimensão, da vedação da pena de morte e a proibição das penas desumanas e cruéis, é incorporado em todo ordenamento jurídico brasileiro.

3.7 Princípio da Vulnerabilidade

A teoria da vulnerabilidade, pensada por Zaffaroni⁴⁴, propõe a redução da culpabilidade (da responsabilidade penal) para as pessoas que têm as maiores chances de sofrer punições do direito penal. O que se pretende é apenas uma atenuante para aquele sujeito que cometeu o delito porque era desprovido de condições sócio-educacionais favoráveis, destituído de proteção familiar e com orientação cultural distorcida. A teoria da vulnerabilidade busca adequar a pena às condições pessoais do agente de forma contextualizada. Embora esse princípio encontre opositores, principalmente na sociedade brasileira atual, deve-se compreender as disparidades entre os indivíduos e suas realidades.

A vulnerabilidade seria esta ferramenta, para a compensação ou contenção do poder punitivo estatal e sua óbvia desigualdade, de classe, de raça e de pessoas. A vulnerabilidade do sujeito deve ser medida de acordo com as circunstâncias reais e fáticas, segundo as situações, motivações, personalidade, histórico social e comportamental, do autor do fato que se encontrava na situação de cometer ou não o ilícito penal. O objetivo desse princípio é uma tentativa de reestabelecer uma certa igualdade de condições de julgamento. Considera-se que as desigualdades têm um valor muito grande para o resultado do crime.

Portanto, esse princípio tem como fator primordial uma tentativa de contenção do poder punitivo estatal. A concepção vulnerabilidade proposta para o sistema penal envolve a adoção de uma linha de pensamento calcada efetivamente no princípio da

⁴³ CARVALHO, op. cit., p. 265.

⁴⁴ MAGALHÃES, op. cit., p. 190.

isonomia. Ela busca a igualdade substancial entre os cidadãos. Desta forma, sob o prisma do princípio da igualdade, pelo qual os desiguais devem ser tratados de maneira desigual, na medida de suas desigualdades, o sistema penal deve levar em consideração o contexto em que se deu a prática delitiva, a fim de promover uma verdadeira individualização da pena.

Assim sendo, o que busca o princípio da vulnerabilidade, idealizado por Zaffaroni é uma nova visão da circunstância da culpabilidade prevista no artigo 59 do Código Penal, com o objetivo de garantir a efetiva igualdade no sistema punitivo brasileiro, com a aferição da reprovabilidade baseada nas situações individuais de cada sujeito, sem que assim seja ferido o princípio da isonomia, mas proporcionando alternativas punitivas aos que não tiveram acesso às mesmas perspectivas e possibilidades ao longo da vida.

4 CASTIGO E A IMPUTABILIDADE DO PSICOPATA

A Lei de Introdução ao Código Penal brasileiro (Decreto-lei nº 3.914/41)⁴⁵ faz a seguinte definição de crime:

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

O crime, além de fenômeno social, é um episódio especial. Cada crime tem a sua história, a sua individualidade. O crime é um fato humano que lesa ou expõe a perigo bens jurídicos (jurídico-penalmente) protegidos⁴⁶. O conceito atribuído ao crime é doutrinário. De acordo com Guimarães⁴⁷ crime é:

Definido no sentido amplo, é a conduta humana que, por ação ou omissão, dolosa ou culposa, infringe norma legal. No sentido restrito é a infração a que a lei comina pena, que pode ser reclusão, detenção ou de multa, isolada ou cumulativamente. Crime é, sob tal perspectiva, todo ato punido com sanções penais, isto é, penas ou medida de segurança.

Von Liszt e Beling elaboraram o conceito clássico de delito, representado por um movimento corporal, a ação, que produz uma modificação no mundo exterior, que é o resultado dessa ação. Eles tratam o crime como uma estrutura simples, fundamentando-

⁴⁵ BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.914/41, de 09 de dezembro de 1941**. Institui a Lei de Introdução do Código Penal (decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940) e da Lei das Contravenções Penais (decreto-lei n. 3.688, de 3 de outubro de 1941).

⁴⁶ TOLEDO, op. cit., p. 80.

⁴⁷ GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário Técnico Jurídico**. Org. atual Guaracy Moreira Filho. 17 ed., São Paulo: Rideel, 2014, p. 260.

se o conceito de ação, eminentemente naturalístico, que vinculava a conduta ao nexo de causalidade, conforme foi descrito por BITENCOURT⁴⁸.

4.1 O Conceito Analítico de Crime

No que se refere ao conceito analítico de crime, Bitencourt⁴⁹ ensina que a elaboração do conceito começou com Carmignani (1833), embora encontre antecedentes em Deciano (1551) e Bohemero (1732). Para Carmignani, a ação delituosa seria composta do concurso de uma força física e de uma força moral. Na força física estaria a ação executora do dano material do delito, e na força moral seria a culpabilidade e o dano moral do delito. Essa foi a construção que levou ao sistema bipartido do conceito clássico de crime. Este conceito estava desprovido de verificações de ordem filosófica, sociológica ou psicológica, pois advém do positivismo jurídico.

A construção do conceito analítico do delito completou-se com a contribuição de Beling (1906) com a introdução do conceito de tipicidade. A partir desse elemento, passou-se a definir crime como a ação típica, antijurídica e culpável. Existem várias definições analíticas que têm sido propostas por importantes penalistas, mas a corrente mais aceitável é a que considera as três notas fundamentais do fato-crime: ação típica (tipicidade), ilícita ou antijurídica (ilicitude) e culpável (culpabilidade)⁵⁰.

A Teoria Finalista, ainda em Bitencourt, ocasionou algumas alterações: a) dolo e culpa (finalidade ou vontade) que passam a integrar o fato típico (conduta) e não mais a culpabilidade; b) o tipo penal tem uma parte objetiva e subjetiva, onde o causalismo dividia o delito nestas duas partes e não o fato típico; c) a culpabilidade é puramente normativa (juízo de reprovação sem requisitos subjetivos).

Alguns doutrinadores acrescentam outro elemento, a punibilidade. A pena criminal, como sanção específica do direito penal, ou a possibilidade de sua aplicação, não pode ser elemento constitutivo, isto é, estar dentro do conceito do crime. Ao contrário, pressupõe a existência de um crime já aperfeiçoado. É consequência do crime.

De acordo com Grego⁵¹, os elementos que compõem o crime são:

- a) Fato típico: composto por conduta dolosa ou culposa, comissiva ou omissiva; resultado; nexo de causalidade, entre conduta e resultado e tipicidade (formal e conglobante);
- b) Ilicitude ou antijuridicidade: relação de contrariedade, que se estabelece

⁴⁸ BITENCOURT, op. cit., p. 273.

⁴⁹ BITENCOURT, op. cit., p. 277.

⁵⁰ TOLEDO, op. cit., p. 80.

⁵¹ GRECO, op. cit., p. 142.

entre a conduta do agente e o ordenamento jurídico. Além das causas legais excludentes de ilicitude, contidas no artigo 23, do Código Penal, a doutrina menciona o consentimento do ofendido, desde que preencha três requisitos: 1º) que o ofendido tenha capacidade para consentir; 2º) que o bem jurídico ofendido seja disponível; 3º) que o consentimento tenha sido dado anteriormente, ou em uma relação de simultaneidade à conduta do agente. Caso um dos requisitos falte, o consentimento não será aceito para afastar a ilicitude do fato.

c) Culpabilidade: é o juízo de reprovação pessoal que se faz sobre a conduta ilícita do agente. São elementos integrantes da culpabilidade: a imputabilidade; a potencial consciência sobre a ilicitude do fato e a exigibilidade de conduta diversa do agente.

Alguns doutrinadores como Damásio, Mirabete e Delmanto entendem que o crime, sob o aspecto formal, é um fato típico e antijurídico, sendo que a culpabilidade é entendida como um pressuposto para a aplicação da pena. Esse entendimento é a teoria bipartida. Mas a doutrina majoritária entende que todos os elementos que compõem o conceito analítico do crime são pressupostos para a aplicação da pena, e não somente a culpabilidade. Essa é a teoria tripartida, mais aceita no direito brasileiro. Não se pode ignorar também a existência de autores que entendem que o crime é composto por fato típico, ilícito, culpável e punível, ou seja, a teoria quadripartida. Mas essa é uma visão minoritária.

No Brasil há uma grande polêmica entre os penalistas sobre o conceito analítico de crime. Existem, basicamente, duas correntes preferidas. Uma que adota um conceito tripartido (teoria tripartida) e a outra que adota o conceito bipartido (teoria bipartida), embora a corrente majoritária seja a tripartida.

Para Santos⁵² o modelo bipartido de fato punível define o tipo de injusto como unidade conceitual formada pelo fato típico e a ilicitude. A culpabilidade não é considerada como elemento do crime, mas como pressuposto de aplicação da pena. Pode-se afirmar com segurança que todo crime é, a princípio, um fato típico, previsto em um tipo penal. Quando alguém realiza uma conduta não punida por lei penal, esse fato não é típico. Segundo o princípio da anterioridade legal, não há crime sem lei anterior que o defina. Quanto à ilicitude não há crime quando o fato praticado estiver abarcado por causa excludente de ilicitude. Na teoria bipartida ou dicotômica, as condutas punitivas dividem-se em crimes ou delitos e contravenções, que seriam espécies do gênero infração penal.

No modelo tripartido, o fato punível define o crime como ação típica antijurídica e

⁵² SANTOS, Juarez Cirino dos. **Manual de Direito Penal – Parte Geral**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 38.

culpável. O sistema tripartido na classificação das infrações penais, divide-as em crimes, delitos e contravenções segundo a gravidade que apresentarem. Esse modelo é o adotado pela maior parte da doutrina. A Teoria Tripartida do Delito pode ser analisada sob duas óticas: a) a ótica da Teoria Causalista ou Clássica (doutrinadores defensores dessa ótica: Nelson Hungria, Magalhães Noronha, dentre outros) ou b) ou sob a ótica da Teoria Finalista de Hans Welzel (doutrinadores defensores: Francisco Assis Toledo, Heleno Fragoso, Juarez Tavares, Cezar Roberto Bitencourt, Guilherme de Souza Nucci, Eugênio Raúl Zaffaroni, José Enrique Pierangeli, Luis Régis Prado, Rogério Greco, dentre outros).

4.2 A Doutrina e a Imputabilidade

Compreender os motivos morais e os estímulos que levam um indivíduo a cometer um crime, faz parte de um importante assunto discutido pelo Direito Penal, que foi constituído com o intuito de defender os bens primordiais para a sobrevivência da sociedade.

O termo imputabilidade, segundo TOLEDO⁵³, é a capacidade de culpabilidade, enquanto a responsabilidade constitui um princípio segundo o qual toda pessoa imputável (dotada de capacidade de culpabilidade) deve responder pelos seus atos. No que se refere à extensão da culpa restringe-se à maturidade mental para compreensão do caráter criminoso do fato, através do conjunto de condições pessoais que facilita ao indivíduo praticante o estado completo da capacidade intelectual. Logo, maturidade e sanidade mental são fatores essenciais na averiguação dos níveis de culpabilidade penal. Somente pode ser atribuída a responsabilidade penal de um fato o autor quando este tem condição pessoal de maturidade e sanidade mental que lhe conferia a capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de se determinar segundo esse entendimento.

Prado apud Abreu⁵⁴ conceitua que imputabilidade é a plena capacidade (estado ou condição) de culpabilidade entendida como capacidade de querer e entender, e como consequência, responsabilidade criminal, pois o imputável deve responder por seus atos.

Imputável é o sujeito mentalmente são e desenvolvido, capaz de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento. Maturidade e sanidade mental são dois elementos que integram a imputabilidade penal. O comportamento agressivo e cruel do psicopata faz com que a sociedade se revolte e anseie por justiça. Mas, em primeiro lugar, tem-se que avaliar as condições mentais do psicopata e se ele pode ser culpabilizado e punido pelos crimes que cometeu. Segundo os aspectos

⁵³ TOLEDO, op. cit., p. 259.

⁵⁴ ABREU, op. cit., p. 85.

subjetivos do Direito Penal, o psicopata consegue se autodeterminar e sabe as consequências de seus atos; ele os pratica porque tem absoluto desprezo pelo próximo e pelas regras impostas pela sociedade. Ele não delira. Ele tem perfeita condição e capacidade para ser juridicamente imputável à prática de um fato punível.

Zaffaroni e Pierangeli⁵⁵ reconhecem a necessidade de disposição legal específica e a problemática envolvendo a ausência de definição da psiquiatria acerca do assunto. Para os autores a Psiquiatria não definiu claramente o perfil do psicopata e por isso, o Direito Penal não pode dizer com certeza como irá tratar o psicopata. A doutrina reconhece esse “vazio” jurídico em que se encontra o psicopata, restando ao juiz avaliar, caso a caso, juntamente com um corpo interdisciplinar, se o psicopata deve ou não ser considerado imputável.

Alguns doutrinadores se posicionaram sendo relacionados da seguinte forma: Os que acreditam que os psicopatas são semi-imputáveis: Cezar Bitencourt, Guido Arturo Palomba, Santiago Mir Puig, César Dario Mariano da Silva, Magalhães Noronha, Hilário Veiga de Carvalho, Miguel Reali Júnior, jurisprudência brasileira.

Os que crêem na inimputabilidade dos psicopatas: Basileu Garcia, Juan Carlos Ferré Olivé, Günther Jakobs, Supremo Tribunal Federal (*Habeas Corpus* n° 66.437-7).

Doutrinadores que entendem que os psicopatas têm capacidade de serem julgados: Guilherme Nucci, Zaffaroni e Pierangeli, Hugo Marietan, Roberto Ernesto Führer.

Sendo a psicopatia sendo um transtorno de personalidade, trata-se de uma conduta desviada, mas não se trata de doença mental, não podendo, ser enquadrada no rol taxativo de inimputáveis positivado no Código Penal. De acordo com Trindade, Beheregaray e Cuneo⁵⁶ a culpabilidade é a reprovabilidade expressa na contradição entre a vontade do agente e a lei. Esse juízo de reprovação é pessoal e recai sobre o autor do fato punível praticado, desde que este tenha consciência da ilicitude do ato e, mesmo diante dessa constatação, complete a ação. Portanto, o psicopata deve ser julgado pelos crimes que cometeu.

5 CONCLUSÃO

Houve uma análise interdisciplinar da condição do psicopata, levando-se em consideração as áreas da Psicologia Forense, Psiquiatria, Criminologia e o Direito Penal.

⁵⁵ ZAFFARONI; PIERANGELI, op. cit., p. 546.

⁵⁶ TRINDADE; BEHEREGARAY; CUNEO, op. cit., p. 123.

Conforme o entendimento deste artigo há comprovação de que o psicopata está longe de ser louco. O psicopata é mau e se esconde na sombra da inocência de sua vítima.

O psicopata não tem doença mental, tem desvio de caráter. Ele se autodetermina e tem total entendimento do caráter ilícito dos seus atos. Ele apenas não se importa que haja consequências. Muitos se enganam ao acharem que esse sentimento possa se confundir com incompreensão do fato/consequência de seus atos. Pelo contrário, o psicopata é amoral. Ele despreza as regras que lhe são impostas. Eles seduzem, manipulam, surpreendem e sufocam suas vítimas. Tudo em seu comportamento é demais e exagerado: são certinhos demais (somente na aparência), têm carência demais, têm raiva demais. Mas eles não perdem o juízo de realidade, não deliram, não têm surtos, não alucinam. Os psicopatas não estão interessados nos outros, apenas na satisfação de seus desejos.

Entende-se como responsabilidade penal o dever jurídico que o indivíduo tem ao responder pelos seus atos. Para que alguém seja penalmente punível é preciso que ele tenha praticado algum crime, ter tido no momento da consumação do ilícito, o entendimento do caráter ilegal da conduta e ter sido livre para escolher praticar ou não o fato típico.

Desde sempre o criminoso é visto como um elemento descartável na sociedade. As diversas tentativas de compreensão de seu perfil e do modo como ele percebe o mundo tem sido foco de diversas áreas de conhecimento. A tentativa de previsão de um comportamento criminoso nem sempre é eficaz. Afinal de contas é difícil prever o que se passa na cabeça de uma pessoa que delinque. Principalmente se o delinquente for o psicopata. A psicopatia é um transtorno de personalidade, mas esse transtorno não retira do indivíduo sua capacidade psíquica, nem sua capacidade de reconhecer o ilícito de um fato, nem perde a capacidade de determinar-se de acordo com os fatos e o mundo ao seu redor. Ele reconhece as regras e normas da sociedade e as suas consequências. Por isso tudo entende-se que ele é um imputável. Com a pesquisa percebe-se que a psicopatia não afasta a capacidade de culpabilidade do seu portador. Portanto, pelo exposto, não foi encontrada qualquer relação entre a psicopatia e a imputabilidade positivada no artigo 26, do Código Penal.

Os psicopatas representam um grande risco para a justiça, para a sociedade e para a democracia, pois tornam difícil o equilíbrio entre castigo justo, segurança social e reabilitação. E por isso mesmo deve-se ter em mente que eles devem passar por um julgamento justo, respeitando os princípios e garantias fundamentais que se encontram no nosso ordenamento jurídico. O *ius puniendi* que se traduz no poder-dever de punir do Estado deve ser utilizado toda vez que um psicopata praticar um fato típico, ilícito e

culpável, pois é dever do Estado proteger a sociedade de qualquer lesão ou ameaça de direito, a fim de reestabelecer a ordem jurídica, a segurança pública e a paz social.

6 REFERÊNCIAS

ABREU, Michele O. **Da Imputabilidade do Psicopata**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias do Pensamento Criminológico**. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal**. 6 ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2014.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 12 ed. rev e atual. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. 3 ed. São Paulo: EDIJUR, 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1**. 21 ed. rev. ampl e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal no Brasil.

_____. **Decreto-Lei n. 3.914/41, de 09 de dezembro de 1941**. Institui a Lei de Introdução do Código Penal (decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940) e da Lei das Contravenções Penais (decreto-lei n. 3.688, de 3 de outubro de 1941).

_____. **Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas.

CARVALHO, Salo. **Criminologia Crítica: Dimensões, Significados e Perspectivas Atuais**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Revista dos Tribunais. Ano 21, vol 104, set-out, p.279-303. 2013.

_____. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**. 2ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARVALHO, Thiago Fabres de. **Criminologia, (In)visibilidade, Reconhecimento: O controle penal da subcidadania no Brasil**. 1 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

CASOY, Ilana. **Serial Killers: Louco ou Cruel?**. Rio de Janeiro, DarkSide Books, 2014.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Parecer CREMERJ N.05 de 22 de janeiro de 1990**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/pareceres/crmrj/pareceres/1990/5_1990.htm>. Acesso em: 17 set. 2015.

DAYNES, Kerry; FELLOWES, Jessica. **Como identificar um Psicopata: cuidado! Ele pode estar mais perto do que você imagina**. Trad. Mirtes F. de O. Pinheiro. São Paulo: Cultrix, 2012.

DISCOVERY. **A Psicopatia: Transtorno Antissocial da Personalidade**. Disponível em: <<http://id.discoverybrasil.uol.com.br/a-psicopatia-transtorno-antissocial-da-personalidade/>>. Acesso em: 26 fev. 2015.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Trad. Raquel Ramalhete. 42 ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. Vol I. 13 ed. rev. ampl e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário Técnico Jurídico**. Org. atual Guaracy Moreira Filho. 17 ed., São Paulo: Rideel, 2014.

HARE, R. D.; NEUMANN, C. S. **Psychopathy as a clinical and empirical construct**. *Annual Review of Clinical Psychology*, n.4, 2008.

HASSEMER, Winfried. **Neurociências e Culpabilidade em Direito Penal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais Ciências Revista dos Tribunais. Ano 21, vol 100, jan-fev, p.211-225, 2013.

HAUCK Filho, Nelson; TEIXEIRA, Marco Antônio; DIAS, Ana Cristina Garcia. **Psicopatia: o construto e sua avaliação**. Avaliação Psicológica. v.8, n.3. Porto Alegre, dez. 2009. Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S1677-04712009000300006&script=sci_arttext> Acesso em: 13 jul. 2015.

MAGALHÃES, Vlamir Costa. **O Garantismo Penal Integral**: Enfim, uma proposta de revisão do fetiche individualista. Revista Seção Judiciária do Rio de Janeiro (SJRJ). Rio de Janeiro, vol 17, n. 29, dez, p. 185-199, 2010. Disponível em <http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/205/205>. Acesso em: 06 set.2015.

MARTINS, Waldemar Valle. **Dicionário de Psicologia**. São Paulo: Loyola, 1994.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 19 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE (Coord.). **Classificação dos Transtornos Mentais e do Comportamento da CID-10**: descrições clínicas e diretrizes diagnósticas. Porto Alegre: ArtMed, 1993.

PIAGET, Jean. **O Juízo Moral na Criança**. 4ed. São Paulo: Summus, 1994.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Manual de Direito Penal – Parte Geral**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

SANTOS Jr, Rosivaldo Toscano dos. **Sobre o Fio da Navalha: A Justiça entre a eficiência e os direitos fundamentais**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Revista dos Tribunais. Ano 21, vol 103, jul-ago, p.353-379, 2013.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes Perigosas: O Psicopata Mora ao Lado**. 2 ed. rev e ampl. São Paulo: Globo, 2014.

SUMARIVA, Paulo. **Criminologia – Teoria e Prática: Conceito, Objeto e Método em Criminologia**. Rio de Janeiro: Ed. Impetus, 2014.

TENDLARZ, Silvia Elena; GARCIA, Carlos Dante. **A Quem o Assassino mata? – o serial killer à luz da criminologia e da psicanálise**. São Paulo: Atheneu, 2013.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

THOMPSON, Augusto. **Quem são os Criminosos - O crime e o criminoso: Entes Políticos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

TRINDADE, Jorge; BEHEREGARAY, Andréa; CUNEO, Mônica Rodrigues. **Psicopatia: a máscara da justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

VIANA, Eduardo. **Criminologia**. 2 ed. Salvador: Editora JusPodium, 2014.

WERNECK, Alexandre. Teoria da Rotulação. In: LIMA, Renato; RATTON, José Luiz; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. **Crime, Polícia e Justiça no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: V.1 - Parte Geral**. 7 ed. rev e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SEGURANÇA PÚBLICA: DROGAS E O TRÁFICO DE ENTORPECENTES NO RIO DE JANEIRO DO SÉCULO XXI¹,

Hugo Leonardo Alves de Lima Martins

1 INTRODUÇÃO

Com as novas políticas de segurança pública, especificamente na área de combate às drogas, vem havendo um aumento exponencial do chamado “disque drogas”.

A dificuldade em se obter o entorpecente diretamente nos morros e favelas da cidade, como acontecia antigamente, trouxe à tona uma modalidade de tráfico que já existia, mas não da forma como ocorre hoje e principalmente em menor escala, o disque drogas.

O disque drogas é uma alternativa encontrada pelos usuários para adquirir entorpecentes sem ter que subir um morro ou expor-se à criminalidade de comunidades ainda não pacificadas. Nesse ponto, criou-se a figura do *dealer*, que nada mais é do que um traficante que atende seus clientes de forma personalizada e que ocupa o lugar das bocas de fumo para comercialização de entorpecentes.

Com a disseminação de novas tecnologias, como o SMS, os aplicativos de conversa instantânea e as redes sociais, ficou ainda mais fácil o contato entre o traficante e o usuário, facilitando a entrega do produto do tráfico.

Diante deste novo cenário, torna-se um desafio para as forças de segurança pública e os estudiosos da área proporem ideias e formas de combater tal forma de tráfico, pois a facilidade do traficante em se camuflar como usuário torna tal fenômeno potencialmente mais perigoso para a sociedade do que a forma usual do tráfico praticado nos morros.

Sob esse aspecto, indaga-se:

- As forças de segurança estão lidando de forma apropriada com o problema?
- Houve aumento do número de usuários de drogas ilícitas em razão da facilidade em se obtê-las?
- A legislação atual é eficaz para tratar do assunto?
- Seria hora de se rever a política de liberação das drogas?

Para responder a essas questões foram elaboradas as seguintes hipóteses:

¹ Monografia apresentada como requisito essencial para a graduação do Curso de Direito da Faculdade Hélio Alonso sob a orientação da Professora Maria Paulina Gomes.

Com relação à primeira pergunta, pode-se afirmar que as forças de segurança não estão lidando adequadamente com o problema. Isso porque é muito mais difícil encontrar os *dealers* do que aqueles traficantes tradicionais que ficam nas bocas de fumo. O problema era reduzido a esta configuração: o usuário subia uma favela e adquiria o entorpecente diretamente das mãos dos traficantes responsáveis pela boca de fumo. Para as forças de segurança o tráfico era unificado, ou seja, estava restrito às favelas. A grande questão é como as forças de segurança lidarão com um traficante que sequer sabe existir? O grande número de usuários, juntamente com o fato de se conseguir drogas mais facilmente, torna difícil coibir tal prática, porque os usuários não utilizam somente um dealer.

Com relação à segunda questão, podemos afirmar que parece ter havido um aumento do consumo de entorpecentes no Brasil e no mundo, conforme levantamento da ONU. Além da maconha que teve seu consumo aumentado, o país se consolidou como um centro de distribuição de cocaína. O consumo de cocaína no Brasil é quatro vezes maior do que em outros países. Em 2010 o índice brasileiro de consumo de cocaína era de 0,7% da população. Em 2012, esse índice subiu para 1,2%, o que representa 3,3 milhões de pessoas.

A legislação atual não é eficaz para tratar do pequeno traficante. Este, que não tem ligação com facções e atua geralmente sozinho não é alvo da repressão policial por não se encaixar no estereótipo tradicional do traficante de drogas. Ao permitir que um traficante se passe como usuário, no caso do disque drogas a lei está facilitando o tráfico de entorpecentes. Antes da entrada em vigor da lei 11.343/06, qualquer pessoa portando drogas era detida. Hoje, a própria lei criou uma exceção para a atuação do *dealer*.

A forma de combate às drogas no Brasil está ultrapassada e ignora uma coisa essencial: proibida ou não, o uso de drogas vai continuar. O caso dos usuários deve ser tratado como problema de saúde e não como crime, o que na prática, apesar do que a lei diz, não ocorre. Talvez fosse a hora de se rever a política de liberação de algumas drogas, como a maconha.

O Estado, ao tomar para si a regulamentação de drogas pode controlar a venda e o consumo do entorpecente.

A pesquisa teve como objetivos:

- Identificar as razões que levaram ao aumento dos disque drogas;
- Verificar as medidas adotadas pelas autoridades para o combate de tal forma de tráfico;
- Verificar a influência das UPP's no aumento dessa modalidade de tráfico;
- Debater a implantação de uma legislação específica para o pequeno traficante;
- Verificar se houve aumento do consumo de drogas por conta dos disque drogas;

➤ Apurar a viabilidade de uma eventual liberação na venda e consumo de pequenas quantidades de drogas.

Usualmente o comércio de drogas ilícitas seguia uma cadeia: produtores – narcotraficantes internacionais – atacadistas brasileiros – comércio varejista praticado pelos traficantes em morros e favelas e o usuário final. Isso mudou. Hoje, além do comércio praticado no morro, temos a figura de traficantes (*dealers*) que vendem e entregam as drogas diretamente aos consumidores, por outros meios como o telefone e as redes sociais.

Com a disseminação dos disque drogas a sociedade está claramente dizendo que não é contra as drogas, e sim contra o crime. Esse fenômeno vem aumentando e se aprimorando. Se antes o usuário ia até a droga, hoje a droga vai até ele, demonstrando que não importa o que aconteça, o consumo vai sempre continuar a existir.

Com isso em mente, este trabalho pretende entender, demonstrar e apresentar soluções alternativas ao problema dos disque drogas, como por exemplo, a liberação da venda e consumo de pequenas quantidades de entorpecentes, como ocorre em outros países.

A pesquisa foi explicativa uma vez que era preciso demonstrar como a nova forma de tráfico de entorpecentes ocorre. Foi desenvolvida de forma teórica e através de pesquisa de campo com usuários e ex usuários do sistema de disque drogas. A pesquisa teórica foi bibliográfica e se baseou na questão histórica das drogas, as drogas no mundo, no Brasil, o panorama específico da cidade do Rio de Janeiro e nas pessoas envolvidas no fenômeno. Foi estudada a seletividade punitiva como forma de combate ao tráfico de drogas e a política de redução de danos.

Foi feita uma pesquisa documental, analisando-se a legislação brasileira sobre o uso de drogas e o tráfico de entorpecentes, bem como uma compilação de reportagens sobre o tema, uma vez que não existe um estudo específico sobre o disque drogas

Foi feito um estudo de campo junto a usuários de drogas para determinar o perfil dos usuários, as razões pelas quais usam drogas, se já foram adquirir entorpecentes nas “bocas de fumo” e, de acordo com a resposta, os motivos pelos quais deixaram de “subir o morro”, porque optaram pelo disque drogas e como conseguiram o contato do “dealer”.

O foco do estudo terá como base as drogas mais utilizadas pela classe média e alta: a maconha, drogas sintéticas e a cocaína, com mais ênfase nesta última, já que é a droga mais adquirida através do disque drogas.

O crack não será estudado, pois foge à temática da pesquisa, já que o intuito é verificar o possível aumento do consumo de drogas entre as classes médias e altas da sociedade que utilizam o disque drogas. Os usuários de crack não utilizam o disque drogas.

2 UM BREVE HISTÓRICO DAS DROGAS

A droga é uma coisa diferente do uso que se faz dela. Mas a distinção entre uso recreativo, medicinal e religioso é algo recente, existe há pouco mais de cem anos. Na Pré-História, o uso de plantas psicoativas com finalidade de cura era geralmente uma experiência espiritual, e a consequência inebriante desses remédios não era desprezada – ao contrário, ela ajudava mesmo a dar um significado místico ao processo. Mesmo hoje, muitas pessoas usam drogas em busca, simultaneamente, de prazer e de alívio para algum desconforto psíquico ou físico².

Ao longo dos anos as sociedades foram descobrindo aos poucos as substâncias psicoativas.

Na tabela abaixo, é possível verificar os primeiros registros do uso de diversas drogas pelas sociedades:

Tabela 1: Tipos de drogas

	Produto	Origem	Data
Estimulantes	Tabaco	América	? a.C.
	Nicotina	Europa	XVI
	Café	África	? a.C
	Caféina	Europa	1829
	Coca	América	2.500 a.C
	Cocaína	Alemanha	1858
	Crack	EUA	1980's
	Anfetaminas	Alemanha	1912
Depressivos	Álcool	Eurásia/América	? a.C.
	Barbitúricos	Alemanha	1903
Alucinógenos	LSD	Suíça	1938
	Peyote	América Central	?a.C
	Mescalina	EUA	1880's
	PCP(feniciclidina)	EUA	1959
Cannabis Sativa	Maconha	Índia	2.300 a.C
	Haxixe	Ásia	?
Narcóticos	Ópio	Índia/Suméria	2.000 a.C
	Morfina	Alemanha	1828
	Heroína	Alemanha	1874
Inalantes	Éter	Alemanha	1730
	Acetona	Alemanha	1839
	Alcalóide Efedrina	China	3.000 a.C
Designer drugs	Ecstasy	Alemanha	1914
	Ice	Japão	1980's

Fonte: STEIMANN, 1995, p. 10

Apesar de os registros “oficiais” demonstrados acima, antropólogos, arqueólogos e outros estudiosos do assunto admitem que o homem tenha usado plantas alucinógenas

² ARAÚJO, Tarso, **Almanaque das drogas**, 2. ed, São Paulo: Leya Editora, 2014, p.20.

para se embriagar ainda no Paleolítico Superior, entre 40 e 10 mil anos atrás, conforme sugerem algumas pinturas em cavernas da Idade da Pedra³.

Desde a Antiguidade as drogas já tinham suas aplicações religiosas e medicinais, mas também eram usadas socialmente por prazer. Os gregos antigos chamavam qualquer substância capaz de alterar o funcionamento do organismo de *pharmákon*,⁴ que era um termo usado tanto para remédio como para veneno. Na Idade Média, com a dominação da Igreja Católica, mulheres que tinham profundo conhecimento da manipulação de plantas, para a produção de poções com finalidades medicinais, afrodisíacas, cosméticas entre outras, eram consideradas bruxas (seres terrestres possuídos pelo demônio) e foram perseguidas e queimadas em praças públicas⁵, durante a Inquisição. Na Idade Moderna, após a revolução científica, foi realizada a primeira extração do princípio ativo de uma planta, o ópio. Após o ópio a grande descoberta foi o princípio ativo da folha de coca, a cocaína⁶. Esses são apenas exemplos de como as drogas influenciaram a história mundial.

O foco deste trabalho será voltado para as drogas ilícitas mais utilizadas hodiernamente, como é o caso da maconha, cocaína, heroína e ecstasy, que são as drogas mais adquiridas pelos disques drogas.

2.1 Diferentes tipos de drogas

2.1.1 Maconha

A maconha, cujo nome científico é *cannabis sativa*, também conhecida como marijuana, ganja, erva, dentre outros é, provavelmente, uma das drogas mais antigas utilizadas pelo homem. Muito comum na Ásia Central, existem relatos de seu uso de mais de 10.000 anos atrás (na tabela anterior, consta seu primeiro registro oficial). Seu uso terapêutico data de 2.300 a.C. e era utilizada para tratamento de prisão de ventre, asma, cólicas menstruais. Na mitologia Hindu, a maconha era tida como sagrada⁷. Romanos e gregos usavam-na para produção de tecidos, papéis e cordas. A primeira bíblia impressa foi feita com papel de cânhamo⁸.

No século XV a erva foi condenada pelo papado. A droga somente reapareceria no final do século XIX. Seu uso virou moda entre artistas e escritores que se reuniam para estudar seus efeitos⁹.

³ Idem, p.24.

⁴ Idem, p.14.

⁵ Idem, p. 38.

⁶ SALLES, Marcos H.N., **Política de drogas no Brasil**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p 12.

⁷ ARAÚJO, Tarso, **Almanaque das drogas**, 2. ed., São Paulo: Leya Editora, 2014, p.29.

⁸ Disponível em <http://psicodelia.org/noticias/a-historia-da-maconha-a-droga-mais-polemica-do-mundo>

⁹ Idem, p. 12.

A maconha chegou à América do Sul através dos escravos, que trouxeram a droga da África, aonde ela chegou por volta do século XV¹⁰. A planta não é nativa dessa região do planeta.

A maconha teve muita influência no desenvolvimento do Brasil, uma vez que os colonizadores utilizavam o cânhamo (presente no caule da planta) como cordas dos navios e em suas vestimentas.

O império português instalou plantações da erva para fins comerciais já que seu uso para fins medicinais era uma grande fonte de renda. Posteriormente, a planta fora associada aos escravos, pobres, e índios, e por esta razão seu uso foi deixado de lado pela sociedade superior à época.

A droga chegou nos EUA através de imigrantes mexicanos (que a chamam de *marijuana*).

Na década de 60 o consumo da maconha se tornava cada vez mais popular no Ocidente. Nos EUA, o percentual de jovens adultos que haviam provado a droga alguma vez na vida pulou de 5% para 44% entre 1967 e 1971. Na primeira metade dessa década, porém, vários países criaram leis para se adequar à Convenção de Narcóticos da ONU, de 1961, que determinava pena de prisão para usuários de drogas, inclusive da maconha. Em 1967, por exemplo, Keith Richards e Mick Jagger (integrantes da banda Rolling Stones) foram detidos por porte de maconha, e os quatro Beatles assinaram uma petição pela descriminalização da maconha publicada como anúncio – pago pelo próprio Paul McCartney – no principal jornal da Inglaterra¹¹.

Marcos H. N. Salles, em citação sobre o relatório do “*journal of school health*”¹² informa que, diferentemente do que se pensava a maconha não é a porta de entrada para as drogas mais pesadas. O relatório mencionado constatou que, na verdade, a porta para as drogas é o álcool. Em citação ao segundo estudo elaborado pela Universidade de Yale¹³, feito com jovens adultos revelou que para 12 que disseram ter abusado de opiáceos prescritos, o uso da substância anterior foi de 57% para o álcool, 56% para cigarros, e 34 para a maconha.

Atualmente, a maconha é a droga proibida mais usada no planeta¹⁴.

2.1.2 Cocaína

A cocaína é uma molécula presente nas folhas do arbusto de coca, cujo nome científico é *Erythroxylum*, planta nativa dos Andes. A pasta-base é um intermediário do

¹⁰ ARAÚJO, Tarso, **Almanaque das drogas**, 2. ed. São Paulo: Leya Editora, 2014, p.48.

¹¹ Idem, p.74.

¹² SALLES, Marcos H.N., **Política de drogas no Brasil**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p 88.

¹³ Idem p, 88 e 89.

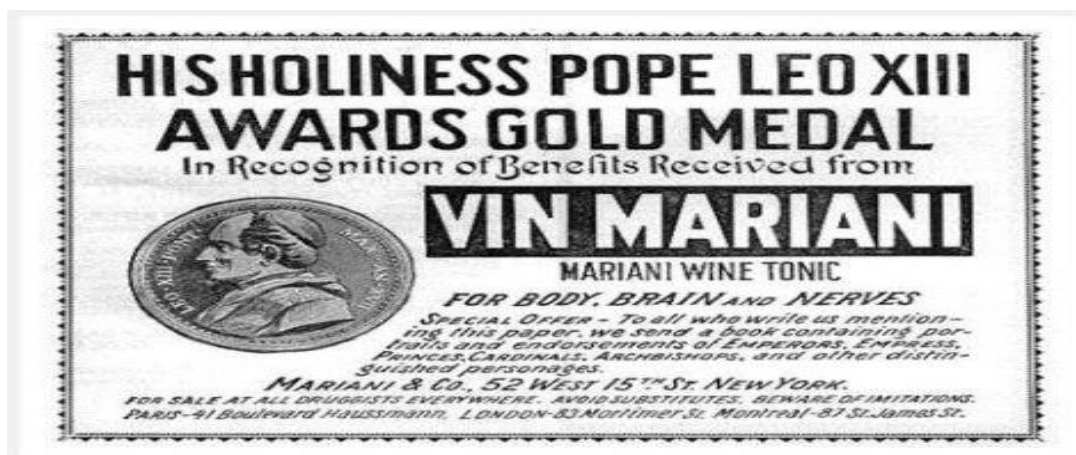
¹⁴ ARAÚJO, Tarso, **Almanaque das drogas**, 2. ed. São Paulo: Leya Editora, 2014, p.89.

processo de extração e purificação da droga. Dela, é possível refinar produtos em pó (cloridrato de cocaína, sólidos (crack) ou pastosos (merla). Existem mais de 250 espécies dessa planta, mas somente duas são utilizadas na produção de cocaína. Mascar folhas de coca é um costume dos povos do planalto andino há mais de 4 mil anos¹⁵.

A cocaína se tornou presente na Europa, após a chegada dos espanhóis que "exportaram" a folha em seu estado natural. Entre os anos 1856 e 1860 o alcaloide hoje conhecido como cocaína foi sintetizado. Seu uso espalhou-se pela Europa. Personalidades históricas como o psicanalista Sigmund Freud a utilizavam. Em sua obra *Über Coca*, de 1884 ele descreveu a variedade de problemas de saúde que eram tratados com coca ou cocaína: distúrbios alimentares, anemia, sífilis, tifo e asma¹⁶. Entretanto, a maior contribuição de Freud nesse campo, foi apresentar a substância a um amigo oftalmologista, Karl Köller, que descobriu seu potencial como anestésico local. Essa propriedade seria a única aplicação medicinal legítima e duradoura da cocaína. Na época, ela ajudou a revolucionar as cirurgias de olhos e garganta, impossíveis de ser realizadas sem anestesia¹⁷.

O grande sucesso da coca no século XIX foi devido ao comerciante corso Ângelo Mariani que desenvolveu em 1863, um licor à base de cocaína. Seu licor era consumido por diversas personalidades como Júlio Verne, Alexandre Dumas e até por papas, como Leão XIII¹⁸.

.Figura n.º 1



Fonte: <http://continuingcounterreformation.blogspot.com.br/2014/10/the-plausible-falling-out-between.html>

Tendo em vista que o comércio de cocaína era extremamente rentável, diversas indústrias farmacêuticas passaram a importar folhas de coca do Peru e da Bolívia, para tratar diversos males. Os EUA eram os maiores importadores da folha de coca do mundo

¹⁵ CAMPOS, Rui Ribeiro, **Geografia política das drogas ilegais**, Leme/SP: JH Mizuno, 2014, p.25.

¹⁶ SALLES, Marcos H.N., **Política de drogas no Brasil**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 12 e 13.

¹⁷ ARAÚJO, Tarso, **Almanaque das drogas**, 2. ed. São Paulo: Leya Editora, 2014, p.47.

¹⁸ SALLES, Marcos H.N., **Política de drogas no Brasil**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 27.

por volta de 1880, sendo receitada por médicos, por conta de seu efeito anestésico. A rápida ascensão no consumo da droga não demorou a revelar que ela despertava em seus usuários um consumo compulsivo – o nocivo “hábito” que os médicos do século XIX já haviam identificado entre alguns consumidores de álcool e de opiáceos. Esse “efeito colateral” da cocaína foi um dos fatores que contribuíram para sua proscrição no início do século XX – quando surgiram as primeiras leis de controle de drogas – e para o fim do seu primeiro *boom* na história¹⁹.

Como dito, no início do século XX o consumo de cocaína foi quase erradicado. Entretanto, nos anos 70, os EUA assistiram um “revival” do consumo de cocaína, que ficara fora da guerra às drogas iniciada por Richard Nixon em seu primeiro mandato em 1968, cuja promessa de campanha era restaurar “a lei e a ordem” e seus principais alvos eram a maconha, heroína e os alucinógenos, muito usado pelos movimentos de contracultura ocorridos nos anos 60, cujo maior exponencial foi o movimento hippie. A cocaína acabou sendo lembrada como a droga dos anos 70²⁰. A partir dos anos 80 seu consumo virou epidemia. Um quarto da população de 18 a 34 anos já tinha provado a droga – na faixa etária de 18 a 25 anos, 4% dos usuários eram dependentes. A essa altura, a cocaína já era uma preocupação para a polícia de todos os países da Europa e da América Latina²¹, fato que continua ocorrendo até hoje.

2.1.3 Ópio (Heroína e demais drogas)

A cultura da papoula do ópio se originou na Europa e Ásia Menor e já foi denominado de planta da felicidade. Há registros sumerianos datados de 3000 anos a .C. que falam de seu uso medicinal e o próprio Homero o menciona como algo “que faz esquecer o sofrimento” em sua *Odisséia*²².

A Inglaterra monopolizou a venda mundial de Ópio, o que gerou um conflito com a China, onde, apesar de proibida, continuava sendo usada pela população, pois chegava ao país através de contrabando. Tal ação culminou com uma guerra entre a Inglaterra e a China, que ficou conhecida como Guerra do Ópio. A Inglaterra venceu a guerra. A derrota fez os chineses assinarem o tratado de Nanquim, uma das maiores humilhações de toda sua história. O acordo dava direito aos britânicos de explorar o comércio com a China em cinco cidades portuárias, garantia que qualquer cidadão britânico só responderia a tribunais de sua própria rainha, tornava Hong Kong uma possessão britânica por tempo indeterminado e ainda obrigava a China a pagar por todas as despesas da guerra²³.

¹⁹ ARAÚJO, Tarso, **Almanaque das drogas**, 2. ed., São Paulo: Leya Editora, 2014, p.47.

²⁰ Idem, p. 78 e 79.

²¹ Idem, p. 85.

²² Disponível em http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/7684/7684_4.PDF Acesso em 13/04/2016.

²³ ARAÚJO, Tarso, **Almanaque das drogas**, 2. ed. São Paulo: Leya Editora, 2014, p. 54.

Dessa planta, em 1805 o Alemão Friedrich Sertürner conseguiu isolar o ingrediente da resina responsável por seus efeitos analgésicos e sedativos. O químico chamou a substância de morfium, em referência a Morfeu, deus grego dos sonhos. Fora da Alemanha preferiram chama-la de morfina.²⁴ Estima-se que durante a guerra civil americana, 45.000 soldados tenham utilizado morfina. Como resultado deste uso, milhares de pessoas se viciaram na substância²⁵.

Numa tentativa de se “curar” os dependentes, a Bayer (indústria farmacêutica), em 1898 sintetizou a heroína, 3 vezes mais potente do que a morfina. Durante anos, a heroína foi utilizada para fins medicinais, como substituta da morfina. Entretanto, ficou constatado que seu consumo causava mais dependência²⁶.

Além da heroína, o ópio é matéria-prima de várias drogas naturais e inspiração para dezenas de sintéticos, como a codeína, fentanil, hidrocodona, hidromorfona, meperidina e oxicodona²⁷.

2.1.4 Ecstasy

O Ecstasy (metilendioximetanfetamina) é uma droga mais recente. Foi criada em 1912 por um químico que investigava moderadores de apetite. O cientista, que provou a substância arquivou a pesquisa. Somente em 1960 voltou a ser utilizada. Em 20 anos, seu uso tomou proporções globais, tendo, por exemplo, sido o catalisador do Verão do Amor em 1988 na Inglaterra. É chamada de designer drug, por ser produzida em laboratório. Seu uso causa euforia, agitação, sensação de prazer e felicidade e seus efeitos duram por várias horas no organismo humano. Por conta dessa sensação de felicidade e prazer, também é popularmente chamada de droga do amor²⁸.

Vê-se, portanto, que o consumo de drogas não é fato novo. Muito pelo contrário, há milênios o ser humano vem utilizando substâncias hoje consideradas ilegais. Reconhecer esse fato é fundamental para o entendimento de como o consumo de tais substâncias, ao longo dos anos, especialmente a partir do século XX, foi aos poucos sendo considerado ilegal por conta dos perigosos efeitos das drogas no organismo humano.

2.2 As drogas no mundo

Atualmente, as drogas estão presentes em praticamente todos os países no mundo, mesmo naqueles em que seu transporte e consumo são punidos com pena de morte como a Indonésia.

²⁴ Idem, p.45.

²⁵ Disponível em http://www.ff.up.pt/monografias_toxicologia/monografias/ano0405/heroína/historia.htm
Acesso em 13/04/2016

²⁶ Idem.

²⁷ ARAÚJO, Tarso, **Almanaque das drogas**, 2. ed. São Paulo: Leya Editora, 2014, p. 320.

²⁸ Disponível em <http://www.historiadetudo.com/ecstasy> Acesso em 13/04/2016.

A política contra as drogas foi capitaneada pelos EUA que estavam insatisfeitos com o consumo de substâncias psicoativas em suas colônias, principalmente nas Filipinas, onde um bispo chamado Charles Brent dava as ordens. Em 1909, Brent organizou a primeira convenção internacional sobre drogas, em Xangai, para propor estratégias de controle ao ópio. A comissão americana em Xangai era formada pelo bispo, um missionário cristão e um advogado, deixando claramente que a questão não seria tratada de forma científica. Um bom exemplo disso foi a inclusão da cocaína no conjunto de narcóticos (remédios que dão sono) a serem controlados. A cocaína é uma droga estimulante do sistema nervoso central, e não depressora, razão pela qual sua inclusão em tal lista demonstra a falta de embasamento científico para determinar as drogas que seriam controladas²⁹. Muitos países ainda lucravam muito com o comércio de ópios, cocaína e morfina, tais como a Inglaterra, França, Portugal, Holanda, Rússia, Alemanha e Irã, por essa razão, não foi fácil para o bispo Charles Brent obter êxito em sua tentativa de controlar e proibir a venda e o consumo de tais substâncias³⁰.

Apenas em 1936 em Genebra, os países, enfim, concordaram em punir severamente, particularmente com prisão, a produção, compra e a venda das substâncias citadas na convenção, que passou a incluir a maconha, na época conhecida como Indian Hemp. Tais tratados não foram seguidos com muito afinco, entretanto, a convenção de 1936 foi um divisor de águas na questão do combate às drogas, pois dali surgiu a ideia de tratar o assunto como caso de política de segurança prevendo penas restritivas de liberdades.³¹

Como dito anteriormente, as drogas mais famosas e utilizadas no mundo são a maconha, a cocaína, o ecstasy e a heroína. Seu preço varia de país para país, assim como o grau de pureza (quanto mais pura, melhor) e são utilizadas por 5% da população mundial segundo dados da ONU³².

De acordo com o relatório da ONU de 2015, houve queda na disponibilidade da cocaína no mundo por causa da menor produção que ocorreu entre 2007 e 2012. O uso permanece alto na América do Norte, apesar de os números caírem na região desde 2006. Na América do Sul, o consumo de cocaína e o tráfico se tornaram mais comuns³³.

Ainda segundo o mesmo relatório, o Afeganistão dominou a distribuição mundial de ópio. Na Ásia o consumo mais elevado é o de anfetaminas. A Colômbia é a maior produtora e exportadora de cocaína do mundo. Jordânia, Líbano, Turquia, Síria servem

²⁹ SALLES, Marcos H.N., **Política de drogas no Brasil**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p 14.

³⁰ Idem, p.14

³¹ SALLES, Marcos H.N., **Política de drogas no Brasil**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p 14.

³² Disponível em <https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/frontpage/2015/06/relatorio-mundial-sobre-drogas-de-2015--o-uso-de-drogas-e-estavel--mas-o-acesso-ao-tratamento-da-dependencia-e-do-hiv-ainda-e-baixo.html> Acesso em 13/04/2014.

³³ Idem.

como importantes pontos de trânsito. A Turquia, por exemplo, é um grande ponto de trânsito de heroína. No norte da África grandes quantidades de maconha são exportadas, principalmente pelo Marrocos³⁴.

Alguns países hoje em dia possuem uma política de maior tolerância ao uso de algumas substâncias. Amsterdã na Holanda foi somente o primeiro. Demais países como o Uruguai, Argentina, Bolívia, Venezuela, Chile, Colômbia, Paraguai, Peru, EUA, Costa Rica, Jamaica México, Portugal, Alemanha, Espanha e Itália adotam uma política mais liberal no consumo de substâncias psicoativas.

Interessante nesta lista é Portugal, que aboliu a proibição de todos os tipos de drogas e traçou critérios objetivos no tratamento de seus usuários. Dependendo da quantidade de entorpecentes que alguém esteja portando é encaminhado a um comitê composto por médicos e assistentes sociais. Se a quantidade for maior do que os critérios objetivos criados pela legislação portuguesa, poderá ser instaurado processo criminal. Os críticos dessa política liberal temiam que houvesse aumento da violência por conta da legalização do uso de drogas, entretanto não foi o que ocorreu. Em 2001 a taxa de homicídios em Portugal era de 0,9 por 100.000 habitantes, oscilando entre 1,1 em 1999 a um pico de 1,7 em 2004. Entretanto, em 2009 as taxas de homicídios voltaram ao patamar de 0,9 demonstrando que não havia ligação alguma entre a liberação das drogas e aumento da criminalidade³⁵.

Existem 3 modelos de política em se tratando de drogas: a proibição, a descriminalização e a legalização.

A política proibicionista-punitiva culminou com o aumento do tráfico de entorpecentes, permitindo a criação de conglomerados organizacionais voltados ao tráfico de drogas, como as entidades citadas abaixo:

2.2.1 Cartéis

Nos anos 80, os cartéis se expandiram por conta do aumento da demanda pelos entorpecentes, especialmente maconha e cocaína. Alguns líderes desses grupos armados ficaram mundialmente conhecidos como, por exemplo, Pablo Escobar que chefiou o cartel de Medellín até ser morto em 1993³⁶. O traficante chegou a ser considerado um dos homens mais ricos do mundo.

Com o aumento das forças no combate ao tráfico de entorpecentes, liderados pelos EUA, muitos cartéis foram dizimados com a prisão ou morte de seus líderes.

³⁴ Idem.

³⁵ SALLES, Marcos H.N., **Política de drogas no Brasil**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p 62 e 63.

³⁶ Disponível em https://pt.wikipedia.org/wiki/Narcotr%C3%A1fico_na_Col%C3%B4mbia Acesso em 13/04/2016.

Existem cartéis ativos na atualidade. A maioria se encontra no México e são extremamente perigosos, uma vez que existe uma guerra entre os próprios cartéis e entre os cartéis e o governo mexicano.

2.2.2 FARC'S

É impossível falar de drogas sem mencionar as FARC (Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia), que apesar de não ter como função principal o tráfico de entorpecentes (já que sua finalidade é a implantação de um regime socialista na Colômbia) tem participação ativa no tráfico na região amazônica, uma das portas de entrada de diversas drogas no Brasil. As FARC's são responsáveis pela produção de 39% da cocaína colombiana e são os principais fornecedores de cocaína para os EUA³⁷.

Para os governos do EUA, Canadá, Colômbia e pela União Europeia as FARC's são consideradas um grupo terrorista. O Brasil, Equador, Bolívia, Argentina e Chile não compartilham desse entendimento e não os classificam como grupos terroristas³⁸.

2.2.3 Máfia

Assim como as FARC's, a atividade fim das máfias existentes no mundo não é o tráfico de entorpecentes. Entretanto existem ramificações que participam do comércio mundial de drogas ilícitas.

As maiores máfias do mundo são a Yardie Britânica, máfia albanesa, máfia sérvia, máfia israelita, a máfia mexicana, máfia chinesa: Tríade, máfia Colombiana, máfia siciliana: Cosa Nostra e a máfia russa.

2.3. As drogas no Brasil

A questão das drogas no país não seguiu passos distintos do mundo. A maconha chegou ao Brasil através dos escravos, provavelmente a partir de 1549, uma vez que a planta não é nativa dessa região do planeta. Somente com a utilização pelos índios é que a maconha passou a ser plantada em território nacional.

O primeiro relato, em português, sobre a planta foi descrito num livro escrito em 1563 por Gárcia da Orta.³⁹ Cujos trechos abaixo reproduzidos descreviam seus efeitos:

Ruano – Pois asi he, dizeyme como se faz este banguê, e pera que o tomão, e que leva?

Orta – "Fazse do pó destas folhas pisadas, e ás vezes da semente; (...) porque embebeda e faz estar fóra de si; e pera o mesmo lhe mesturão no-moscada... e o proveito que disto tirão he estar fora de si, como enlevados sem nenhum cuidado e prazimenteiros, e alguns a rir hum

³⁷ Disponível em https://pt.wikipedia.org/wiki/For%C3%A7as_Armadas_Revolucion%C3%A1rias_da_Col%C3%B4mbia Acesso em 13/04/2016.

³⁸ Idem

³⁹ Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0047-20852006000400008 Acesso em 13/04/2016.

riso parvo; e já ouvi a muitas mulheres que, quando hião ver algum homem, pera estar com choquarerias e graciosas o tomovão. E o que (...) se conta (...) he que os grandes capitães, (...) acostumavão embebedar-se ... com este banguê, pera se esquecerem de seus trabalhos, e nam cuidarem, e poderem dormir; (...) E o gram Soltão Badur dizia a Martim Affonso de Sousa, a quem elle muito grande bem queria e lhe descubria seus secretos, que quando de noite queria yr a Portugal e ao Brasil, e á Turquia, e á Arabia, e à Pérsia, não fazia mais que comer um pouco de banguê.

Ruano – Eu vi hum portuguez choquareiro, (...) e comeo uma talhada ou duas deste letuario, e de noite esteve bebedo graciosos e nas falas em extremo, e no testamento que fazia. E porém era triste no chorar e nas magoas que dizia; (...) mostrava ter tristeza e grande enjoamento, e ás pessoas que o vião ou ouvião provocava o riso, como o faz hum bebedo saudoso; ... e ter vontade de comer.

Inicialmente a própria coroa portuguesa incentivava o cultivo e uso da erva:

(...) aos 4 de agosto de 1785 o Vice-Rei (...) enviava carta ao Capitão General e Governador da Capitania de São Paulo (...) recomendando o plantio de cânhamo por ser de interesse da Metrópole (...) remetia a porto de Santos (...) ‘dezesseis sacas com 39 alqueires’ de sementes de maconha...” (Fonseca, 1980)⁴⁰.

Assim como as demais drogas, inicialmente a maconha era tratada como terapêutica e para fins medicinais. Ao longo dos anos, o uso para fins não medicinais foi disseminado entre os escravos e as classes pobres, sendo considerada uma substância para pessoas inferiores, sem receber a devida atenção pelos governantes.

Somente a partir do ano de 1930 é que o combate ao uso da maconha ganhou força no país, (que era vendida como maços de cigarro) apesar de a lei 4.296 de 06 de julho de 1921 já dispor sobre o uso como forma de contravenção, somente em 1933, no Rio de Janeiro, foram efetuadas as primeiras prisões de contrabandistas da planta.

Em 1961 uma resolução da ONU colocou a planta no mesmo patamar da heroína, o que intensificou sua repressão no país.

Atualmente existem diversos setores da sociedade que são defensores da legalização da maconha seu uso e cultivo, seguindo entendimento adotado por outros países nos quais a legalização vem tendo resultados positivos, uma vez que o maior argumento contra a liberação da maconha é que seu consumo iria aumentar, o que não ocorreu nos países em que a *cannabis* é legalizada.

O LSD e o ecstasy são muito utilizados em festas “rave” conhecidas por durarem horas e até dias.

A heroína nunca foi popular no Brasil. Entretanto, isso está mudando. São cada vez mais frequentes as apreensões da substância. Em 2000 não houve qualquer registro de apreensão de heroína, ao passo que em 2002, a polícia apreendeu 11 kilos da droga⁴¹.

⁴⁰ Idem.

⁴¹ Disponível em <http://www.antidrogas.com.br/mostranoticia> acesso em 13/04/2014.

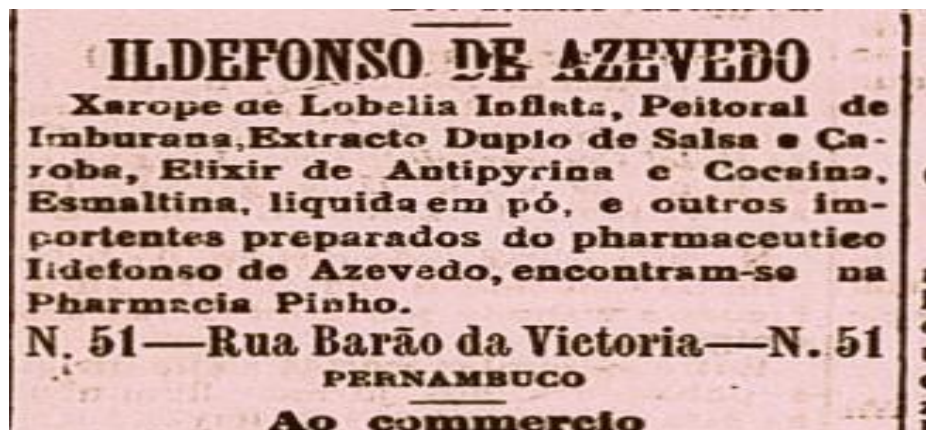
Não se sabe quando e como a cocaína chegou ao Brasil. No início, assim como nos demais países, o consumo de cocaína era regular e comum. Existem evidências de seu uso datada de, pelo menos, o ano de 1880, conforme figuras abaixo:

Figura n.º 2



Fonte: <https://tokdehistoria.com.br/2013/08/25/cocaina-ha-100-anos-atras-uma-historia-actual/>

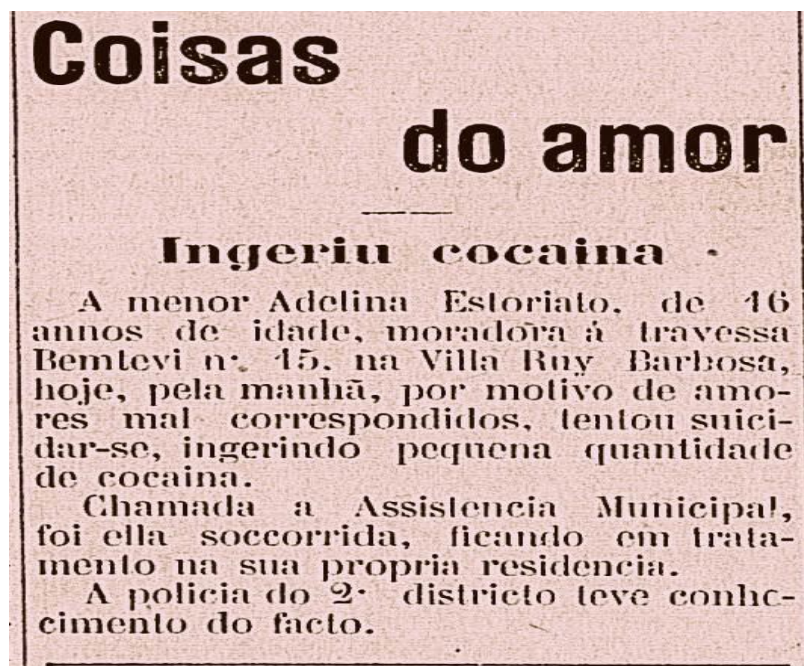
Figura 3



Fonte: <https://tokdehistoria.com.br/2013/08/25/cocaina-ha-100-anos-atras-uma-historia-actual/>

Com relação à cocaína, era comum que as pessoas utilizassem o entorpecente para cometer suicídio, conforme ilustram as figuras abaixo, especialmente as mulheres do início do século XX.

Figura 4.



Fonte: <https://tokdehistoria.com.br/2013/08/25/cocaina-ha-100-anos-atras-uma-historia-actual/>

Figura 5



Fonte: <https://tokdehistoria.com.br/2013/08/25/cocaina-ha-100-anos-atras-uma-historia-actual/>

Até o início do século XX, o Brasil não possuía qualquer restrição ao uso e porte de qualquer substância entorpecente. Somente nos anos 20, pressionados pelo Tribunal de

Haia o Brasil passou a ter uma legislação sobre drogas. A cocaína somente poderia ser adquirida com prescrição médica. Ainda não existia a figura do traficante, uma vez que era possível adquirir cocaína, por exemplo, nas farmácias.

Apesar da proibição a partir da Convenção de Haia (a obtenção da droga deveria ser prescrita pelo médico) seu comércio era muito comum nas farmácias da cidade do Rio de Janeiro. Em razão disso um jornalista do periódico carioca “A Noite” fez um trabalho de campo onde, com a ajuda de colegas, conseguiu adquirir 37 gramas de cocaína, em meia hora, diretamente nas farmácias e sem receitas, que culminou com a reportagem abaixo⁴²:

Figura 6



Fonte: <https://tokdehistoria.com.br/2013/08/25/cocaina-ha-100-anos-atras-uma-historia-atual/>

Nos anos 20 o consumo de cocaína foi reduzido em razão da escassez no mercado externo. Os pesquisadores atribuem o fenômeno, ao surgimento de leis mais duras que baniram a cocaína e a heroína de diversos mercados livres⁴³.

⁴² Disponível em <http://tokdehistoria.com.br/2013/08/25/cocaina-ha-100-anos-atras-uma-historia-atual/>
Acesso em 13/04/2014.

⁴³ Idem.

No Brasil, entre os anos 60 e 70, presos políticos foram colocados em celas com prisioneiros comuns. A partir da lei da anistia, os presos políticos foram liberados, entretanto, os presos comuns, que aprenderam técnicas de guerrilha com os presos políticos, se organizaram e criaram um grupo de autodefesa, denominado Falange Vermelha, quem em pouco tempo tornou-se o Comando Vermelho.

Na década de 80 o Comando Vermelho dominava diversas penitenciárias e favelas que iam surgindo à margem da cidade do Rio de Janeiro.

Inicialmente o Comando Vermelho tinha como fonte de renda o roubo e furto de carros. Posteriormente, perceberam uma maneira mais simples e segura para ganhar dinheiro: o tráfico de drogas. Durante muito tempo, ante a falta de uma política de inclusão na sociedade de pessoas de menor aquisitivo, foram surgindo favelas e nesses locais o tráfico de entorpecentes encontrou seu maior comerciante: o traficante do morro. Os traficantes eram divididos em diversas facções que disputavam o controle de territórios através de uma verdadeira guerra, causando impacto direto nos moradores “do bem” das comunidades, uma vez que a tentativa de tomada do território “inimigo” era uma constante entre facções rivais. Nesse período, a guerra entre traficantes ultrapassou o limite do aceitável. Somente com a implantação das Unidades de Polícias Pacificadoras, tema que será abordado mais à frente, é que o Estado conseguiu, de maneira precária, retomar territórios antes dominados pelos traficantes.

2.4 Efeitos das drogas no organismo

Drogas fazem mal à saúde. Isso é um fato inegável. Porém, dão prazer. Negar esse fato é contradizer a história mundial. Se não dessem prazer, as drogas não seriam usadas desde os tempos mais primórdios da humanidade. Outro fato inegável é que se usadas de maneira correta as drogas tem aplicações médicas, muitas vezes favoráveis. Dentro desse contexto é preciso se considerar as drogas lícitas e ilícitas.

A UNIDOC (United Nations Office on Drugs and Crime) distingue três classes principais de acordo com sua produção: drogas de base orgânica sem intervenção química, como por exemplo, a maconha; drogas de base orgânica com intervenção química, como a cocaína; drogas sintéticas (produzidas com a mistura de compostos sintéticos, como o ecstasy.). Cada droga tem um efeito diferente no organismo humano. Pode-se diferenciá-las pelos seus efeitos como depressoras, estimulantes, alucinógenas e inalantes, conforme o quadro abaixo:

Tabela 2 – Classificação das drogas⁴⁴

Estimulantes	Atuam sobre o sistema nervoso central: cocaína, crack, anfetaminas, moderadores de apetite, nicotina, cafeína. As primeiras estimulam músculos, aceleram o ritmo cardíaco, ampliam pressão sanguínea e diminuem o apetite, dando a quem as utiliza sensação de confiança, ousadia, excitação, e causando ansiedade, paranoia e certa confusão mental.
Depressores	Possuem esse nome porque deprimem o sistema nervoso central. Podem ser classificados em: Opiáceos (ópio, heroína, Percodan, Metadona etc.), Álcool (cerveja, vinho, licores), e hipnosedativos (barbitúricos, Valium, Librium etc. O uso de grande parte deles provoca a redução do ritmo cardíaco e da respiração, diminui a coordenação e a força muscular e confunde os sentidos. A utilização de pequenas doses de algumas destas substâncias podem agir como estimulantes; entretanto, quanto mais se usa, a depressão posterior é maior. Diversos provocam impotência sexual.
Alucinógenos	Os principais são: LSD, peíote, mescalina e maconha. Normalmente distorcem a percepção, chegando a provocar alucinações ou delírios. O uso do LSD aumenta a pressão sanguínea e provoca sudorese; da maconha aumenta o apetite, mas torna os olhos marejados.
Inalantes	Também deprimem o sistema nervoso central, provocando tontura, andar vacilante, fala "pastosa" e embriaguez. Entre eles se encontram solventes (cola, gasolina, tintas metálicas), nitritos voláteis (de amilo ou butilo) e óxido nitroso (gás hilariante). Muitas vezes causam excitação, impulsividade, delírios e estupor. Seus efeitos são tóxicos nos tecidos pulmonares, no cérebro, fígado e rins.

Fonte: Geografia política das drogas ilegais, p.22.

Todo o funcionamento do sistema nervoso é mediado pelos neurônios, e as drogas atuam exatamente nas conexões entre eles – as chamadas sinapses. Todo neurônio possui um corpo, onde ficam o núcleo, os dentritos e um axônio. O impulso nervoso sempre é transmitido do axônio de um neurônio para o dentrito do próximo. O corpo humano possui cerca de 100 bilhões de neurônios, com formatos variados, que mudam de acordo com suas funções. Neurônios nunca se tocam. Entre eles estão as sinapses, espaço de 30 milionésimos de milímetro no qual o impulso é “traduzido” quimicamente. É aqui que as drogas atuam.⁴⁵

Ao longo de um mesmo neurônio, o impulso nervoso é transmitido eletricamente, por sua membrana. Na hora de “pular” para o próximo, no entanto, ele precisa ser traduzido quimicamente. E é aí que entram os neurotransmissores. Eles funcionam como mensageiros entre as células nervosas, levando recados de uma para outras. Quando se encaixam em proteínas receptoras na membrana de um neurônio, eles o fazem ficar mais

⁴⁴ CAMPOS, Rui Ribeiro, **Geografia política das drogas ilegais**, Leme/SP:JH Mizuno, 2014, p22.

⁴⁵ Idem, p. 163.

excitado ou inibido, mais “ligado” ou “apagado”. O detalhe é que esse encaixe é extremamente específico. Cada neurotransmissor só consegue se encaixar em determinado tipo de proteína receptora. E como cada tipo de neurônio possui uma função e apenas alguns tipos de receptores, cada neurotransmissor produz um efeito particular. A droga faz efeito ao se encaixar nos receptores de determinado neurotransmissor ou em outros locais que indiretamente aumentam a concentração deles na sinapse. Isso faz com que ela imite e exagere seu efeito específico⁴⁶.

Como dito, nosso organismo produz naturalmente os diversos tipos de neurotransmissores que nos causam determinados efeitos. As drogas aumentam os efeitos de tais neurotransmissores de forma sintética. Na tabela abaixo é possível verificar cada tipo de neurotransmissor, seus efeitos naturais e as drogas “compatíveis”.

Tabela 3 – Classificação dos neurônios:

Neurotransmissor	Efeitos naturais	Drogas "compatíveis"
Acetilcolina	Reduz o ritmo cardíaco. Estimula a memória e a concentração muscular	Nicotina
Norepinefrina	Aumenta o ritmo cardíaco, o estado de alerta e a euforia.	Anfetamina, cocaína, LSD
Dopamina	Aumenta o estado de alerta e a euforia. Diminui a fome	Anfetamina, cocaína, LSD
Serotonina	Aumenta a euforia e a sensação de bem-estar. Reduz a dor	Anfetamina, cocaína, LSD, cogumelo, mescalina, antidepressivos
Gaba	Aumenta o sono. Inibe a memória, a tensão muscular e a ansiedade	Álcool, GHB, barbitúricos
Opioides	Diminuem a ansiedade e a dor. Aumentam a sonolência	Morfina, heroína, hidrocodona
Canabinoides	Aumentam a fome	Maconha

Fonte: Almanaque das Drogas.

Como o foco deste trabalho é a maconha, a cocaína, a heroína e o ecstasy é imprescindível saber quais os efeitos que cada uma das substâncias acarreta no corpo humano:

2.4.1 Maconha

A maconha e o haxixe são drogas feitas das flores e folhas de plantas fêmeas da espécie *cannbis sativa*, ricas em THC (delta 9 – tetra hidrocanabinol), seu princípio ativo mais importante. A maconha é o preparado de folhas e flores em si, enquanto o haxixe é a resina extraída dessas partes da planta. A maconha provoca uma sensação de bem estar e relaxamento que é acompanhada de certa euforia nos primeiros 30 minutos, em média.

⁴⁶ Idem, p. 164.

Depois, vem um estado de sedação e sono. Outros efeitos comuns são vontade de rir, perda da noção do tempo e maior sensibilidade sensorial, especialmente para sons e imagens. A boca fica seca, os olhos vermelhos, o coração bate mais rápido e a fome aumenta, especialmente a vontade de comer doces – o que os usuários chama de larica -. A intensidade desses efeitos muda muito de acordo com a pessoa e a variedade da droga. Os efeitos negativos mais comuns são crises de ansiedade e angústia, tremedeiras e suadouros. Algumas pessoas chegam a ter paranoias e mania de perseguição. Não há casos conhecidos de overdose de maconha. Estima-se que seja necessário fumar cerca de 680 quilos de maconha em 14 minutos para atingir uma dose letal. O risco associado ao uso da maconha é dirigir. Como a droga afeta a coordenação motora, aumenta a chance de acidentes. Estudos mostram que cerca de 10% das pessoas que experimentaram maconha se tornaram dependentes em algum momento da vida. A maioria dos usuários crônicos, no entanto, acaba interrompendo ou diminuindo o uso antes dos 30 anos. A maconha geralmente causa um pouco de tolerância em quem fuma mais de um cigarro por dia. Ao interromper o uso pesado e crônico, alguns usuários ficam levemente irritadiços, insones, sem apetite e ansiosos. O auge desses sintomas chega dois ou três dias após o último uso e desaparece em até uma semana. Usar dois “baseados” diários por 20 dias pode ser suficiente para sentir isso ao largar a droga⁴⁷.

O efeito negativo mais bem comprovado pela maconha é a perda de memória. Demais problemas associados ao uso da maconha: aprendizado; problemas respiratórios; câncer de pulmão; violência, coração, problemas psiquiátricos e na reprodução por diminuir o número de espermatozoides reprodutivos;

Entretanto, seu uso terapêutico é reconhecidamente comprovado. Pacientes com câncer fumam maconha para diminuir os efeitos colaterais da quimioterapia. Por suas aplicações farmacêuticas o uso medicinal da maconha vem sendo reconhecido:

O Brasil redescobriu o uso medicinal da *Cannabis sativa* em 2014. O marco da retomada foi o caso de Anny de Bortoli Fisher que se tornou a primeira pessoa do Brasil com autorização da Justiça para usar um produto feito de maconha com fins medicinais. Portadora da síndrome CDKL, tipo de epilepsia rara, grave e resistente às medicações então disponíveis, a criança de 05 anos tinha cerca de 60 convulsões por semana e conseguiu reduzi-las a zero usando um extrato de maconha rico em canabidiol, derivado não psicoativo da planta. Sua história, contada no filme *Illegal* (2014), serviu de exemplo para outras famílias. Depois desse episódio, dezenas de outras crianças brasileiras com epilepsia passaram a usar o produto para o controle de convulsões⁴⁸.

⁴⁷ ARAÚJO, Tarso, **Almanaque das drogas**, 02. ed. São Paulo: Leya Editora, 2014, p. 311.

⁴⁸ Idem, p. 89.

Além do caso mencionado acima, a maconha tem eficácia comprovada contra náusea, vômito, anorexia e perda de peso; eficácia relativamente bem comprovada contra espasmos musculares, dores crônicas; distúrbios de movimento e glaucoma; efeitos não comprovados são o uso contra alergias, inflamações e infecções, epilepsia, depressão e distúrbios de ansiedade⁴⁹.

2.4.2 Cocaína

A cocaína é um poderoso estimulante do sistema nervoso. Deixa as pessoas ativas, sem sono, falantes, eufóricas e sem apetite. Quem usa também costuma sentir prazer, autoconfiança, agressividade e desejo sexual. Mas algumas pessoas ficam paranoicas. A pressão sanguínea e a temperatura corporal sobem, os batimentos cardíacos aceleram. Quando os efeitos passam, vem a “rebordose”: o usuário se torna apático, deprimido e cansado. A cocaína usada em pó é cheirada ou diluída para injeção na veia. Altas doses podem causar hipertermia, convulsões, derrames, paradas cardiorrespiratórias e overdose, além de infecções graves, no caso de uso intravenoso. O risco de overdose aumenta na combinação com outros estimulantes, remédios que aumentem a pressão sanguínea ou a sensibilidade a convulsões. A agressividade e o excesso de confiança que os usuários costumam sentir sob o efeito da droga favorecem acidentes e brigas. O risco de dependência de cocaína é alto, especialmente quando usada por via sanguínea ou fumada sob a forma de crack ou de pasta-base. A tolerância se desenvolve rapidamente, a ponto de, às vezes, o efeito de uma mesma carreira diminuir ao longo da mesma “noitada”. Ao interromper o uso crônico, os usuários tem crise de abstinência marcada por insônia, depressão, comportamento irritado e agressivo, além do grande desejo de usar a droga de novo⁵⁰.

A cocaína pode, ainda, causar problemas cardíacos, dependência, convulsões, problemas no pulmão, suicídio, infecções no nariz, aumento do desejo sexual no início do uso, a introdução intravenosa pode causar AIDS (pelo compartilhamento de seringas) e infecções, tiques nervosos, comportamento violento, depressão, problemas na gravidez e overdose⁵¹.

2.4.3 Opioides (Heroína)

Os opioides causam um estado de relaxamento e sono prazeroso e reduzem a dor. Os usuários entram num estado de torpor e esquecem qualquer preocupação ou problema. A intensidade desses efeitos muda de acordo com a potência do opioide usado e com a

⁴⁹ Idem, p. 312.

⁵⁰ Idem p, 295.

⁵¹ Idem p, 298.

dose. Injetados ou fumados, causam, ainda, um estado inicial de euforia que muitos comparam a um orgasmo. Opioides também reduzem o ritmo da respiração e do coração, podendo até deixar a pessoa fria e pálida, além de diminuir o tamanho das pupilas, causar prisão de ventre e dificuldades para urinar. Os efeitos podem começar em alguns segundos (fumando ou injetando) ou minutos (cheirando ou ingerindo). Eles duram de duas a seis horas, geralmente. Desde a primeira dose, o uso de opioides pode causar overdose, o que é relativamente comum. Eles desaceleram a respiração até a pessoa morrer por falta de ar. Quando se usa a droga por injeção, também existe o risco de doenças infecciosas. O uso de opioides por algumas semanas é suficiente para causar dependência, especialmente no caso da heroína. A tolerância diminui, primeiro, a resistência à dor e a euforia inicial; depois, o efeito sobre o sistema respiratório. A síndrome de abstinência é intensa e dolorosa. Após um tempo sem a droga – que pode ser de algumas horas, apenas – a pessoa começa a suar, lacrimejar e ter corrimento nasal, como se estivesse gripada. Em seguida fica quieta e irritada. Afinal, passa a ter febre, náusea, vômitos, diarreia, dores musculares, fortes cólicas intestinais e até alucinações. Esses sintomas duram de uma a duas semanas. Durante esse tempo e depois, o usuário sente uma vontade incontrolável de usar a droga. Essa fissura e o desconforto da abstinência tornam a dependência de opioides bem difícil de tratar.

Com o tempo os opioides prejudicam a fertilidade, causam impotência, prisão de ventre crônica, diminuição da resistência contra doenças contagiosas, dificuldades para aprender e tomar decisões complexas. Em mulheres grávidas, os opioides atravessam a placenta e causam dependência. Quando o bebê nasce pode ter síndrome de abstinência por uma semana. A droga raramente causa deformações no feto, mas está associada ao nascimento de crianças magras.

2.4.4 Ecstasy (MDMA)

O MDMA causa euforia, uma leve estimulação, além de deixar os sentidos mais aguçados, especialmente a audição e o tato, o que explica sua associação com pistas de dança. A droga também deixa as pessoas mais afetivas e emocionalmente sensíveis daí o nome “droga do amor”. Apesar disso, as pessoas têm mais dificuldades em ter um orgasmo. Outros efeitos comuns são aumento da pressão, do ritmo cardíaco e da temperatura corporal e ranger dentes durante a “viagem” e, ao final dificuldades para dormir. As *bad trips* mais comuns são crises de pânico e ansiedade. Às vezes as pessoas têm dificuldade para sentir prazer um ou dois dias após o uso da droga – o que os usuários chamam de “*blue tuesday*”. A forma de uso é através da ingestão de comprimidos e, raramente, cheiradas. Os efeitos aparecem em até 30 minutos e duram de seis a oito horas. Em doses grandes, o ecstasy pode causar um aumento anormal da temperatura do corpo.

Combinado com desidratação e atividade física intensa, isso pode causar crises renais, hepáticas ou cardíacas. As mortes associadas ao ecstasy estão relacionadas ao uso simultâneo de outras drogas e normalmente são causadas por hipertermia ou consumo excessivo de água⁵².

3 TRÁFICO DE ENTORPECENTES

Em razão da proibição em diversos países, seus usuários passaram a se valer do mercado negro para aquisição de sua droga, criando, assim, o tráfico de entorpecentes.

Segundo o Fundo Monetário Internacional, o crime organizado movimenta, por ano, 750 bilhões de dólares, sendo que 500 bilhões são gerados pelo comércio de droga ilícitas⁵³. Somente a título de exemplo, na década de 2000, os traficantes de cocaína passaram a usar barcos que são quase como submarinos para levar a droga aos EUA. Cada embarcação custa cerca de 2 milhões de dólares e é descartável: completa a missão e vai para o fundo do mar. Com uma carga de 200 milhões de dólares, o investimento compensa. O importante é que ninguém intercepte o carregamento de 10 toneladas da droga em pó⁵⁴. A condição de uma droga perante a lei influencia o impacto que seu comércio tem sobre a economia. O de drogas lícitas impulsiona os mercados de comunicação, embalagens, transportes etc. O das substâncias proibidas compra armamentos e financia outros tipos de crimes, especialmente a corrupção. O Estado cobra impostos de quem comercializa drogas lícitas e investe em segurança pública, sistemas penitenciários e penais para combater quem está por trás das drogas ilegais.⁵⁵

Na maioria dos países (quase que em sua totalidade), existe o tráfico de entorpecentes. O que se diferencia entre países é a droga explorada e seu destino. Alguns países são produtores e consumidores, outros são somente consumidores e existem aqueles que apenas são rotas do tráfico.

Em 1961 a ONU traçou o perfil e listou diversas substâncias entorpecentes como sendo ilícitas. Os países signatários do tratado passaram a adotar a política de criminalização do porte e do consumo das drogas listada pela ONU. Uma passagem do estudo da professora Luciana Boiteux explicita o caráter intervencionista e generalista da Convenção:

Nesse momento, nota-se a radicalização do controle internacional de drogas, que passou a buscar a total erradicação do consumo e da produção de determinadas substâncias, inclusive algumas que eram

⁵² Idem, p. 301.

⁵³ ZACONE, Orlando. **Acionistas do Nada: quem são os traficantes de drogas**, 3 ed. Rio de Janeiro, 2011, Revan, p.11.

⁵⁴ ARAÚJO, Tarso, **Almanaque das drogas**, 2. ed. São Paulo: Leya Editora, 2014, p. 92.

⁵⁵ Idem, p. 92.

consumidas há milênios por tribos nativas da América Latina, como é o caso da folha de coca no Peru e na Bolívia. Pretendia-se, então, impor uma valoração negativa sobre uma cultura ancestral, sem levar em consideração a diversidade cultural dos povos⁵⁶.

Em razão do surgimento de novas drogas, em 1971, nova Convenção da ONU foi expandida firmando-se a *Convenção das Nações Unidas sobre Substâncias Psicotrópicas* e transformou em ilegal praticamente todas as drogas que mexem com o psiquismo humano⁵⁷. Entretanto, se a intenção da Convenção era reduzir o número de usuários, tal finalidade se mostrou um verdadeiro fracasso tendo em vista que o consumo foi aumentado ainda na década de 70⁵⁸.

O atual panorama mundial sobre o tráfico de drogas tem como base o Relatório Mundial sobre Drogas de 2015 elaborado pela UNODC (Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes) em Viena. No relatório ficou evidenciado que o uso de drogas continua estável em todo o mundo. Estima-se que um total de 246 milhões de pessoas – um pouco mais de 5% - da população mundial com idade entre 15 e 64 anos tenha feito uso de drogas ilícitas em 2013. Cerca de 27 milhões de pessoas fazem uso problemático de drogas ilícitas⁵⁹.

Esses números dão a dimensão dos problemas referentes às drogas, já que seu consumo aumenta anualmente em alguns países, como o Brasil, por exemplo, conforme confirmado pelo já mencionado relatório da ONU sobre drogas do ano de 2015.

Quando se fala em tráfico de entorpecentes, a primeira coisa que vêm à cabeça são as drogas ilícitas. Entretanto, existe um mercado crescente de tráfico de drogas lícitas, como o tabaco e o álcool em razão da alta carga de impostos sobre esses produtos. Associadas à falta de fiscalização e de punição adequada para os contrabandistas, as taxas altas fazem com que os mercados clandestinos sejam uma marca registrada do comércio de álcool e tabaco em todos os lugares. O cigarro é considerado o produto mais contrabandeado do mundo – o mercado negro representa de 6% a 11% do total global. Na América Latina, esse percentual chega a 20% e na África, a 15%. Nos países africanos mais pobres o mercado negro supera o formal. O Brasil, por exemplo, consome por ano cerca de 50 bilhões de cigarros exportados ilegalmente do Paraguai. Não se trata de cigarro falsificado, mas “apenas” contrabandeado. Por aqui, eles chegam ao consumidor por um preço cerca de 40% menor, o que acaba facilitando o acesso ao produto⁶⁰.

⁵⁶ BOITEUX, Luciana et al. **Tráfico de Drogas e Constituição**, Série pensando o direito n.1/2009. Rio de Janeiro/Brasília: UFRJ e UnB. 2009, p. 27.

⁵⁷ SALLES, Marcos H. M. **Política de Drogas no Brasil**. Temos o melhor modelo? Rio de Janeiro: Lumem Juris. Direito.2013. p. 19.

⁵⁸ Idem, pag.19.

⁵⁹ Disponível em <https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/frontpage/2015/06/relatorio-mundial-sobre-drogas-de-2015--o-uso-de-drogas-e-estavel--mas-o-acesso-ao-tratamento-da-dependencia-e-do-hiv-ainda-e-baixo.html> Acesso em 19/04/2016.

⁶⁰ ARAÚJO, Tarso, **Almanaque das drogas**, 2. ed. São Paulo: Leya Editora, 2014, p. 97.

3.1 Quem são os traficantes de drogas

Inicialmente deve-se destacar os grandes traficantes internacionais que ganham bilhões de dólares com o narcotráfico, como foi o caso de Amado Carrillo Fuentes, mexicano, que nos anos 90 chegou a acumular uma riqueza de 25 bilhões de dólares. Com tanto dinheiro, ele se tornou um dos homens mais caçados do mundo⁶¹. Outro exemplo de um grande traficante internacional é o colombiano Pablo Escobar, chefe do Cartel de Medellín na Colômbia durante os anos 80 e início dos anos 90.

Esses são exemplos conhecidos. Os grandes traficantes de drogas no Brasil, aqueles que realmente levam “a maior fatia do bolo” são desconhecidos. São pessoas sem rosto, mas que encabeçam toda a cadeia do tráfico nacional de entorpecentes e são responsáveis diretos por todos os problemas relacionados à violência que anda lado a lado com a atividade.

Os traficantes de drogas podem ser diferenciados pelo papel que exercem no comércio de substâncias ilícitas. Existem os grandes produtores, os distribuidores, os atacadistas e os varejistas. Os mais “conhecidos” no Brasil são os traficantes varejistas. Geralmente divididos em facções criminosas chefiadas por um “cabeça” e operadas por inúmeros personagens, que no imaginário popular, são todos ricos. Associa-se traficante a dinheiro. Em certa parte, tal associação está correta. Os chefes das facções e os donos dos morros no Rio de Janeiro realmente tem ganhos elevados. No entanto, para a grande maioria dos envolvidos, a realidade é bem diferente. O perfil do traficante, segundo Orlando Zacone, “é de homens e mulheres extremamente pobres, com baixa escolaridade e, na grande maioria dos casos, são detidos com drogas sem portar nenhuma arma⁶²”. São esses traficantes que superlotam os presídios e casas de detenção. Existe uma hierarquia no que diz respeito ao tráfico de entorpecentes. Aqueles traficantes da favela são os “pontas”, ou seja, é diretamente deles que os usuários adquirem as drogas. Cada pessoa tem um papel nesse tipo de tráfico (varejo). Tem o “fogueteiro”, “endolador”, “estica” e o “soldado”, que geralmente são aqueles que portam as armas. Os grandes chefões do tráfico varejista dificilmente são encontrados nas bocas de fumo, o que se corrobora com a teoria dos 03 níveis ou Iceberg invertido:

A Subsecretaria de Inteligência da SSP/RJ passou a adotar, após o término da Operação Rio em 1995, a “Teoria dos 3 níveis ou do Iceberg invertido”, desenvolvida pelo cel. Romeu A. Ferreira, que classifica a criminalidade no tráfico de entorpecentes em diferentes categorias. A teoria reconhece que o comércio ilícito de drogas nas favelas é a ponta de um iceberg invertido onde se concentra o maior número de pessoas que ficam expostas à repressão (criminalidade de nível 3), ao passo que

⁶¹ Idem, p. 100.

⁶² ZACONE, Orlando. **Acionistas do Nada**: quem são os traficantes de drogas .3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p.11 e 12.

os “novos ricos” e os “cidadãos acima de qualquer suspeita” estariam situados na criminalidade de níveis 2 e 1, que ilustrariam a ponta submersa (oculta) do iceberg invertido.⁶³

Foi criado um estereotipo do traficante (negro – pobre e com baixa instrução). São exatamente estes os traficantes combatidos em razão do critério da seletividade punitiva, forma com que as forças de segurança atacam o tráfico.

O traficante é visto pela sociedade como um ser do mal. São homens e mulheres sem nenhum limite moral, que ganham a vida a partir de lucros imensuráveis às custas da desgraça pública, que agem de forma violenta e bárbara, ou seja, uma espécie de incivilizado, aos quais a prisão é destinada como metáfora de jaula⁶⁴.

Se o tráfico de varejo é tão estigmatizado, por que as pessoas entram para essa vida?

No caso dos mercados abertos e das quadrilhas, a falta de oportunidades de estudo e emprego parece ser o ingrediente mais importante, segundo especialistas. Na pesquisa do Observatório das Favelas, a maioria dos traficantes disse ter entrado no mercado com menos de 18 anos e apenas 10% tinham ensino fundamental completo, ganhar um salário mínimo já é incentivo suficiente para que entrem no negócio. Outra motivação frequente é a busca de prestígio e respeito dentro de determinada comunidade – coisa que os traficantes de quadrilhas conquistam na base da intimidação. Uma terceira explicação é a expectativa de ascender na hierarquia da quadrilha, ainda que a chance de morrer ou ser preso seja sempre maior do que a de sucesso.⁶⁵

Vale ressaltar que a figura do traficante de drogas foi sendo moldada ao longo do século XX em razão da política proibicionista adotada por diversos países. A situação seria diferente caso a política adotada pelos países fosse diferente? Seria a legalização das drogas uma alternativa para a diminuição do tráfico? A experiência em alguns países indica que sim. Isso porque o tráfico de drogas precisa que as drogas sejam ilegais, do contrário, o traficante ficaria sem sua atividade e esta, ficaria a cargo do governo. A liberação das drogas iria diminuir o número da população carcerária no Rio de Janeiro, já que atualmente, cerca de 60% da população está presa pelo crime de tráfico. A liberação diminuiria os gastos públicos e a violência gerada pelos conflitos decorrentes do tráfico de entorpecentes. Além de passar a arrecadar impostos sobre o comércio das drogas⁶⁶.

O tráfico de drogas anda lado a lado com a violência. Disputas por territórios causam mais problemas do que o consumo da droga em si. Em outras palavras, morrem mais pessoas em decorrência da guerra causada pelo tráfico do que pelo uso em si.

⁶³ Idem, p. 12.

⁶⁴ Idem, p. 118.

⁶⁵ ARAÚJO, Tarso, **Almanaque das drogas**, 2. ed. São Paulo: Leya Editora, 2014, p. 139.

⁶⁶ Disponível em <http://www.cartacapital.com.br/sociedade/sob-a-lei-espanhola-69-dos-presos-por-trafico-no-brasil-estariam-livres-3087.html> Acesso em 24/04/2016.

3.2 Combate às drogas no Rio de Janeiro

Conforme se verifica em nosso cotidiano, o modelo adotado pelo governo é o proibicionista. Tal modelo vem se revelando um verdadeiro fracasso diante da violência na cidade. O combate é feito de maneira precária e esporádica. (com exceção das favelas que já possuem UPP's).

Não existe um planejamento detalhado e inteligente para lidar com o problema. A estratégia de combate é o puro enfrentamento diretamente entre os traficantes e os policiais e quem mais sofre com isso são os moradores honestos das comunidades, várias vezes sendo literalmente executados pelas forças de segurança (leia-se aqui a PM e o BOPE). Não existe respeito algum aos princípios e garantias asseguradas a todos os cidadãos na Constituição. O combate às drogas na cidade do Rio de Janeiro é feito de forma seletiva, como já dito, que acabou associando a cor da pele, grau de instrução e local de moradia ao tráfico de drogas. Tal fato pode ser constatado pelo número de ocorrências por detalhamento do delito de tráfico de entorpecente⁶⁷.

Mapa de ocorrências por detalhamento do delito tráfico de entorpecente em 2005:

Delegacia	Área		Flagrantes
34° DP	Bangu		186
36° DP	Santa Cruz		89
21° DP	Bonsucesso		83
32° DP	Jacarepaguá		73
62° DP	Imbariê		67
17°	São Cristóvão		63
Total			561
Zona Sul			
15° DP	Gávea		17
10° DP	Botafogo		15
12° DP	Copacabana		14
14° DP	Leblon		9
13° DP	Ipanema		5
16° DP	Barra da Tijuca		3
Total			63

Fonte do ISP (Instituto de Segurança Pública/RJ)

Qualquer pessoa que analise esses dados chegaria à conclusão de que o tráfico de entorpecentes na Zona Sul da cidade é praticamente ínfimo se comparado aos demais bairros da cidade como a Zona Norte, por exemplo. Tal fato não é verdadeiro. O que diferencia os índices oficiais é a seletividade punitiva, ou seja, são presas somente as

⁶⁷ ZACONE, Orlando. **Acionistas do Nada**: quem são os traficantes de drogas.3.ed. Rio de Janeiro: Revan,2011, p.14.

peças que se encaixam no estereótipo do traficante, cuja população estereotipada é mais abundante na Zona Norte do que na Zona Sul da cidade.

O grande problema de nossa atual política de combate às drogas é que somente são presos os varejistas, aqueles traficantes que ficam no morro. Não existe um trabalho para desarticular o processo de fabricação e distribuição das drogas. Aqueles que realmente lucram com o tráfico nunca são presos e por muitas vezes sequer são conhecidos. Essa forma de repressão não leva a lugar nenhum. Se um traficante é preso ou morto, logo outro assume seu lugar e tudo continua na mesma equação: traficante + polícia = morte de inocentes, caos urbano, desrespeito à dignidade humana dentre outros.

Este trabalho não tem pretensão de defender ou atacar qualquer governo ou partido político, entretanto, como será visto mais à frente, o Estado do Rio de Janeiro, através da Secretaria de Segurança Pública vêm obtendo certo êxito no combate à criminalidade praticada nos morros através das UPP's, que foram implantadas em 2008, pelo então Governador Sérgio Cabral. A grande questão é saber se tal política irá resistir à passagem do tempo. Quanto mais tempo um programa existe, maior é a sua probabilidade de sucumbir à corrupção.

3.3 A cifra negra do crime

Sabe-se que nem todo delito praticado é tipificado ou investigado pela polícia judiciária, ou mesmo, denunciado, julgado e o seu autor condenado.

Nesse sentido, o termo cifra negra (zona obscura, "*dark number*" ou "*ciffre noir*") refere-se à porcentagem de crimes não solucionados ou punidos, à existência de um significativo número de infrações penais desconhecidas "oficialmente"⁶⁸.

A cifra negra do crime tem como conceito os crimes que ocorrem que sequer chegam às autoridades de segurança pública. É um inimigo invisível e decorre muito do processo seletivo de quem vai responder pelo crime de tráfico de entorpecentes ou pelo seu uso.

Orlando Zacone, em citação atribuída a Thompson conclui:

As classes médias e altas tendem a passar a maior parte em locais fechados; os indivíduos marginalizados vivem a céu aberto. Compreendendo-se, por isso mesmo, haver muito mais probabilidade de serem os delitos dos miseráveis vistos pela polícia do que os perpetrados pela gente da posição mais elevada. Como consequência, idênticos comportamentos, dependendo do estrato a que pertence o sujeito, mostrarão variações quanto a gerar o reconhecimento de serem criminosos⁶⁹.

⁶⁸ Disponível em <http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1039612/em-que-consistem-as-expressoes-cifra-negra-e-cifra-dourada-priscila-santos-rosa> Acesso em 24/04/2016.

⁶⁹ ZACONE, Orlando. **Acionistas do nada: quem são os traficantes de droga** 3º ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 18 e 19.

Também responsável pela cifra negra é a adequação do autor ao estereótipo do criminoso. Crime e miséria têm sido constantemente associados. Hoje, o problema do primeiro traço definidor da imagem do delinquente é seu status social. Afimar que o criminoso é caracteristicamente pobre facilita inverter os termos da proposição para afirmar que o pobre é caracteristicamente criminoso⁷⁰.

Ao repreender somente um segmento da população, o estado acaba sendo conivente pela existência da cifra negra do crime. O tráfico de drogas não acontece somente nas favelas. Demais segmentos da sociedade também participam do processo. Entretanto, as forças policiais não lidam com tais segmentos em decorrência do critério utilizado para identificar possíveis traficantes. Os demais não são identificados e ficam fora das estatísticas oficiais do governo.

O tráfico de entorpecentes é uma atividade que movimenta bilhões de dólares atualmente. Os traficantes do morro são apenas a ponta mais fraca e suscetível ao combate pelos agentes do Estado. Estes traficantes não acumulam riquezas. O verdadeiro barão da droga, aquele que se beneficia dessa atividade bilionária nunca é identificado, o que remete à cifra negra do crime. Nesse mesmo problema incorrem os dealers que apesar de não ficarem ricos com seu comércio de drogas ilícitas, nunca são identificados.

3.4 Os usuários de drogas

O estereótipo do usuário de drogas fornecidas pelos traficantes do século XXI (dealers) é composto por pessoas de alto poder aquisitivo, muitos residem com seus pais, não trabalham, pois ainda estão na faculdade, e conseguem, de forma precária, administrar o uso que fazem das drogas que consomem.

Todos sabem quais são os malefícios que as drogas podem trazer, e mesmo assim o número de usuários vem aumentando. Conforme já mencionado, o consumo de cocaína no Brasil é quatro vezes maior do que a média mundial⁷¹. Conhecendo os riscos inerentes ao consumo de drogas, por que as pessoas as utilizam?

Porque o circuito cerebral dos seres mais evoluídos é dotado de um sistema de recompensas. Sua função no cérebro é “programa-lo” para repetir ações que dão prazer e são boas para a sobrevivência e evitar todas as outras, desagradáveis e perigosas. Fisicamente, o sistema de recompensa é um grupo particular de neurônios que se concentra numa parte específica do cérebro, mas lança ramificações por outros locais da nossa massa cinzenta. E é justamente essa região alvo preferencial da maioria das drogas que a humanidade usa em busca de um “barato”. Chegando ao cérebro, elas mexem na

⁷⁰ Idem, p. 19.

⁷¹ Disponível em, < <http://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2015/06/26/consumo-de-cocaina-no-brasil-e-4-vezes-superior-a-media-mundial.htm> > Acesso em 25/04/2016.

comunicação desses neurônios e fazem o usuário sentir, entre outras coisas, um prazer semelhante ao provocado pelo sexo ou por um bom prato de comida. Isso acontece porque as drogas psicotrópicas afetam a concentração de dopamina, neurotransmissor usado pelos neurônios do sistema de recompensa para se comunicar. Cada substância ativa um mecanismo diferente, direto ou indireto, que aumenta a quantidade de receptores de dopamina ocupados. O resultado, em todos os casos, é uma estimulação extra do sistema de recompensa – que para nosso corpo significa prazer. Essa sensação está na base de um “processo educativo” bastante elaborado que envolve partes do cérebro responsáveis pela memória, pelo aprendizado, pela tomada de decisões, entre outras funções, a fim de condicionar nossos atos aos comportamentos evolutivamente favoráveis⁷².

Segundo o sociólogo Henri Bergeron as pessoas usam drogas porque:

Em nossos dias ainda, a droga é investida do poder de subjugar as almas, perverter as vontades, dissipar toda moralidade e arrebatar os sujeitos psicológica ou fisicamente vulneráveis numa viagem sem volta. Alguns alegam ter escolhido livremente este caminho; outros dizem encontrar nele um prazer que não entendem porque vem a ser condenado; outros ainda afirmam passar por ele para desenvolver certas capacidades (com finalidades artísticas, espirituais, esportivas ou de sociabilidade etc.) com as quais não se consideram naturalmente agraciados⁷³.

Geralmente os motivos que fazem uma pessoa não usar drogas são: o alto custo do produto; o medo da dependência; porque ninguém as ensina a usar; porque a sociedade considera errado; por prudência, diante dos perigos desconhecidos; para não prejudicar a performance; porque são perigosas à saúde; porque são ilegais; por falta de acesso às substâncias; por motivos religiosos.⁷⁴

Independentemente do motivo, sabendo-se que o consumo de drogas não vai acabar, uma vez que o usuário sempre encontra alternativa para conseguir seu entorpecente, deve-se encarar o fenômeno pelo que ele realmente é, pois se trata de um novo desafio para ser combatido de forma inteligente e eficaz, fugindo do atual modelo adotado pelo sistema punitivo-proibicionista.

3.5 Questão de saúde ou segurança pública?

Somente as forças de Segurança não vão conseguir dizimar o tráfico de drogas sem olhar para os usuários como eles são realmente: pessoas doentes. O vício em drogas

⁷² ARAÚJO, Tarso, **Almanaque das drogas**, 02. ed. São Paulo: Leya Editora, 2014, p. 148.

⁷³ BERGERON, Henri. **Sociologia da Droga**. Aparecida: Nacional:Idéias & Letras, 2012, p.17 e 18.

⁷⁴ ARAÚJO, Tarso, **Almanaque das drogas**, São Paulo: Leya Editora, 02. ed. 2014, p. 149 e 150.

é uma doença e assim deve ser tratada. O Senado brasileiro segue essa linha de raciocínio como pode ser visto abaixo⁷⁵:

Durante muitos anos e na maioria dos povos e culturas o uso abusivo de álcool e de outras drogas foi considerado falha de caráter, vício. Essa idéia dificultava muito o tratamento dos doentes, uma vez que a dependência química não era vista como problema de saúde. Nem todos os usuários de drogas se tornam dependentes. Alguns seguem consumindo de vez em quando, enquanto outros não conseguem se controlar, usando a droga de forma abusiva. Ainda não se conhecem todas as causas da dependência e por isso não dá para saber, entre as pessoas que começam a usar drogas, quais serão usuários ocasionais e quais se tornarão dependentes. Sabe-se que a pessoa se torna dependente possivelmente devido a uma memória que a droga cria no cérebro, ligada a situações emocionais e ambientais (familiares, sociais). Nessas situações, através de mecanismos desconhecidos, o indivíduo sente necessidade da droga. Também uma maior predisposição biológica, que faz com que as drogas causem efeitos diferentes sobre o cérebro de cada usuário, tornando uns mais propensos à dependência que outros, pode explicar, em parte, o uso abusivo. Há ainda a predisposição genética. Sabe-se, por exemplo, que a incidência de alcoolismo em filhos de pais alcoólatras é de três a quatro vezes maior do que entre os filhos de não-dependentes. Na Classificação Internacional das Doenças (CID), a dependência de álcool e de todas as substâncias psicoativas está na categoria "transtornos mentais de comportamento", sendo considerada uma doença crônica e recidivante (o doente tem recaídas), caracterizada pela busca e consumo compulsivo de drogas.

Tratar o usuário de drogas como doente é o primeiro passo na luta contra o tráfico de entorpecentes. Somente repressão policial não resolverá o problema. É preciso que se veja o problema como questão de saúde pública. Mas o que é saúde pública?

Maurides de Melo Ribeiro, cita em sua obra a definição de saúde pública atribuída a Winslow que em 1920 criou o conceito: “a arte da ciência de prevenir doença, prolongar a vida e fomentar a saúde e a eficiência, mediante esforço organizado da comunidade”⁷⁶.

A OMS (Organização Mundial de Saúde) tem por objetivo desenvolver ao máximo possível o nível de saúde de todos os povos. A saúde sendo definida nesse mesmo documento como: “um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não consistindo somente da ausência de uma doença ou enfermidade”.⁷⁷

Como resta evidenciado, a saúde pública requer um esforço organizado para alcançar seus objetivos. Somente o modelo proibicionista-punitivo não funciona. Essa é a constatação de um número cada vez maior de políticos e estudiosos do assunto. Alguns dos principais defensores do modelo, como o escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes, reconhece a preocupação dos chamados “efeitos colaterais do sistema de

⁷⁵Disponível em: <http://www.senado.gov.br/noticias/jornal/cidadania/Dependenciadrogena/not01.htm>
Acesso em 24/04/2016.

⁷⁶ RIBEIRO, Maurides de Melo. **Drogas e redução de danos**. Saraiva, São Paulo, 2013, pag. 39.

⁷⁷Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Organiza%C3%A7%C3%A3o_Mundial_da_Sa%C3%BAde acesso em 07/06/2016.

controle”, referindo-se à ameaça que o tráfico internacional representa hoje para a segurança e a estabilidade política e econômica de diversos países. Esses efeitos colaterais levaram Milton Friedman, considerado um dos principais economistas do século 20 e vencedor do Prêmio Nobel de sua área em 1976, a dizer que “as drogas são uma tragédia para viciados, mas criminalizá-las converte essa tragédia em um desastre para a sociedade, para usuários e não usuários igualmente”⁷⁸A política antidrogas deve ser feita de forma interdisciplinar com médicos, psicólogos e agentes sociais.

Nossa legislação com a lei 11.343/06 que instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad, prescreve:

(...) medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências⁷⁹.

Entretanto, na realidade as coisas não funcionam dessa maneira. O usuário ainda é visto com maus olhos pela polícia que insiste em tratar quem for pego com drogas para consumo próprio como criminosos. O policial não é treinado para lidar com pessoas viciadas, ele é treinado para combater a violência e o tráfico de entorpecentes. Outros setores governamentais devem ter participação ativa na prevenção e conscientização do consumo de substâncias ilícitas. A pura repressão já se mostrou um fracasso.

O país não conta com uma estrutura adequada para o tratamento dos usuários dependentes químicos. O SUS não oferece nenhuma instituição de qualidade que realmente trate do problema. O usuário habitual não é mais trancafiado como se fosse um criminoso, entretanto, ainda é visto como um ser desviante. O judiciário somente atua quando provocado e geralmente determina a internação compulsória daquele usuário problemático, o que não se mostra eficaz, já que muitos dependentes internados à revelia têm índices de recaída maiores que a média. Depois, porque, dependendo de como a medida é aplicada, torna-se uma simples “higienização”: o viciado é encarcerado sem diagnóstico nem tratamento adequado, a comunidade livra-se da chaga que ele representa, mas não faz nada em seu benefício⁸⁰.

Apesar da grande controvérsia do tema, alguns setores da sociedade defendem a legalização das drogas enquanto outros são contra, em alguns aspectos ambas as partes concordam: o uso de drogas é um risco em potencial; o problema de drogas é principalmente uma questão de saúde pública, não de polícia; políticas de drogas precisam ser orientadas por resultados; política de drogas deve buscar a melhor relação custo-benefício para o dinheiro público; políticas de drogas não devem ser entraves para

⁷⁸ ARAÚJO, Tarso, **Almanaque das drogas**, 02. ed. São Paulo: Leya Editora, 2014, p. 226.

⁷⁹ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm Acesso em 19/04/2016.

⁸⁰ ARAÚJO, Tarso, **Almanaque das drogas**, 2. ed. São Paulo: Leya Editora, 2014, p. 213.

a estabilidade econômica e o desenvolvimento; políticas de drogas devem ser compatíveis com as políticas internacionais de direitos humanos; minimizar o uso problemático de drogas e os danos que ele causa; minimizar a criminalidade associada ao tráfico e ao uso de drogas; minimizar os danos relacionados ao uso de drogas em crianças e famílias; garantir tratamento para quem quiser ajuda⁸¹.

3.5.1 Política de redução de danos

A redução de danos pode ser conceituada de forma simples. Trata-se de uma política em que o usuário não é mais tratado como criminoso e sim como uma pessoa doente. Consiste, portanto, num conjunto de estratégias que visa minimizar os danos causados pelas drogas, sem exigir, no entanto, sua abstinência⁸².

Ressalte-se, que a ideia de redução de danos não é nova. No século XIX, nos EUA, com o aumento do problema relacionado ao álcool, tornou-se comum fornecer aos doentes (dependentes de álcool) substâncias, até então tidas como menos suscetíveis de causar dependência, como a morfina e a cocaína⁸³.

O marco histórico dessa nova política ocorreu em 1926, na Inglaterra, o chamado Relatório Rolleston. Esse relatório foi feito a pedido do governo inglês e era pautado nas necessidades dos usuários e na “normalização” da vida cotidiana⁸⁴.

A nova abordagem ganha expressão a partir dos programas de trocas de seringas entre os consumidores de drogas como forma de combater a disseminação de Aids/HIV na população de usuários de drogas injetáveis.

No Brasil, a cidade de Santos em 1989, ganhou posição de destaque neste sistema de redução de danos ao distribuir seringas aos usuários de cocaína que a utilizavam de modo injetável. Por se tratar de um local estratégico para o tráfico de cocaína, a cidade passou a ter problemas sérios relacionados ao compartilhamento de seringas no uso da droga e houve aumento expressivo de casos de HIV/AIDS entre essa população⁸⁵.

Entretanto, como a lei penal então vigente tratava qualquer pessoa que prestasse auxílio ao consumo de substâncias como traficantes ou associados ao tráfico tal ação foi reprimida.

Já nos anos 90, a sociedade retomou o debate sobre a questão das drogas, especialmente a injetáveis, por conta do aumento de casos de HIV/AIDS. Vários órgãos foram criados em diversas cidades do país.

⁸¹ Idem, p. 218.

⁸² RIBEIRO, Maurides de Melo. **Drogas e redução de danos**. Saraiva, São Paulo, 2013, pag. 45.

⁸³ ARAÚJO, Tarso, **Almanaque das drogas**, 2. ed. São Paulo: Leya Editora, 2014, p. 57.

⁸⁴ Idem, p.48.

⁸⁵ Idem, p.51.

Em 1998 a cidade de São Paulo sediou a IX Conferência Internacional de Redução de Danos. Durante a apresentação o Governo da cidade anunciou a primeira lei brasileira a autorizar o programa de troca de seringas para usuários de drogas injetáveis. Este foi o marco inicial para uma nova etapa de redução de danos no Brasil. Diversas cidades criaram leis nesse sentido.

Posteriormente, a Secretaria Nacional Antidrogas (SENAD) adotou a redução de danos como uma das estratégias da Política Nacional Antidrogas brasileira, no termos da Resolução n.º 3/CONAD, de 27 de outubro de 2005. A resolução deixa bem claro que sua meta não é confundir as estratégias de redução de danos com o incentivo ao uso indevido de drogas, pois se trata de uma estratégia de prevenção⁸⁶.

O usuário de drogas também é sujeito de direitos e o programa de redução de danos tenta garantir justamente isso: que o usuário não seja discriminado. A ideologia por trás da política de redução de danos é a preservação da dignidade humana:

.Como já podemos apreender da própria evolução histórica das estratégias de redução de danos, suas abordagens às pessoas que usam drogas têm como fio condutor o respeito da dignidade humana. A redução de danos não vê no usuário um sujeito objeto de sua tutela ou repressão, mas um interlocutor qualificado, um sujeito de direitos que deve, como tal, participar assumindo um papel de protagonista das reivindicações de seu contexto social e corresponsável pela implementação das modificações necessárias para melhoria de sua qualidade de vida, pessoal e relacional⁸⁷.

O Brasil ainda está longe de se tornar referência na questão da redução de danos, entretanto, já existem políticas públicas voltadas para usuários de diversos tipos de drogas e população específica como a carcerária e os LGBT's (distribuição de preservativos, kits para utilização mais higiênica de algumas drogas como a cocaína inalada, obrigatoriedade de instalação de bebedouros em casas noturnas e locais em que acontecem festas *raves* (para combater a desidratação causada pela utilização de ecstasy e álcool). Atualmente estão registradas na Receita Federal duas associações nacionais de redução/redutores de danos e mais 25 associações estaduais⁸⁸.

A nova abordagem leva em consideração diversos aspectos pessoais do usuário, diferenciando-o em usuário esporádico, habitual e problemático. Sob esse novo aspecto, são criadas políticas para reduzir os danos causados pelo uso de entorpecentes.

Essa política compreende que a utopia esperada pelos países que adotam o modelo proibicionista-punitivo não pode ser alcançada. Entende que é impossível erradicar as drogas da face do planeta, sendo, dessa forma, uma maneira inteligente de se lidar com o problema.

⁸⁶ Idem p. 55.

⁸⁷ Idem p. 58.

⁸⁸ Idem, p. 56 e 57.

3.6 As Unidades de Polícia Pacificadoras – UPP’S

Diante do crescimento acelerado das favelas cariocas, os índices de criminalidade aumentaram. O domínio do território por facções criminosas, especialmente o comando vermelho, fez com que se criasse uma separação imaginária entre favela e asfalto. Nas favelas residem as pessoas de menor poder aquisitivo e por conta da geografia da cidade do Rio de Janeiro, as favelas foram surgindo nos morros cariocas, aumentando o número de traficantes.

O tráfico de drogas tomou para si, a responsabilidade de “gerenciar” as favelas da cidade, numa espécie de Estado paralelo. Os traficantes prestavam auxílio à população em substituição do governo oficial. Tudo que acontecia nas favelas era resolvido por lá mesmo. Desavenças entre moradores, por exemplo, eram levadas aos traficantes para que eles decidissem quem estava com a razão, funcionando como juízes dos conflitos internos daquela população.

Com o aumento do número de favelas, outras facções criminosas foram surgindo o que culminou com diversas guerras entre as facções rivais, pois uma tentava dominar o território de outra, causando inúmeras mortes. Em favelas comandadas pelo TCP (Terceiro Comando Puro) ou ADA (Amigo dos Amigos) era terminantemente proibido usar roupas vermelhas (pois a cor se associava ao Comando Vermelho). Em razão dessa dominação, os moradores viraram reféns dos traficantes, uma vez que não podiam recorrer às forças oficiais de governo para solucionar seus problemas. Os traficantes eram responsáveis pelo fornecimento de serviços básicos como água e gás por exemplo.

Não havia uma política governamental para assistência social nas favelas já que que a única força do governo a “subir” o morro era a polícia, e somente em caso isolados e específicos, acarretando, na maioria das vezes, em enfrentamento entre policiais e traficantes, resultando em mortes de cada lado e criando caos na cidade toda.

Estudo levantado com uma pesquisa em Ciências Sociais identificou que apenas 1% dos moradores de favela integra gangues de drogas ou se envolve em crimes violentos⁸⁹.

A situação nas favelas exigiu do Governo que atitudes fossem tomadas para tentar diminuir a situação alarmante das comunidades, que eram totalmente dominadas por grupos de traficantes.

Diante deste panorama, em 2007 foi criada a Força Nacional de Segurança Pública – FNSP. Tal medida foi muito combatida porque o Governo lançou mão de militares para “vigiar” cidadãos civis. São vários os relatos de moradores que tiveram sua casa

⁸⁹ ALVES, Maria Helena Moreira ; EVANSON, Philip. **Vivendo no Fogo Cruzado** São Paulo:UNESP, 2013, p. 7.

arrombada, sem a devida autorização judicial, vários casos de desrespeitos à dignidade humana, revistas pessoais de quem entrasse e saísse do moro. Tal programa fora implantado no complexo de favelas do Alemão⁹⁰. Houve um esforço entre a União, o Estado e a cidade do Rio de Janeiro, para tentar frear esse aumento da violência. Os índices de criminalidade estão diretamente ligados às políticas de repressão ao tráfico de drogas e por isso o sistema de unidades de polícia pacificadora foi criado.

De acordo com dados fornecidos pela Secretaria de Segurança Pública:

A Unidade de Polícia Pacificadora (UPP) é um dos mais importantes programas de Segurança Pública realizado no Brasil nas últimas décadas. Implantado pela Secretaria de Segurança do Rio de Janeiro, no fim de 2008, o Programa das UPPs - planejado e coordenado pela Subsecretaria de Planejamento e Integração Operacional - foi elaborado com os princípios da polícia de proximidade, um conceito que vai além da polícia comunitária e tem sua estratégia fundamentada na parceria entre a população e as instituições da área de Segurança Pública. O Programa engloba parcerias entre os governos – municipal, estadual e federal – e diferentes atores da sociedade civil organizada e tem como objetivo a retomada permanente de comunidades dominadas pelo tráfico, assim como a garantia da proximidade do Estado com a população. A pacificação ainda tem um papel fundamental no desenvolvimento social e econômico das comunidades, pois potencializa a entrada de serviços públicos, infraestrutura, projetos sociais, esportivos e culturais, investimentos privados e oportunidades. O Estado do Rio de Janeiro já recebeu 38 UPPs e até o fim deste ano a previsão é de que sejam mais de 40. A polícia pacificadora conta com um efetivo atual de 9.543 policiais. Esse quantitativo deve chegar a 12,5 mil. As UPPs em operação abrangem aproximadamente 264 territórios. Cabe ressaltar que os efeitos proporcionados por este Programa extrapolam as comunidades pacificadas, se estendendo a suas áreas adjacentes, beneficiando direta e indiretamente uma população bem maior. Em fevereiro deste ano, a UPP chegou à Baixada Fluminense, com a inauguração da UPP Mangueirinha⁹¹.

As 38 UPPs instaladas:

Tabela 3: UPP's instaladas

2008
Santa Marta (19/12)
2009
Cidade de Deus (16/2)
Jardim Batan (18/2)
Babilônia e Chapéu Mangueira (10/6)
Pavão-Pavãozinho e Cantagalo (23/12)
2010

⁹⁰ Idem, p. 1.

⁹¹ Disponível em http://www.upprj.com/index.php/o_que_e_upp Acesso em 24/04/2016.

Ladeira dos Tabajaras/Cabritos (14/1)
Providência (26/4)
Borel (7/6)
Formiga (1/7)
Andaraí (28/7)
Salgueiro (17/9)
Turano (30/10)
Macacos (30/11)
2011
São João, Quietos e Matriz (31/1)
Coroa, Fallet e Fogueteiro (25/2)
Escondidinho e Prazeres (25/2)
Complexo de São Carlos (17/5)
Mangueira (3/11)
2012
Vidigal (18/01)
Fazendinha (18/04)
Nova Brasília (18/04)
Adeus/Baiana (11/05)
Alemão (30/05)
Chatuba (27/06)
Fé/Sereno (27/06)
Parque Proletário (28/08)
Vila Cruzeiro (28/08)
Rocinha (20/09)
2013
Manguinhos (16/01)
Jacarezinho (16/01)
Caju (12/04)
Barreira/Tuiuti (12/04)
Cerro-Corá (03/06)
Arará/Mandela (06/09)
Lins (02/12)
Camarista Méier (02/12)
2014
Mangueirinha (07/02)
Vila Kennedy (23/05)

Fonte: http://www.upprj.com/index.php/o_que_e_upp

Como dito, antes da implantação das Unidades de Polícia Pacificadoras, os morros cariocas eram considerados Estados paralelos, com suas próprias leis, julgamentos e aplicação das penas pela facção dominante. Esse foi o início de uma dominação que só veio a ser combatida de forma eficaz através da implantação das UPP's. Antes disso, as bocas de fumo funcionavam a pleno vapor e tornou-se fato corriqueiro o usuário de drogas se aventurar em “subir o morro” simplesmente para obter algum entorpecente,

mesmo diante de todos os riscos (problemas com os traficantes, repressão policial etc.) Durante anos o cenário do tráfico de drogas foi dessa maneira, pois não havia alternativa. As forças do Estado somente entravam na favela em momentos estratégicos e de forma esporádica, espantando os traficantes por algumas horas. Quando a polícia ia embora, o tráfico voltava. Esse panorama só veio a mudar através da implantação das UPP's. Com o Estado tomando para si o território e “administração” do lugar, os traficantes se afugentaram. As UPP's não acabaram com o tráfico. As UPP's acabaram com a dominação territorial que outrora pertencia aos traficantes.

O grande problema da implantação das UPP's é que ela tenta diminuir a oferta ao passo que não trouxe solução para a demanda, o que abriu espaço para novas formas de tráfico. Tem-se agora os traficantes do século XXI, que não atuam nos morros e não são vinculados a qualquer facção criminosa.

4 OS TRAFICANTES DO SÉCULO XXI

Conforme já mencionado, as UPP's obtiveram êxito na retomada de alguns territórios que antes eram dominados por facções criminosas. Com a implantação do programa, diversos órgãos governamentais puderam ser instalados em regiões onde antes do programa só a polícia tinha acesso. Este êxito é incontestável. Basta analisar o antes e o depois de diversas favelas para constatar essa afirmação. O grande problema, é que as UPP's só atuam na oferta, enquanto que nada é feito com relação à demanda, que continua crescendo. Segundo a ONU, o consumo de cocaína no Brasil é quatro vezes maior do que a média mundial⁹².

Dessa forma, existe o seguinte cenário: diminuição da oferta e aumento no consumo. A equação não bate. Esperava-se que com a implantação das UPP's o consumo de drogas diminuísse e não foi isso que aconteceu. Se o usuário não obtém a droga diretamente do traficante no morro, de quem ele adquire a droga? A resposta é simples: dos dealers.

Os dealers são pessoas que praticam o tráfico de entorpecentes sem, necessariamente, se utilizar das drogas vendidas nas favelas. Ele não é um mero revendedor (mesmo quando obtém a droga no morro, já que após a aquisição não fica obrigado a prestar contas aos traficantes). Ele não entra da cadeia de consumo tradicional do tráfico: produção – distribuição no atacado – fornecimento aos varejistas – (em sua maioria localizada nas favelas). Ele não é soldado, não é mula, não é estica. Ele é um traficante que obtém a droga diretamente de um fornecedor atacadista (ou às vezes nos

⁹² Disponível em ,< <http://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2015/06/26/consumo-de-cocaina-no-brasil-e-4-vezes-superior-a-media-mundial.htm>> Acesso em 19/04/2016.

morros, como já dito) e as vende de forma quase que sigilosa e fora da área de atuação dos morros cariocas, já que não pode, de forma alguma, ser concorrente de uma boca de fumo. Geralmente seus clientes são de classe média e alta, ou seja, pessoas que não se arriscariam a adquirir a droga diretamente na favela. A entrada dessas pessoas no tráfico costuma ser um processo gradual de mudança do status de usuário para o de vendedor. A maioria começa a revender drogas quando consegue um contato privilegiado para comprá-las⁹³.

A grande vantagem para esse novo traficante, ou traficante do século XXI, é que ele dispõe de vários meios de comunicação para vender seu produto (telefone, redes sociais, programas de mensagens instantâneas, mensagens de texto) e o ponto crucial é que o usuário não vai até a droga, esta vai para o usuário. Nesse sentido, a lei 11.343/06 é falha, pois permite que um dealer possa ser enquadrado como usuário e não como traficante se for parado pela polícia. Isso porque a lei criou critérios subjetivos para definir quem é traficante e quem não é, conforme § 2º do art. 28 da lei em comento:

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

(...)

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.⁹⁴

O critério subjetivo é falho uma vez que a diferenciação entre um usuário e um traficante fica a mercê da interpretação dos aplicadores da lei. O entendimento de que o critério subjetivo não é o melhor caminho a ser seguido na política de drogas é corroborado pelo STF, conforme julgamentos abaixo:

Jurisprudência 1.

É sabido que as drogas causam prejuízos físicos e sociais ao seu consumidor; ainda assim, dar tratamento criminal ao uso de drogas é medida que parece ofender de forma desproporcional o direito à vida privada e à autodeterminação. O uso privado de drogas é conduta que coloca em risco a pessoa do usuário. Não se está aqui afirmar que a palavra de policiais não mereça crédito, longe disso. O que se critica é deixar exclusivamente com a autoridade policial diante da ausência de critérios objetivos, de distinção entre usuário e traficante, a definição de quem será levado ao sistema de justiça como traficante, dependendo dos elementos que o policial levar em consideração na abordagem de cada suspeito⁹⁵.

Jurisprudência 2.

Pedido de vista do ministro Teori Zavascki suspendeu o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 635659, com repercussão geral, no qual se discute a constitucionalidade da criminalização do porte de drogas

⁹³ ARAÚJO, Tarso, **Almanaque das drogas**, 02. ed. São Paulo: Leya Editora, 2014, p. 139.

⁹⁴ BRASIL, Lei 11.343/2006, art. 28.

⁹⁵ Disponível em <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2015/08/relator-vota-que-porte-de-drogas-para-consumo-pessoal-nao-seja-mais-crime.html> Acesso em 25/04/2016.

para consumo próprio. Na sessão desta quinta-feira (10), votaram os ministros Edson Fachin e Luís Roberto Barroso. Em voto-vista apresentado ao Plenário, o [ministro Fachin](#) se pronunciou pela declaração de inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006, que criminaliza o porte de drogas para consumo pessoal, restringindo seu voto à maconha, droga apreendida com o autor do recurso. O ministro explicou que, em temas de natureza penal, o Tribunal deve agir com autocontenção, *“pois a atuação fora dos limites circunstanciais do caso pode conduzir a intervenções judiciais desproporcionais”*. O [ministro Roberto Barroso](#) **também limitou seu voto à descriminalização da droga objeto do RE e propôs que o porte de até 25 gramas de maconha ou a plantação de até seis plantas fêmeas sejam parâmetros de referência para diferenciar consumo e tráfico**⁹⁶.

A referida lei, ao prever penas mais leves aos usuários, abriu caminho para essa nova modalidade de tráfico, uma vez que se o dealer for pego com pouca quantidade de droga e for tratado como usuário e não traficante estará sujeito às seguintes penas:

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

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.⁹⁷

Quando na verdade, deveria ser enquadrado no art. 33 da lei 11.343/2006, cuja pena é bem mais severa do que às penas aplicadas para os usuários.

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

Com um pouco de inteligência e um bom planejamento, o *dealer* pode atuar, praticamente, sem preocupações no tocante a ser preso pelo crime de tráfico. Basta tomar alguns cuidados para não ser alvo da repressão estatal.

Portanto, fixar critérios objetivos é de suma importância para regular o consumo e tráfico de entorpecentes. Em todos os países em que algumas drogas foram liberadas, os critérios sempre são objetivos para se diferenciar o usuário do traficante, como é o caso de Portugal que aboliu a proibição de todas as drogas e que mantém um controle rigoroso sobre quais casos serão tratados como mera questão de uso e como tráfico em si.

A legislação brasileira de drogas não define a quantidade de substância que delimita a fronteira entre posse para uso e tráfico, delegando o desenho dessa fronteira à avaliação casuística e subjetiva de policiais, promotores e magistrados. Algumas decisões referidas

⁹⁶ Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=299484> Acesso em 25/04/2016.

⁹⁷ BRASIL, Lei n.º 11.343/2006, art. 28.

a seguir exemplificam bem o enorme espaço de discricionariedade deixado por essa brecha. A primeira é um habeas corpus concedido pelo STF em 2010, que considera plausível a alegação de posse para uso no caso de um réu preso com 480 g de maconha:

De outro lado, o mesmo não se pode afirmar quanto à finalidade do tráfico. A única prova a este respeito seria a quantidade da maconha que o apelante trazia consigo.

As testemunhas, ao contrário, alegam que o acusado era viciado. Importante se que apenas a quantidade de entorpecente não é suficiente para determinar a intenção de mercancia. Em especial no caso presente, a quantidade de droga apreendida está no limite entre o estoque que um usuário pode fazer para que não tenha que, a todo momento, procurar o traficante e correr risco maior de prisão, assim como pode representar estoque mínimo para que possa exercer o comércio ilícito. Insiste-se: não se está a afirmar que o acusado não iria praticar o tráfico. O que se afirma é que a prova é pífia a este respeito, e se baseia apenas na quantidade do entorpecente apreendido, o que não se mostra seguro para uma condenação. [HC nº 98.664, 26/03/2010]. 8

A segunda é de um juiz do TJRJ, que considera a apreensão de uma quantidade 250 vezes menor como prova suficiente para caracterizar o delito de tráfico:

(...) No que pertine à materialidade dos delitos imputados, merece ser destacada a norma inculpada no artigo 50,§1º, da Lei 11.343/2006, a exigir um mínimo de prova, que no caso em exame se produziu diante da apreensão de 1,9 g de maconha(...) (Itálicos nossos). [Proc. 006645-40.2013.8.19.0001]

Ademais, o grande ponto a ser levantado é que o traficante do século XXI foge do estereótipo conceituado por Orlando Zacone. O alvo das políticas públicas é considerar como potencial criminoso aquela pessoa de cor negra, residente em favelas e com pouca instrução. Isso não ocorre com o traficante do século XXI. Muito pelo contrário. Os novos traficantes em nada se assemelham à figura tradicional do traficante do morro. O perfil de quem faz esse tipo de comércio se repete em quase todos os países. São pessoas que vendem drogas para conhecidos, em casa (ou em lugares pré-determinados que variam de acordo com a necessidade do usuário) e com margens de lucro pequenas – às vezes até sem qualquer vantagem financeira. A maioria estuda ou trabalha e tem outras fontes de renda, geralmente mais importantes. Além disso, não costumam usar armas nem qualquer forma de violência para se defender de calotes ou de algum tipo de concorrência. Normalmente, seus únicos mecanismos de defesa são vender só para amigos e pessoas indicadas por estes⁹⁸.

Outra vantagem do *dealer* é que, diferentemente dos traficantes “tradicionais” que movimentam grandes volumes financeiros é que não precisam recorrer à lavagem de dinheiro. Lavar dinheiro é uma atividade que requer uma estrutura complexa. Geralmente são necessárias três etapas: colocação, ocultação e integração. O bandido tem milhões em

⁹⁸ARAÚJO, Tarso, **Almanaque das drogas**, 2. ed. São Paulo: Leya Editora, 2014, p. 136.

dinheiro vivo e precisa fazer isso entrar no caixa de alguma empresa ou em alguma conta de banco. Depois, ele tira o dinheiro desse local para outras contas bancárias, para ocultar sua origem e dificultar seu rastreamento por investigadores. Por fim, ele transfere os recursos para as empresas das quais é sócio, incorporando o patrimônio de origem ilícita à economia legal⁹⁹.

Para coibir essa nova forma de tráfico, é preciso um trabalho de inteligência eficaz e duradouro, pois a política de enfrentamento armado utilizada atualmente não alcança tais pessoas.

4.1 Entrevistas com usuários

A droga mais vendida pelos *dealers* é a cocaína e seu público alvo são jovens adultos (entre 21 e 30 anos) das classes média e alta da sociedade, já que costumam oferecer a droga em valores superiores ao dos entorpecentes vendidos nos morros e geralmente só tem um preço, o que o também diferencia do tráfico praticado na favela, que oferece drogas em diversas quantidades por preços variáveis. Tal informação foi obtida diretamente de um *dealer*, no momento da compra teste, que será relatada mais à frente.

Os relatos a seguir foram obtidos através de entrevista com usuários de drogas vendidas através dos *dealers*:

Entrevista 1:

X, 22 anos, morador da zona sul da cidade, relatou que passou a se valer dos *dealers* após a implantação das UPP's em todas as favelas do bairro em que mora. Usuário habitual de cocaína, não se considera dependente químico, mas admite ser viciado. Diz que usa cocaína todo final de semana e que a droga lhe é entregue geralmente no bar em que frequenta, através de um *dealer*, que atua de moto a noite toda e que faz varias viagens ao longo da madrugada para nunca ser pego com grandes quantidades de entorpecentes, fazendo-se passar por mero usuário. Nunca foi pego usando a droga ou a adquirindo. Relata que seus pais não sabem de seu vício. Estuda numa faculdade particular bem prestigiada e afirma que já perdeu um semestre por causa da cocaína. Questionado sobre como se veria nos próximos 05 anos afirmou que se vê trabalhando em sua área e tendo deixado o vício de lado. Não se preocupa com os possíveis danos que o uso da cocaína causa em seu corpo. Por fim informou que conseguiu o telefone do *dealer* através de um amigo que o recomendou.

Entrevista 2:

M. 29 anos, relata que adquire seus entorpecentes, (ácido e ecstasy) através do facebook. Ela encomenda a droga que lhe é entregue poucos dias depois num local pré-determinado. Alega que não tem pretensão alguma de parar de usar as drogas, que as usa porque considera, especialmente o ácido, uma maneira de atingir uma realidade superior, de estar em verdadeira sintonia com a natureza. Não esconde que usa a droga, na verdade, até aconselha que as pessoas experimentem o ácido como forma de transcender a realidade.

⁹⁹ Idem, p. 141.

Entrevista 3

H. 34 anos, afirma que utiliza o whatsapp para adquirir maconha. Seu *dealer* somente trabalha com quantidades maiores do que as habitualmente vendidas no morro, entretanto, tal quantidade ainda o caracteriza como mero usuário, caso seja pego portando a droga. Neste caso, o usuário vai até o dealer e faz a transação em plena luz do dia, no meio da rua, sem qualquer problema. Diz que faz uso esporádico da droga e que não tem pretensão alguma de parar. Também não faz questão de esconder da sociedade que é usuário assíduo do entorpecente. Para ele a maconha é fonte de relaxamento mental, utilizando-a para diminuir seu stress.

Pelos relatos é possível constatar que existem novas maneiras de se adquirir entorpecentes de forma mais segura para o usuário e para o próprio dealer. Graças às UPP's e a falta de critérios objetivos para diferenciar o usuário do traficante na lei 11.343/20063 abriu-se essa brecha para que os dealers pudessem atuar livremente em meio à sociedade.

Uma curiosidade que também difere os traficantes do século passado com os do século XXI é que acaba se criando certo vinculo de amizade entre o usuário e o dealer, que sabe seu nome, seu endereço, seu status social. Tal fato é impensável quando falamos de tráfico de drogas praticado nos morros da cidade. Para o dealer o usuário não é um viciado é sim um cliente.

4.2 Pesquisa de campo

Na pesquisa de campo, foram adquiridos quatro telefones diferentes para compra de entorpecentes através de um dealer, além de contato pelo facebook e pelo whatsapp.

Para que esse trabalho contenha dados realmente confiáveis resolveu-se fazer um teste em cada um dos segmentos: telefone, facebook e whatsapp. Por mais incrível que pareça, a droga mais fácil de ser adquirida foi a cocaína:

Pesquisa 1: cocaína

Entrei em contato com um *dealer* (após ser recomendado por um usuário). Em menos de uma hora o *dealer* estava na porta da minha residência e pude obter diretamente com ele, dois pinos de cocaína ao valor total de R\$ 300,00 (R\$ 100,00 de cada pino, mais R\$ 100,00 pelo “frete”). Para que tivéssemos privacidade permiti que o *dealer* subisse até meu apartamento onde realizamos a transação. Questionei se ele teria mais do que eu pedi e a resposta foi negativa. Questionei o motivo e o *dealer* simplesmente confirmou tudo o que já foi mencionado nesse trabalho: ele carrega a quantidade necessária para um usuário por vez, para no caso de ser parado pela polícia, poder dizer que a droga seria para consumo pessoal. Entre o contato inicial e a finalização da transação, foram mais ou menos uma hora e meia. Fiquei surpreso com facilidade e rapidez com que toda a transação fora realizada. O dealer ainda me alertou: essa cocaína é forte então “pega leve”. Ora, em qual situação um traficante comum falaria isso para algum usuário?

Pesquisa 2: maconha

Para obter maconha, o processo foi um pouco mais complexo. Primeiro mandei uma mensagem para o *dealer* através do whatsapp. Algumas

horas depois ele respondeu. Marcamos um encontro na rua para realizar a transação, já que ele não se dispôs a vir até mim. Encontrei com ele no local pré-determinado e gastei R\$ 250,00 num tablete de maconha em plena luz do dia e sem qualquer perigo de repressão pela polícia.

Pesquisa 3: ecstasy

A experiência através do facebook foi a mesma. Mandeí uma mensagem para o *dealer* e após algumas horas ele me respondeu. Também nos encontramos na rua e comprei R\$ 200,00 em ecstasy.

4.3 Reportagens sobre disque-drogas.

As reportagens transcritas abaixo confirmam as afirmações feitas ao longo desse trabalho:

Reportagem 1:

Gonçalo Nuno Jansen Verdades, de 41 anos, foi preso no apartamento em que morava, no bairro da Barra da Tijuca, zona oeste do Rio. Ele é apontado como chefe de um "disque-drogas" que atuava na Barra e na zona sul da cidade. Na lista de clientes, estão usuários de alto poder aquisitivo¹⁰⁰.

Reportagem 2:

Luiz Blanco Siffert, jornalista e fotógrafo, Felipe Figueira, formado em propaganda e marketing, e o advogado Hugo Esmeraldo Lacerda foram presos acusados de fazer parte de uma quadrilha de tráfico de drogas. Eles agiam em uma área nobre do Rio de Janeiro, onde residia a maior parte da clientela. O faturamento da quadrilha era alto: em uma conversa, um dos integrantes do grupo afirma que ganhou R\$ 16 mil com quatro ou cinco clientes. Eles vão responder por tráfico de drogas e podem pegar até 15 anos de prisão¹⁰¹.

Reportagem 3:

Policiais civis da 21ª DP (Bonsucesso) prenderam em flagrante, na madrugada de hoje, os traficantes Álvaro Stuy Monteiro Pires, conhecido como "Pissaqui", e o falso taxista Luis Augusto de Sousa Telles. De acordo com os agentes, eles são apontados como os responsáveis pelo "Disque Drogas" da Zona Sul da Cidade. Segundo informações dos agentes, os usuários que utilizavam o serviço optavam por buscar a droga no imóvel dos criminosos ou recebê-la em casa. Durante as investigações, os policiais constataram que os bandidos utilizavam um táxi clonado para transportar o produto. Os entorpecentes eram comprados no Complexo do Alemão e revendidos em um apartamento de Botafogo e em outros pontos da cidade. A operação coordenada pelo delegado Felipe Curi, abordou os bandidos no momento em que os mesmos descarregavam a droga no apartamento. No local, foram apreendidos 4 Kg de maconha, 120 gramas de crack, balanças de precisão, material para endolação, R\$ 3.594,00, aparelhos de telefone celular e agenda com a contabilidade do tráfico¹⁰².

Reportagem 4:

Policiais da 27ª Delegacia de Polícia (Vicente de Carvalho) desarticularam, na manhã desta quinta-feira (4), uma das maiores quadrilhas de traficantes de droga, responsável pela venda de entorpecentes na região da Barra da Tijuca e do Recreio dos Bandeirantes, na zona oeste do Rio de Janeiro. De acordo com o

¹⁰⁰ Disponível em <http://noticias.r7.com/fala-brasil/videos/traficante-portugues-chefe-de-disk-drogas-e-preso-no-rio-de-janeiro-17102015>) Acesso em 25/04/2014.

¹⁰¹ Disponível em <http://rederecord.r7.com/video/policia-acaba-com-disque-droga-formado-por-jovens-de-classe-media-do-rio-de-janeiro-54ee60b70cf2ff57e027964a/> Acesso em 25/04/2014.

¹⁰² Disponível em <http://www.policiacivil.rj.gov.br/exibir.asp?id=8428> Acesso em 25/04/2016.

delegado Felipe Curi, os criminosos atuavam em uma espécie de disque-drogas, com entrega em domicílio nos dois bairros da zona oeste¹⁰³.

Reportagem 5:

Agentes da Polícia Civil do Rio de Janeiro prenderam na noite de quinta-feira (18) dois integrantes de uma quadrilha que vendia drogas no centro da capital fluminense. Uma menor foi apreendida pelo mesmo motivo. Segundo a polícia, o grupo trabalhava em uma barraca situada na avenida Presidente Vargas, em frente a uma universidade, que vendia palitos de churrasco e outros alimentos. O comércio informal era só uma forma de camuflar a venda de entorpecentes. Segundo os investigadores, a clientela do grupo era formada basicamente por jovens universitários. Foram detidos por policiais da DPCA (Delegacia de Proteção a Criança e ao Adolescente) Rogério Rodrigues Teixeira, 34, e Desiree Perez Mesquita, 25, aluna da universidade situada em frente à barraca de churrasco. A menor apreendida tem 15 anos e, por questões legais, não teve a identidade divulgada. Os agentes ainda tentam localizar um quarto integrante da quadrilha, que conseguiu fugir: Marlon Charles Migon da Silva, 19. Segundo o delegado Gilson Perdigão, titular da DPCA, os suspeitos detidos recebiam a encomenda da droga por contato telefônico e repassavam para a universitária e a menor, responsáveis pela entrega dos entorpecentes aos usuários, prática também conhecida como disque-drogas¹⁰⁴.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho demonstrou que o aumento da incidência do tráfico de entorpecentes praticado fora do morro tem muito a ver com a ampliação das Unidades de Polícia Pacificadoras e a falta de um critério objetivo para se diferenciar o mero usuário do traficante, fato que pôde ser comprovado através das entrevistas transcritas no capítulo anterior.

Apurou-se ainda, que as UPP's tiveram influência no aumento dos *dealers*, uma vez que os usuários, com medo da repressão policial, não se arriscam mais a subir morros pacificados para obtenção de qualquer entorpecente. O risco não vale a pena já que existem outros meios mais seguros para aquisição da droga. As UPP's trataram somente da oferta, ao passo que nada foi feito em relação à demanda.

Restou evidenciado que o critério subjetivo previsto na lei 11.343/2006 permite que o *dealer* se passe como usuário se for pego portando algum tipo de droga para o comércio. Criou-se um inimigo invisível do Estado, já que muitas vezes a polícia sequer conhece a sua existência.

¹⁰³ Disponível em <http://noticias.bol.uol.com.br/ultimas-noticias/brasil/2014/09/04/presos-seis-suspeitos-de-atuar-em-disque-drogas-na-zona-oeste-do-rio.htm> Acesso em 25/04/2016.

¹⁰⁴ Disponível em <http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2014/09/19/dupla-e-pres-a-por-suspeita-de-atuar-em-esquema-de-disque-drogas-no-rio.htm> Acesso em 24/04/2016.

Constatou-se, ainda, que as forças de Segurança não estão lidando corretamente com o problema, uma vez que o *dealer* não possui as mesmas características do estereótipo de traficante que o Governo optou por reprimir, ou seja, em razão da seletividade punitiva, o *dealer* passa sem ser notado.

Foi demonstrado que a política proibicionista-punitiva não dá certo, e que experiências de outros países que legalizaram ou regulamentaram a venda e o consumo de determinada drogas vêm se mostrando eficazes. A ideia de que a liberação das drogas aumentaria os índices de criminalidade não foi comprovada, pois de fato, não ocorreu, como é o caso do Uruguai em que, após a legalização da maconha, o índice de homicídios relacionados ao tráfico de drogas chegou a praticamente zero¹⁰⁵. O Brasil precisa repensar sua política de guerra às drogas, uma vez que a cada dia fica mais nítida que a política atual não vem funcionando. Talvez regular a questão das drogas seja o caminho mais efetivo para se alcançar a diminuição dos índices de criminalidade que aterrorizam frequentemente sociedade brasileira, especialmente a cidade do Rio de Janeiro na qual, 60% de sua população carcerária é composta por pessoas que praticaram o crime de tráfico de entorpecentes.

Permitir que um *dealer* se passe como usuário é um problema muito sério e somente com um trabalho inteligente por parte das forças de Segurança Pública tal problema pode ser enfrentado de maneira eficaz.

É difícil identificar o *dealer*, entretanto, é perfeitamente possível identificar os usuários. É de conhecimento público e notório que diversos segmentos da sociedade são lugares propícios a encontrar os usuários. Bares, casas noturnas, festas *rave* são reconhecidamente locais em que existe o consumo de entorpecentes. O combate ao *dealer* pode ser feito de maneira inversa. Ao invés de atacar o traficante, a opção mais viável seria encontrar o usuário e a partir daí percorrer o caminho inverso para chegar até o *dealer*. Todos os usuários entrevistados afirmaram que tinham o número de seu *dealer* salvo em seu telefone. Alguns adotam apelidos como foi o caso de um usuário que utiliza o apelido de Mr. “M” para identificar seu fornecedor. Com um pouco de inteligência é possível chegar até o *dealer*.

Por se tratar de um segmento não muito estudado, não foi possível encontrar estatísticas oficiais sobre essa forma específica de tráfico de drogas. As estatísticas não distinguem a forma como a droga é comercializada. Delegacias de polícia não mantêm registros de prisões desse tipo de traficante. Os institutos oficiais como o IUPERJ e o ISP/RJ não dispõem de dados oficiais. O aumento da incidência desse tipo de tráfico,

¹⁰⁵ Disponível em <http://www.revistaforum.com.br/2014/06/03/uruguai-apos-regulacao-da-maconha-mortes-por-trafico-chegam-zero/> Acesso em 07/06/2016.

momentaneamente, só pode ser verificado pelos relatos dos usuários e dos próprios *dealers*.

Em todas as compras teste, fiz questão de perguntar se houve aumento na demanda de seu produto e todos disseram que sim. Ademais os próprios usuários e as reportagens sobre as prisões feitas de drogas comercializadas dessa maneira são um indicativo de que houve aumento na incidência de tal crime. Muitas pessoas não quiseram participar da entrevista, apesar de serem usuários de algum entorpecente e que utilizam o disque drogas para obter substâncias ilícitas.

Viu-se que a própria lei abriu uma brecha para a atuação de tais traficantes e isso é extremamente perigoso. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é de que o crime de tráfico de drogas é equiparado aos crimes hediondos pela Constituição Federal. Isso porque o inciso XLIII do artigo 5º da Constituição diz que “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos”.

Se a lei entende que o tráfico de drogas é crime equiparado ao crime hediondo, é porque entende sua gravidade. Dessa forma, permitir que um *dealer* se passe como usuário e não como traficante vai de encontro com a política nacional de combate às drogas, já que essa pessoa, que se mostra extremamente nociva à sociedade, passa praticamente impune pelo crime que comete.

Talvez seja hora de se implantar uma legislação específica para lidar com o pequeno traficante.

Uma sugestão seria a criação de uma categoria específica entre o comportamento do usuário e o comportamento do traficante. Ou seja, uma nova tipicidade penal, além daquelas previstas no art. 28 e art. 33 da lei 11.343/200ç, como, por exemplo, a posse com intenção de venda. Como é extremamente complicado diferenciar o usuário e o pequeno traficante seria inteligente adotar a política utilizada pela lei seca. Seria criado um sistema no qual o usuário pego com drogas pudesse comprovar que tais seriam para consumo próprio através de exame se sangue, urina ou cabelo, feitos de forma voluntária. Sabe-se que as drogas podem ser detectadas até 90 dias através do cabelo¹⁰⁶, como é o caso das drogas abordadas neste trabalho. O usuário contumaz faz uso de drogas em períodos inferiores à 90 dias. Portanto, possibilitar que o usuário comprove ser usuário seria uma forma inteligente de diferenciá-lo do pequeno traficante. Atualmente a pessoa pega com drogas é levada para a delegacia e assina um termo circunstanciado comprometendo-se a comparecer perante um Juizado Especial Criminal para responder pelo crime. Ora, poderia ser ofertado, no momento da assinatura do termo, que o usuário

¹⁰⁶ Disponível em <http://misteriosdomundo.org/quanto-tempo-essas-10-drogas-ficam-no-seu-organismo/>. Acesso em 09/06/2016.

submetesse amostra de cabelo, urina ou sangue, para determinar se realmente faz uso de alguma droga resguardando-se de ser implicado no crime de posse com intenção de venda. Impor tal exame seria contrário à Constituição, entretanto, possibilitar que o usuário opte por comprovar que realmente é usuário seria um caminho viável para lidar com o problema. Não é um sistema perfeito, mas é melhor do que o sistema adotado atualmente, que deixa de aplicar as penas previstas no art. 33 da lei de drogas, já que facilmente a pessoa portando pouca quantidade de droga seria tratada como mero usuário. Se uma pessoa fosse pega portando drogas em pequena quantidade e se submetesse ao exame para confirmar sua condição de usuário restaria confirmada sua alegação ser de mero usuário, respondendo pelo crime nos moldes a legislação atual. Se a pessoa pega portando drogas recusar-se a se submeter ao exame ou testasse negativo, poderia ser enquadrada como pequeno traficante. Haveria um registro oficial de sua condição, possibilitando aferir-se a reincidência da prática delituosa. Seria criada uma tipificação criminal de “posse com intenção de distribuir”. Nos EUA existe essa tipificação legal pelo Governo Federal e vários Estados adotam a política federal como guia para controlar a posse de substâncias ilícitas com intenção de venda¹⁰⁷. Poderia ser adotada uma política de tolerância para a pessoa pega com pequenas quantidades de drogas e que se recusasse a fazer o exame. Na primeira vez, além do processo criminal previsto para o usuário, seria aplicada uma pena de multa, independente da multa prevista no inciso II do § 6º do art. 28 da lei 11.343/2006. Em caso de reincidência, aplicaria-se-ia a pena privativa de liberdade, após o devido processo legal, a quem se recusasse ou testasse negativo. Logicamente que diversos fatores teriam que ser observados, especialmente à luz de nossa Constituição. Entretanto, criando-se critérios que respeitassem o contraditório, a ampla defesa e a presunção de inocência seria perfeitamente possível criar essa nova figura típica. A própria lei de drogas prevê o pagamento de multa para aqueles usuários que, injustificadamente, se recusem às penas de advertência, conforme § 6º do art. 28 da lei de drogas:

§ 6º .Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a:

- I - admoestação verbal;
- II - multa.

Ressalta-se, novamente, que não se trata de um exame compulsório e sim uma oportunidade para que o usuário comprove que realmente é usuário. A pessoa não estaria criando prova contra si o que é vedado pelo nosso ordenamento Constitucional. Através do exame a pessoa poderia comprovar sua alegação de ser usuário, com um

¹⁰⁷ Disponível em http://criminal-law.freeadvice.com/criminal-law/drug_crimes/defense_caught.htm . Acesso em 09/06/2016.

simples exame toxicológico. Na recusa do exame ou em caso de teste negativo, seria aplicada a pena de multa e, em caso reincidência seria instaurado o processo criminal pelo crime de posse com intenção de venda, que poderia prever:

Art. 28 –A. Aos usuários com bons antecedentes que se recusem a fazer o exame toxicológico ou que testem negativo no exame clínico será imposta multa 500 (quinhentos dias multa), independente daquela prevista no inciso II do § 6º do artigo 28 além da obrigatoriedade de comparecer ao Juizado Especial Criminal, ficando sujeitos ainda aos dispositivos do inciso I, II e III do art. 28 da Lei 11.343/2006.

§ 01º. Tal benefício somente pode ser utilizado uma vez.

§ 02º. O material para exame previsto no caput do art. 28-A deverá ser ofertado no momento da assinatura do termo circunstanciado e, em caso de aceite pela pessoa, deverá ser prontamente ser remetido aos órgãos competentes de aferição da presença da droga no organismo;

Art. 28-B. Aos usuários **reincidentes** que se recusem novamente a prestar o exame toxicológico para confirmar sua condição de usuário, ou aqueles que testarem negativo, após a apreensão com substâncias ilícita em pequena quantidade seriam enquadrados no crime de posse com intenção de venda, prevendo as seguintes sanções:

I – Detenção de 3 (três) a anos a 7 (sete anos) anos, além do pagamento multas de 300 (trezentos) a 800 (oitocentos) dias- multa, prevista independente das multas no inciso II do § 6º do art. 28 da lei 11.343/2006.

II. Por se tratar de um pequeno traficante, o inquérito pode correr sem que o mesmo esteja privado de sua liberdade, bastando comprometer-se a comparecer perante o Judiciário. Caso o *delaer* não apareça deverá ser julgado à revelia e após o trânsito em julgado do processo, seria tido como foragido da justiça.

III. Caso deixe de comparece perante ao Juíz, Ao réu poderia ser imposta prisão preventiva além de julgamento à sua revelia.

Passa-se a verificar a constitucionalidade da inclusão de tais delitos penais:

1 – **O exame não é compulsório, já que ninguém é obrigado a produzir provas contra si;** O exame, em verdade seria uma forma de o usuário comprovar que realmente é usuário;

2 – Haverá tolerância à pessoa presa pela primeira vez portando substâncias em pequena quantidade. Estaria respeitado o princípio *in dubio pro reu;*

3 – Em caso de reincidência e mediante nova recusa ou teste negativo, restaria demonstrada a justa causa e indícios de materialidade para a instauração do inquérito policial, pelo crime de posse com intenção de venda, garantido ao acusado **os benefícios do contraditório, ampla defesa e presunção de inocência.**

4 – Até que o réu seja condenado, este poderia responder em liberdade, com exceção do inciso III do art. 28-B

Neste caso, o tráfico privilegiado não se aplicaria ao apenado pelo crime de posse com intenção de venda, uma vez que já teria sido considerado réu no processo previsto acima, não podendo invocar os bons antecedentes e a primariedade da conduta criminosa prevista no § 4º do art. 33 da lei 11.343/2006, *in verbis*:

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo , as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, [vedada a conversão em penas restritivas de direitos](#), desde que o agente seja criminoso primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização.

O tráfico privilegiado pode ocorrer nos casos em que a polícia prenda diretamente um traficante; reconhecendo-o como tal, não estamos mais na esfera dos crimes previstos no art. 28 e seguintes, estando diante do art. 33 da lei 11.343/2006, na qual é possível a os benefícios o deste tipo de crime.

A sugestão de inclusão desses dois artigos (28-A e 28-B) não influenciarão em nada os crimes previstos no art. 33 da lei. Somente criariam uma nova norma específica para diferenciar o usuário e o pequeno traficante.

Existiriam, portanto, três crimes com a nova previsão legal **a utilização de drogas pelos usuários, a posse com intuito de comércio e os crimes previstos para os traficantes do art. 33 da lei de drogas.**

No caso de nova reincidência, a pessoa seria enquadrada normalmente no art. 33 da lei de drogas, respondendo como traficante comum com as seguintes penas:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:
Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

Está-se tratando de uma adição à lei 11.343/2006 de um novo tipo penal que varia entre o art. 28 e o art. 33 da lei.

Seria um fortalecimento da lei perante o tráfico de entorpecentes deixando as hipóteses de crime tráfico privilegiado somente àqueles entendidos como tal pela lei, ou seja, da prisão da pessoa com clara intenção de comercializar a droga, mesmo sendo réu primário, onde não existam dúvidas sobre a pessoa ser ou não usuário.

É preciso entender que a adição dos artigos propostos são voltados exclusivamente para a diferenciação do usuário e do pequeno traficante.

Vale ressaltar, que já existe legislação que prevê o exame compulsório para detecção do uso de drogas. A lei 13.103/15 dispõe em seu art. 13:

Art. 13. O exame toxicológico com janela de detecção mínima de 90 (noventa) dias de que tratam o [art. 148-A da Lei 9.503, de 23 de setembro de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro](#), os [§§ 6º e 7º do art. 168](#) e o [inciso VII do art. 235-B da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943](#), será exigido:
I - em 90 (noventa) dias da publicação desta Lei, para a renovação e habilitação das categorias C, D e E;

- II - em 1 (um) ano a partir da entrada em vigor desta Lei, para a admissão e a demissão de motorista profissional;
- III - em 3 (três) anos e 6 (seis) meses a partir da entrada em vigor desta Lei, para o disposto no [§ 2º do art. 148-A da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997](#);
- IV - em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses a partir da entrada em vigor desta Lei, para o disposto no [§ 3º do art. 148-A da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997](#)

Ora, se para motoristas profissionais admite-se o exame compulsório, não há qualquer irregularidade em oferecer à pessoa portando entorpecentes, a **opção** de comprovar sua condição de usuário, através de exame voluntário. O exame clínico é um critério objetivo para se identificar os *dealers*. Critério esse, que falta na lei 11.343/2006.

Imaginemos o seguinte cenário: uma pessoa é pega portando drogas. Ela alega que são para uso pessoal. É levada para a delegacia para assinatura do termo circunstanciado. Neste mesmo momento, lhe é ofertada a faculdade de submeter-se a um exame toxicológico para comprovar a existência de drogas em seu sistema. Em caso positivo, é bem provável que tal pessoa seja, de fato, usuário. Neste caso a lei seria aplicada nos termos do art. 28 da Lei 11.343/2006. No entanto, com relação a uma pessoa pega com entorpecentes que não tenha qualquer indício de drogas no organismo ou se recuse a submeter-se a um exame clínico, seria possível afirmar que existiriam indícios de que a posse da droga seria para a venda, aplicando-se o art. 28-A da lei em comento. Em, se tratando, de Réu primário, seria aplicada uma multa, além da obrigatoriedade de comparecimento perante o Juizado Especial Criminal, nos termos do art. 28. Caso essa pessoa presa pela polícia portando drogas, se recuse novamente a fazer o exame ou que fique constatado que o exame deu negativo, configuraria justa causa para a abertura de inquérito policial pelo crime **de posse com intenção de venda** como previsto no art. 28-B, pois se trataria de reincidência. O benefício da dúvida seria oferecido somente uma vez. Caso houvesse nova reincidência, o *dealer* seria tratado como traficante previsto no art. 33 da lei 11.343/2006 não podendo ser beneficiado com a figura do tráfico privilegiado (§ 4º, do art. 33 da lei de drogas), uma vez que não seria mais réu primário e com bons antecedentes, em razão de já ter sido preso e apenado pelo crime de posse com intenção de venda. Não estaria a nova lei retirando do ordenamento jurídico o crime de tráfico privilegiado, somente tiraria essa vantagem para o *dealer* reincidente. Se a prisão original fosse feita com base no art. 33 da lei de drogas, o réu ainda teria direito ao benefício do tráfico privilegiado.

O grande problema é que o art. 28 e o art. 33 mencionam critérios subjetivos para identificar o usuário e o traficante. Essa é a inteligência do art. 28 e do art. 33.

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

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, **transportar, trazer consigo**, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. (grifamos).

Ambos os artigos prevêem a questão de “trazer consigo”. Esse é o critério subjetivo. Como se diferenciar entre o trazer consigo, para uso próprio e o trazer consigo para a prática do crime de tráfico?

Com a inserção de um novo tipo penal. Conforme dito anteriormente. A proposta é complementar a lei que é falha nesse sentido ao deixar a cargo do magistrado a tipificação da conduta de uso próprio e o uso para o tráfico, baseado nos antecedentes do agente e a circunstâncias do caso. Conforme § 2º do artigo 28 da lei 11.343/2006:

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

Voltamos à mesma questão: a subjetividade da lei. Com a criação da tipificação da posse com intuito de venda, adotada por critérios objetivos (possibilidade de exame clínico para comprovar a condição de usuário) muitas pessoas seriam flagradas em situações delituosas em que seria complicado identificar se o transporte era para uso pessoal ou para o comércio. Com a inserção dos arts 28-A e 28-B, tal problema poderia ser resolvido, ou ao menos, diminuído.

Reconhece-se que o proposto acima possui elementos que podem ser considerados inconstitucionais, no entanto, encontrando-se uma forma de aplicar a lei com respeito ao devido processo legal e todas as garantias constitucionais decorrentes desse processo, como já mencionado, seria possível aplicar-se o novo dispositivo ao caso, para diferenciação do *dealer* e do usuário.

Logicamente alguns *dealers* provavelmente fazem uso da droga. No entanto, muitos não o fazem. Dessa forma, ao menos alguns *dealers* seriam identificados e presos em caso de reincidência. O que seria um começo.

Independentemente de como seria uma nova legislação específica sobre drogas e o pequeno traficante, o fato é que já passou do momento para o Brasil rever sua política de combate às drogas. O debate sobre novas formas de controle ou até regulamentação do uso é extremamente necessário já que o atual modelo não funciona. Não lidar com o problema de forma apropriada é justamente a fonte de inúmeros problemas na sociedade.

Algo tem que ser feito!

6 REFERÊNCIAS

ALVES, Maria Helena Moreira; EVANSON, Phlip. **Vivendo no Fogo Cruzado**. São Paulo:UNESP, 2013.

ARAÚJO, Tarso. **Almanaque das drogas**. 2. Ed. São Paulo: Leya Editora,2014.

BERGERON. Henri. **Sociologia da Droga**. Aparecida: Nacional:Idéias & Letras, 2012.

BOITEUX, Luciana et al. **Tráfico de Drogas e Constituição**. Série pensando o direito n.1/2009. Rio de Janeiro/Brasília: UFRJ e UnB. 2009.

BRASIL ON LINE – BOL: **Presos seis suspeitos de atuar em disque drpgas na zona oeste do Rio**. Disponível em <http://noticias.bol.uol.com.br/ultimas-noticias/brasil/2014/09/04/presos-seis-suspeitos-de-atuar-em-disque-drogas-na-zona-oeste-do-rio.htm> Acesso em 25/04/2016.

BUSINNES INSIDER: **Quanto tempo essas 10 drogas ficam no organismo**. Disponível em <http://misteriosdomundo.org/quanto-tempo-essas-10-drogas-ficam-no-seu-organismo/>. Acesso em 09/06/2016.

CAMPOS, Rui Ribeiro. **Geografia política das drogas ilegais**. Leme/SP:JH Mizuno, 2014.

CARLINI, Elisaldo Arújo: **A história da maconha no Brasil**. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0047-20852006000400008 Acesso em 13/04/2016

CARTA CAPITAL: **Sob a lei espanhola 69% dos presos por tráfico no Brasil estariam livres**. Disponível em <http://www.cartacapital.com.br/sociedade/sob-a-lei-espanhola-69-dos-presos-por-trafico-no-brasil-estariam-livres-3087.html>. Acesso em 24/04/2016

Disponível em http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/7684/7684_4.PDF. Acesso em 13/04/2016.

Disponível em <http://www.antidrogas.com.br/mostranoticia>. Acesso em 13/04/2014

FREE ADVICE LEGAL: **Drug possession with intent to distribute**. Disponível em http://criminal-law.freeadvice.com/criminal-law/drug_crimes/defense_caught.htm. Acesso em 09/06/2016.

G1 – JORNAL NACIONAL: **Relator vota que porte de drogas para consumo não seja mais crime**. Disponível em <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2015/08/relator-vota-que-porte-de-drogas-para-consumo-pessoal-nao-seja-mais-crime.html>. Acesso em 25/04/2016.

GOVERNO DO RIO DE JANEIRO – UPP: **O que é**. Disponível em http://www.upprj.com/index.php/o_que_e_upp. Acesso em 24/04/2016.

GOVERNO DO RIO DE JANEIRO – POLÍCIA CIVIL: **Responsáveis por "Disque Drogas" são presos em Botafogo**. Disponível em <http://www.policiacivil.rj.gov.br/exibir.asp?id=8428>. Acesso em 25/04/2016.

MEDEIROS, Rostand: **Cocaína há 100 anos – uma história atual**. Disponível em <http://tokdehistoria.com.br/2013/08/25/cocaina-ha-100-anos-atras-uma-historia-atual/>. Acesso em 13/04/2014.

REDE RECORD: **Polícia acaba com disque droga formado por jovens de classe média do Rio de Janeiro**. Disponível em <http://rederecord.r7.com/video/policia-acaba-com-disque-droga-formado-por-jovens-de-classe-media-do-rio-de-janeiro-54ee60b70cf2ff57e027964a/>. Acesso em 25/04/2014.

REDE RECORD – Fala Brasil: **Traficante português chefe de disk drogas é preso no Rio de Janeiro – 17/10/2015**. Disponível em <http://noticias.r7.com/fala-brasil/videos/traficante-portugues-chefe-de-disk-drogas-e-presno-no-rio-de-janeiro-17102015>. Acesso em 25/04/2014.

RIBEIRO, Maurides de Melo. **Drogas e redução de danos**. São Paulo: Saraiva, 2013.

ROSA, Priscila Santos: **Em que consistem as expressões cifra negra e cifra dourada**. Disponível em <http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1039612/em-que-consistem-as-expressoes-cifra-negra-e-cifra-dourada-priscila-santos-rosa>. Acesso em 24/04/2016.

SALLES, Marcos H.N. **Política de drogas no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF: **Suspensão julgamento sobre porte de drogas para consumo próprio.** Disponível em

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=299484> Acesso em 25/04/2016.

TARCILA, Kuhn: **A História da maconha, a droga mais usada no mundo.** Disponível em <http://psicodelia.org/noticias/a-historia-da-maconha-a-droga-mais-polemica-do-mundo>. Acesso em 13/04/2016.

UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIMES: **Relatório Mundial sobre Drogas de 2015.** Disponível em <https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/frontpage/2015/06/relatorio-mundial-sobre-drogas-de-2015--o-uso-de-drogas-e-estavel--mas-o-acesso-ao-tratamento-da-dependencia-e-do-hiv-ainda-e-baixo.html> Acesso em 13/04/2014.

UNIVERSIDADE DO PORTO – FACULDADE DE FARMÁCIA. **Heroína.** Disponível em http://www.ff.up.pt/monografias_toxicologia/monografias/ano0405/heroina/historia.htm Acesso em 13/04/2016.

UNIVERSO ON LINE – UOL: **Dupla é presa por suspeita de atuar em esquema de disque drogas.** Disponível em <http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2014/09/19/dupla-e-presa-por-suspeita-de-atuar-em-esquema-de-disque-drogas-no-rio.htm> Acesso em 24/04/2016.

UNIVERSO ON LINE – UOL: **Consumo de cocaína no Brasil é 4 vezes superior à média mundial.** Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2015/06/26/consumo-de-cocaina-no-brasil-e-4-vezes-superior-a-media-mundial.htm>. Acesso em 25/04/2016.

WIKIPEDIA: **Narcotráfico na Colômbia.** Disponível em https://pt.wikipedia.org/wiki/Narcotr%C3%A1fico_na_Col%C3%B4mbia Acesso em 13/04/2016.

VOLPE, ANA: **Dependência de drogas é doença.** Disponível em <http://www.senado.gov.br/noticias/jornal/cidadania/Dependenciadroga/not01.htm> Acesso em 24/04/2016.

ZACONE, Orlando. **Acionistas do Nada: quem são os traficantes de drogas.** 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO E AS DIVERGÊNCIAS ACERCA DA SUA (IN) CONSTITUCIONALIDADE ¹,

Marcio Daniel Prado Lopes

1 INTRODUÇÃO

O assunto a ser tratado no presente artigo, é o regime disciplinar diferenciado (RDD). Mais precisamente, o artigo se refere à discussão acerca da inconstitucionalidade do RDD. O regime disciplinar diferenciado visa isolar os presos de alta periculosidade e forte liderança, segregando-os do convívio com os outros presos para que assim não os influenciem negativamente.

A implementação do RDD se deu diante de um cenário de violência alarmante para o país. Tanto no Estado de São Paulo, comandado pela facção criminosa do Primeiro Comando da Capital (PCC), quanto no Rio de Janeiro, por traficantes do Comando Vermelho (CV), os criminosos organizaram rebeliões que abalaram com as estruturas da segurança Pública e deixaram diversas pessoas feridas, ocasião que causou um imenso temor na sociedade. Outrossim, ficou demonstrado que os líderes das facções criminosas no Brasil têm muito poder, sendo capazes de coordenar ações criminosas, tanto de dentro quanto de fora das penitenciárias.

A organização com que foram realizadas as rebeliões mencionadas impressionou. Fato é que envolveu um esquema de comunicação entre apenados de diferentes unidades prisionais e pessoas situadas fora dos muros, que contou com a ineficiência da fiscalização ou com a fiscalização duvidosa dos agentes penitenciários, permitindo assim que aparelhos celulares, armas e drogas chegassem ao domínio dos detentos. Sabendo-se que foi por intermédio de contatos telefônicos que os líderes da facção criminosa organizaram o motim. Diante do enredo, a saída encontrada para combater esse cenário de intranquilidade foi a de implementar o Regime Disciplinar Diferenciado, visando a segregação dos chefes do crime organizado dos criminosos comuns.

O regime disciplinar diferenciado é uma medida que busca coibir a influência dos criminosos tidos como perigosos, líderes, mas que na prática, fere princípios constitucionais como os da legalidade, individualização da pena, proporcionalidade e

¹ Artigo apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Faculdade Integradas Hélio Alonso, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Carolina Maria de Aquino Medici.

principalmente o da dignidade da pessoa humana, como será analisado no decorrer do artigo. Contudo, sua constitucionalidade tornou-se contestável. Ademais, na prática, o RDD não resolve em nada a problemática do sistema penitenciário, muito menos a realidade que faz com que as penitenciárias encham cada vez mais.

A finalidade da pena não é apenas retributiva, ela é também preventiva e ressocializadora. Porém, prevalece a desinformação social quanto aos seus objetivos e um clamor cada vez maior por punições mais severas, na crença de que tais punições seriam a solução dos problemas de criminalidade que assolam o País. Todavia, apesar da legislação em vigor preservar os direitos dos presos, a garantia desses direitos não se consuma na prática, o que torna a realidade um retrocesso à conquistas jurídicas tão valorosas e importantes que acabam, infelizmente, por se limitarem a permanecer no âmbito da teoria, sendo até consideradas para muitos, utopia.

Ante o que foi apresentado, a pesquisa visa promover o debate que existe quanto a inconstitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado procurando demonstrar que tal medida colide com princípios constitucionais de suma importância e com a finalidade da pena adotada pelo sistema penal pátrio, introduzida pela Lei de Execuções Penais.

2 TEORIA DA PENA: CONCEITO E FINALIDADES.

2.1 CONCEITO DE PENA

O conceito de pena está vinculado à possibilidade do Estado de punir o indivíduo que infringe algum tipo penal, conforme se vê no que expõe Rogério Greco²: “A pena é a consequência natural imposta pelo Estado quando alguém pratica uma infração penal. Quando o agente comete um fato atípico, ilícito e culpável abre-se a possibilidade para o Estado fazer valer o seu *ius puniendi*.”

Porém, é importante dizer sobre o respeito que se deve ter às garantias constitucionais, tendo em vista que a cominação de algumas penas foram proibidas com o intuito de proteger aqueles que estão em território nacional, temporariamente ou não, levando em conta que todas estas penas desaprovadas ofenderiam o princípio da dignidade da pessoa humana e fugiam, em algumas hipóteses, da função preventiva da pena.³

A Constituição Federal⁴ no artigo 5º, XLVII e alíneas, determina que não haverá pena de morte salvo nos casos de guerra declarada, nos termos do artigo 84, XIX.

² GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 469.

³ Idem, pag. 469.

⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988.

Também de acordo com a Carta Magna, conforme o mesmo artigo mencionado anteriormente, não é permitido no Estado Brasileiro, imputar penas de caráter perpétuo, de trabalho forçado, de banimento e cruéis.

Verifica-se que a pena, além de ser uma forma de o Estado garantir que o transgressor das leis penais seja penalizado pelo injusto que vier a cometer, também tem outras finalidades, como a readaptação social e a prevenção, como se pode compreender nos ensinamentos de Fernando Capez⁵:

Conceito de pena: Sanção penal de caráter aflitivo, imposta pelo estado, em execução de uma sentença, ao culpado pela prática de infração penal, consistente na restrição ou privação de um bem jurídico, cuja finalidade é aplicar a retribuição punitiva ao delinquente, promover a sua readaptação social e prevenir transgressões pela intimidação dirigida à coletividade.

Com o exposto, fica nítido que a finalidade da pena tem um objetivo muito mais profundo que o de meramente retribuir ao delinquente o mal causado por ele.

2.2 FINALIDADES DA PENA

2.2.1 TEORIA ABSOLUTA OU DA RETRIBUIÇÃO

A teoria absoluta ou da retribuição tem como fundamento a punição do autor do crime na medida do mal que ele causou a outrem ou/e para a sociedade, como explica Fernando Capez⁶: “A finalidade da pena é punir o autor de uma infração penal. A pena é a retribuição do mal injusto, praticado pelo criminoso, pelo mal injusto previsto no ordenamento jurídico (*punitur quia peccatum est*).”

Cabe ressaltar a visão antiga de Beccaria⁷, porém não ultrapassada de que a punição não deve ser necessariamente rigorosa, mas deve ser certa, pois é a impunidade que faz com que algumas pessoas acreditem que podem delinquir sem serem descobertas. Sobre isso o autor ilustrou que: “Não é o rigor do suplício que previne os crimes com mais segurança, mas a certeza do castigo.”

2.2.2 TEORIA RELATIVA OU DA PREVENÇÃO (GERAL E ESPECIAL)

A teoria relativa ou da prevenção se divide em duas modalidades, sendo ela, a especial e a geral. A prevenção especial também se divide em duas, positiva e negativa.

⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. V. 1, parte geral: (arts. 1º a 120) 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 384/385.

⁶ Idem, pag. 385.

⁷ BECCARIA, Cesare 1738-1794. **Dos delitos e das penas**. ed. especial. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011, pag. 74.

No que se refere à teoria especial, a negativa tem como objetivo a segregação do infrator, tirando-o do meio social, como forma de impedi-lo de voltar a delinquir, enquanto a positiva visa a readaptação/ressocialização deste indivíduo para torná-lo apto para retornar ao convívio social.

Sendo assim, a prevenção especial, basicamente, tem o intuito de afastar o delinquente da sociedade, retirando-o do convívio e encarcerando-o, como forma de assim, impossibilitá-lo de cometer qualquer tipo de delito, tendo em vista a incapacidade da pessoa cometer algum crime após ter sido segregada, retirada da relação com outros cidadãos.

A prevenção geral mira a coletividade, objetivando amedrontar as pessoas com toda a negação que é ser alvo de uma pena criminal. Porém, nesse caso o foco não é o rigor da pena em si, mas sim o medo que essa aspereza ocasiona como forma de gerar tamanho temor nas pessoas que elas nem cogitem a possibilidade de cometer um delito, por saberem que a consequência é algo tão nocivo que não vale o risco. Essa modalidade da prevenção busca intimidar a sociedade diante da tristeza, da humilhação e da dor que é para o infrator ser punido com uma sanção penal⁸.

No que se refere às duas dimensões da prevenção especial, são elas, a positiva e a negativa, Juarez Cirino⁹ esclarece:

A execução do programa de prevenção especial ocorreria em duas dimensões simultâneas, pelas quais o Estado espera evitar crimes futuros do criminoso: por um lado, a prevenção especial negativa de segurança social através da neutralização (ou da inocuidade) do criminoso consistente na incapacitação do preso praticar novos crimes contra a coletividade social durante a execução da pena; por outro lado, a prevenção especial positiva de correção (ou de ressocialização, ou de reeducação ET.) do criminoso, realizada pelo trabalho de psicólogos, sociólogos, assistentes sociais e outros funcionários da ortopedia moral do estabelecimento penitenciário, durante a execução da pena (...).

Vale a pena fazer um adendo ao que Cesare Beccaria¹⁰, em 1764, já falava sobre a prevenção dos crimes. Este reconhecido pensador do século XVII dizia que o legislador sábio não deve deixar que o mal se alastre tanto a ponto de ter que repará-lo depois, ele deve agir de início, prevenindo o mal para não precisar repará-lo depois. Assim, uma boa legislação deve proporcionar aos homens o maior bem estar possível e preservá-los de qualquer sofrimento. A prevenção é o melhor caminho para não ter que punir o infrator.

Conquanto, a finalidade da pena, de acordo com a teoria em estudo, deve buscar prevenir os crimes antes que eles venham a acontecer.

2.2.3 TEORIA MISTA

No Brasil a teoria da pena adotada é a Mista, também chamada de unificada ou

⁸ CAPEZ, Fernando, *op. cit.*, pag. 385.

⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria da pena: fundamentos políticos e aplicação judicial**. Curitiba: ICPC;

Lumen Juris, 2005, p. 7.

¹⁰ BECCARIA, Cesare, *op. cit.*, pag. 115.

eclética. Essa teoria representa uma fusão de duas teorias a “teoria da retribuição” e a “teoria da prevenção”, unindo assim, em uma só teoria, a função retributiva da pena e a função preventiva, na lição de Juarez Cirino dos Santos¹¹:

Finalmente, as modernas teorias *unificadas* da pena criminal representam uma combinação das *teorias isoladas*, realizada com o objetivo de superar as deficiências individuais de cada teoria, mediante fusão das funções *declaradas* ou *manifestas* de *retribuição*, de *prevenção geral* e de *prevenção especial* da pena criminal.

O Código Penal¹², em seu art. 59, prevê que o Juiz deverá fixar a pena conforme seja necessário e suficiente para *reprovação* e *prevenção* do crime, evidenciando que o direito brasileiro adota a teoria mista em seu diploma legal.

Como assevera Juarez Cirino¹³, a teoria mista tem função retributiva e preventiva, sendo a preventiva subdividida em preventiva geral e especial (positiva e negativa):

Assim, a pena representaria (a) *retribuição* do injusto realizado, mediante *compensação* ou *expição* da culpabilidade, (b) *prevenção especial positiva* mediante *correção do autor* pela ação pedagógica da execução penal, além de *prevenção especial negativa* como segurança social pela *neutralização* do autor e, finalmente, (c) *prevenção geral negativa* através da *intimidação* de criminosos potenciais pela ameaça penal e *prevenção geral positiva* como *manutenção / reforço da confiança* na ordem jurídica etc.

Da lição do Professor, pode-se observar que a pena tem o caráter de retribuição como uma forma de devolver o injusto causado, visa a prevenção, pela neutralização e intimidação do infrator, além de almejar a ressocialização do apenado para que o torne capaz de retornar a conviver em sociedade.

2.3 A LEI DE EXECUÇÕES PENAIS E A TRIPLICE FINALIDADE DA PENA

Sabendo-se que o direito penal pátrio adotou a teoria mista da pena e que, são três as suas finalidades (repressão, prevenção ao crime e recuperação do apenado), é preciso dizer que a pena, no direito brasileiro, passou a ter estas finalidades com a entrada em vigor da Lei de Execuções Penais.

Na visão do juiz Adeildo Nunes, a principal das finalidades da pena é a da prevenção, pois, se o Estado desse condições de vida dignas, acesso à saúde, educação, profissionalização e emprego para os seus cidadãos, muitos crimes não viriam a acontecer, não sendo necessário, conseqüentemente, que precisasse recuperar o delinquente¹⁴.

¹¹ SANTOS, Juarez Cirino dos, *op. cit.*, pag. 12.

¹² BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

¹³ SANTOS, Juarez Cirino dos. *op. cit.*, pag. 12.

¹⁴ NUNES, Adeildo, 1953. **Da execução penal**. 3. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 31.

Uma das maiores críticas às funções das penas é de que a ressocialização não consegue ser alcançada. Essa crítica é muito forte por parte dos doutrinadores penalistas em razão dos objetivos da pena como um todo não serem alcançados, observando-se que a função ressocializadora fica em maior evidência, por se tratar de uma mudança que deveria ocorrer no interior das penitenciárias, com investimentos e assistência nos campos da psicologia, serviço social e ensino, principalmente, visando que o preso voltasse recuperado para o corpo social.

Com o advento da Lei de Execuções Penais, uma das intenções do legislativo era de que a lei ajudasse na recuperação dos condenados, mas não bastou apenas a vontade legislativa, sabendo-se que seria necessário que tantas outras ações fossem tomadas para que a realidade mudasse dentro dos presídios e no resultado que a pena leva para a vida de cada detento. Fato é que há muito tempo os presos que saem do sistema penitenciário retornam para a sociedade em condições piores das que entraram, via de regra, voltando a delinquir e pouco se vê na busca de mudança desta condição¹⁵

A reintegração social do condenado só pode ser possível devolvendo a dignidade para este, ou lhe mostrando o que é a dignidade. O olhar do Estado para aquele que passa pelo sistema penitenciário deve ser permanente e os direitos desses sujeitos devem ser assegurados. Um cidadão que é preso deve ter a possibilidade de estudar, trabalhar, ter acesso à saúde, se profissionalizar, para que um caminho diferente do que ele está habituado a ver possa seja deslumbrado. Os direitos individuais do preso devem ser garantidos dentro e fora da prisão, conforme determina a Constituição Federal.

Com o tratamento desumano e descompromissado que é dado atualmente para os que passam pelo sistema penitenciário, não há perspectiva de futuro que possa mudar na cabeça destas pessoas. E, sem dúvida, esse é um dos grandes motivos para que o índice de reincidência seja tão elevado. Alguém que passa anos da sua vida com os mesmos hábitos não muda do nada e, se esses hábitos são prejudiciais à coletividade, o Estado quando tiver esta pessoa sob sua custódia deve objetivar mudá-los, trabalhando a mentalidade deste indivíduo e dando-lhe recursos para que enfim possa ter uma vida digna e não volte a transgredir as leis¹⁶.

Acontece que, a preocupação com a recuperação dos detidos dentro de estabelecimentos prisionais é escassa. Para muitos a reincidência é motivo de descrença na possibilidade de que pessoas que cometeram delitos possam se recuperar. O que se observa no pensamento predominante entre os brasileiros é, de certa forma, o de repúdio às conquistas em relação aos direitos dos presos. Para muitos, os presos não são

¹⁵ Idem, pag. 28.

¹⁶ Idem, pag. 32.

merecedores de direitos. No entanto, o Estado e suas instituições devem agir conforme as leis determinam, o que não ocorre, no que tange à recuperação dos encarcerados¹⁷.

Ademais, a reintegração social é uma finalidade da pena assim como um objetivo da execução penal. Sobre a diferença entre a finalidade da pena e os objetivos da execução penal, leia-se, ainda, na explicação do Professor Adeildo Nunes¹⁸:

Ocorre que é preciso distinguir finalidade da pena e objetivos da execução penal. São duas coisas completamente diferentes. Enquanto a pena tem o condão de prevenir, reprimir e reintegrar socialmente o condenado, a execução da pena tem a finalidade de efetivar o cumprimento da sentença penal condenatória e, também, de realizar a recuperação do condenado. Se a execução é da medida de segurança, sua finalidade é o tratamento médico-psiquiátrico do interno, mas, há necessidade de também se efetivar a sentença absolutória imprópria, que estabeleceu a medida. Nota-se, por isso, que a reintegração social é finalidade da pena e também da execução penal, daí a sua importância para o Direito Penal e para o Direito de Execução Penal. Em verdade, o ideal era que não houvesse o crime, configurando, desta forma a assertiva de que a prevenção havia sido realizada eficazmente. Como o crime sempre existirá – em maior ou menor escala – há necessidade de reprimir a ação delituosa. Porém, como se vê, na fase de execução da pena não há necessidade alguma de perseguir a prevenção ou repressão, porque o crime já aconteceu, restando, tão somente, a perspectiva de reintegrar socialmente o condenado, agora sim, uma das finalidades da execução da pena.

Contudo, vale dizer que a função de reprimir a ação delituosa, acaba sendo uma consequência da ausência de cuidados preventivos e, no caso da reincidência, uma eficiente ressocialização do preso.

3 PRINCÍPIOS

3.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O princípio da legalidade está previsto no art. 5º, inc. XXXIX da Constituição Federal¹⁹, e tem como pressuposto que “não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. O que visa este instituto é que ninguém sofra sanção que não esteja prevista em lei. O doutrinador Cezar Roberto Bitencourt esclarece o que significa essa garantia²⁰:

Em termos bem esquemáticos, pode-se dizer que, pelo princípio da legalidade, a elaboração de normas incriminadoras é função exclusiva da lei, isto é, nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena

¹⁷ Idem, pag. 33.

¹⁸ Idem, pag. 34.

¹⁹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988.

²⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 21. ed. ver., ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

criminal pode ser aplicada sem que antes da ocorrência desse fato exista uma lei definindo-o como crime e cominando- lhe a sanção correspondente. A lei deve definir com precisão e de forma cristalina a conduta proibida. Assim, seguindo a orientação moderna, a Constituição brasileira de 1988, ao proteger os direitos e garantias fundamentais, em seu art. 5º, inc. XXXIX, determina que ‘não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

Há de se destacar a relevância do princípio estudado e da necessidade dos textos que definem normas penais serem escritos de forma clara para não dar margens a interpretações distorcidas e possíveis arbitrariedades por parte do Estado ao exercer seu poder punitivo.

3.2 PRINCÍPIO DA PESSOALIDADE OU INTRANSCENDÊNCIA OU INTRANSMISSIBILIDADE

O princípio constitucional em questão tem como condão a garantia de que a pena não vá passar da pessoa que cometeu o delito para outrem, como no caso de sucessão, em virtude de falecimento do agente delitivo. O Inciso XLV do artigo 5º da Constituição Federal²¹ prevê que “Nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.”

O professor Rogério Greco comenta sobre o princípio da responsabilidade pessoal, como ele assim o define²²:

Em virtude do princípio da responsabilidade pessoal, também conhecido como *princípio da pessoalidade* ou *intranscendência* da pena, somente o condenado é que terá de se submeter à sanção que lhe foi aplicada pelo Estado. Já se foi o tempo em que não só o autor do fato respondia pelo delito cometido, como também pessoas ligadas ao seu grupo familiar ou social.

Continuando com a elucidação²³:

Quer o princípio constitucional dizer que, quando a responsabilidade do condenado é penal, somente ele, e mais ninguém poderá responder pela infração praticada. Qualquer que seja a natureza da penalidade aplicada – privativa de liberdade, restritiva de direitos ou multa -, somente o condenado é que deverá cumpri-la.

Diante dos esclarecimentos pontuais do conceituado professor citado, fica evidente que a pena que é cominada a um indivíduo é intransponível, seja qual for o tipo de pena, sendo ele o único possível responsável pelo delito cometido.

²¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988.

²² GRECO, Rogério. *op. cit.*, p. 79.

²³ *Idem*, p. 79.

3.3 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Não seria justo que um indivíduo que cometeu um crime de pequeno potencial ofensivo pegasse uma pena de vinte anos de reclusão em regime fechado. Do mesmo modo que não seria justo a condenação de um homicida qualificado apenas à pena restritiva de direito de prestação de serviços à comunidade, pelo menos não de início.

Tendo exemplificado de prontidão, fica mais clara a compreensão do princípio da proporcionalidade, que visa um equilíbrio na hora de se aplicar a pena, diante da conduta que cometeu.

Sobre o tema, o majestoso autor Cesare Beccaria²⁴ deixou de herança para a civilização o seguinte ensinamento:

O interesse de todos não é somente que se cometam poucos crimes, mais ainda que os delitos mais funestos à sociedade sejam os mais raros. Os meios que a legislação emprega para impedir os crimes devem, pois, ser mais fortes à medida que o delito é mais contrário ao bem público e pode tornar-se mais comum. Deve, pois, haver uma proporção entre os delitos e as penas.

É necessário que se observe no princípio da proporcionalidade que existe uma relação entre dois bens jurídicos nesse princípio, o bem que é lesionado (gravidade do fato) e o bem que alguém pode ser privado (gravidade da pena), logo, é preciso que se faça uma ponderação entre ambos. A desproporção se dá justamente quando não há um equilíbrio entre esses dois bens. O princípio em discussão tem dois destinatários, sendo eles o poder legislativo, que se incumbe de estabelecer penas proporcionais à gravidade do crime e o juiz, que devem impor ao autor do delito penas que tenham proporção com a gravidade do fato. Não obstante, o princípio da proporcionalidade, como o nome já diz, busca a proporção do legislativo ao quantificar a gravidade da pena e ao judiciário ao proferir as sentenças penais.²⁵

3.4 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da dignidade da pessoa Humana está previsto no art. 1º, III, da Carta Magna²⁶, onde é tratado como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, assim constituída em Estado Democrático de Direito.

O texto constitucional aponta a dignidade da pessoa humana como fundamentos do Estado Democrático de direito. Doutrinadores entendem que tal fundamento também é

²⁴ BECCARIA, Cesare, *op. cit.*, p. 80.

²⁵ SILVA FRANCO, Alberto. **Código penal e sua interpretação jurisprudencial**: Parte geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, *apud*, GRECO, Rogério. *op. cit.*, p. 75.

²⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988.

um princípio. Assim como o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso²⁷, para quem, a dignidade da pessoa humana é um princípio e, como todo princípio, um valor fundamental. Destacam-se também, na lição do Ministro, os diferentes papéis que os princípios constitucionais desempenham no sistema jurídico:

A dignidade humana é um valor fundamental. Valores, sejam políticos ou morais, ingressam no mundo do Direito, assumindo, usualmente a forma de princípios. A dignidade, portanto, é um princípio jurídico de *status* constitucional. Como valor e como princípio, a dignidade humana funciona tanto como justificção moral quanto como fundamento normativo para os direitos fundamentais. Na verdade, ela constitui parte do conteúdo dos direitos fundamentais. Os princípios constitucionais desempenham diferentes papéis no sistema jurídico. Destacam-se aqui dois deles: a) o de fonte direta de direitos e deveres; e b) o interpretativo. Os princípios operam como fonte direta de direitos e deveres quando do seu núcleo essencial de sentido se extraem regras que incidirão sobre situações concretas. Por exemplo: o conteúdo essencial da dignidade da pessoa humana implica a proibição da tortura, mesmo em um ordenamento jurídico no qual não exista regra expressa impedindo tal conduta. Já no seu papel imperativo, o princípio da dignidade da pessoa humana vai informar o sentido e o alcance dos direitos constitucionais. Além disso, nos casos envolvendo lacunas no ordenamento jurídico, ambiguidades no direito, colisões entre direitos fundamentais e tensões entre direitos e metas coletivas, a dignidade humana pode ser uma boa bússola na busca da melhor solução. Mas ainda qualquer lei que viole a dignidade, seja em abstrato ou em concreto, será nula.

No final da elucidação acima, observa-se que é mencionado que qualquer lei que viole o princípio da dignidade, seja em abstrato ou em concreto, será nula.

Um dos desdobramentos do conteúdo deste princípio implica na proibição da tortura, evidenciando-se assim que no Regime Disciplinar Diferenciado este fundamento é violado, tendo em vista as condições a que são submetidos os presos sob a imposição deste instituto, como será demonstrado pelo prisma de autores conceituados em momento mais oportuno.

4 O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO (RDD)

4.1 ORIGEM

O Regime Disciplinar Diferenciado é uma medida adotada pela Lei de Execuções Penais que foi criada, inicialmente, pela resolução nº 26, com o intuito de conter a expansão do crime organizado dentro das cadeias e manter os presos considerados de alta periculosidade, com influência relevante e negativa sobre os outros apenados, afastados destes, como conta o magistrado Adeildo Nunes.²⁸

²⁷ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.

²⁸ NUNES, Adeildo, *op. cit.*, p. 100.

No ano de 2001, no Estado de São Paulo, a organização criminosa que detém o controle da atividade de traficância no estado, o PCC (Primeiro Comando da Capital), numa demonstração de poder que chocou o país, realizou uma megarrebelião em conjunto que envolveu 29 presídios em diferentes complexos penitenciários.

Em 2002 os criminosos da facção Comando Vermelho (CV), liderada pelo traficante Fernandinho Beira-mar, mataram os líderes da facção Rival Terceiro Comando (TC), no interior do presídio Bangu I, localizado na Zona Oeste do Rio de Janeiro. Em seguida ao ataque de Beira-Mar, uma rebelião estourou no presídio. O ocorrido espalhou pânico pela cidade, ocasião em que o poder do tráfico foi evidentemente demonstrado, fazendo com que o comércio fosse fechado em várias regiões da cidade.

Diante do contexto o governo paulista e a sua secretaria de Administração Penitenciária, como forma de responder às ações realizadas pelos detentos líderes do narcotráfico, adotaram medidas que buscavam assegurar a disciplina e a ordem do sistema prisional. Dentre essas medidas surgiu a Resolução SAP-26, que institui o Regime Disciplinar Diferenciado, que regulamenta inclusão, permanência e exclusão de presos no regime, destinado aos líderes e integrantes de facções criminosas ou àqueles cujo comportamento exigia tratamento específico. O Estado do Rio de Janeiro adotou a medida de Regime Disciplinar Especial, visando afastar líderes de facções criminosas de presos comuns.

Depois de uma tentativa fracassada de inserir o RDD na Lei de execução Penal por medida provisória, utilizando-se da via convencional, o Presidente Fernando Henrique Cardoso, na tentativa de universalizar o regime disciplinar diferenciado, enviou ao Congresso Nacional o projeto de lei n.º 5.073 que alterava dispositivos da LEP e do Código de Processo Penal para, entre outras mudanças, permitir que presos de alta periculosidade que cometessem falta grave cumprissem pena no regime diferenciado a ser aplicado pela administração penitenciária, desta vez obtendo êxito.

4.2 CONCEITO

O regime disciplinar diferenciado é uma espécie de punição disciplinar como represália ao cometimento de falta disciplinar dentro dos estabelecimentos prisionais. Sendo uma sanção disciplinar interna. As faltas disciplinares que sujeitam a inclusão do preso provisório ou condenado, sem prejuízo das sanções penais no regime disciplinar diferenciado, podem ser a prática de fato previsto como crime doloso, que constitui falta grave, ocasionando subversão da ordem ou disciplina interna²⁹.

O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar presos provisórios ou

²⁹ BRASIL. **Lei de execução Penal**. Lei n.º 7210 de 11 de julho de 1984, artigo 52, *caput*.

condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade³⁰.

Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando³¹.

4.3 CARACTERÍSTICAS

O regime disciplinar diferenciado tem como características, a duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada; o recolhimento em cela individual; a possibilidade de visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas; o direito do preso sair da cela por duas horas diárias para banho de sol.³²

4.4 HIPÓTESES DE CABIMENTO

As hipóteses em que são cabíveis o regime disciplinar diferenciado estão previstas no artigo 52 da Lei de execuções penais e são elas³³: A falta grave que consiste na prática de fato previsto como crime doloso e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina interna; Os presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade; o preso provisório ou condenado sobre o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.

Sobre a falta grave que consiste na prática de fato previsto como crime doloso e ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, prevista no *caput* do artigo 52 da LEP, Renato Marcão, mestre em direito penal, discorre com precisão e clareza³⁴:

O preso provisório ou definitivo que praticar falta grave consiste em fato previsto como crime doloso, desde que tal *conduta ocasione subversão da ordem ou disciplinar internas*.

(...)

Destarte, se o crime doloso praticado pelo preso provisório ou definitivo tumultuar a organização, a normalidade do estabelecimento prisional ou demonstrar descaso, desobediência às autoridades, abre-se a primeira hipótese para sua inclusão no regime disciplinar diferenciado.

Quanto aos presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da

³⁰ BRASIL. **Lei de execução Penal**. Lei nº 7210 de 11 de julho de 1984, artigo 52, § 1º.

³¹ BRASIL. **Lei de execução Penal**. Lei nº 7210 de 11 de julho de 1984, artigo 52, § 2º.

³² BRASIL. **Lei de execução Penal**. Lei nº 7210 de 11 de julho de 1984, artigo 52 e incisos.

³³ BRASIL. **Lei de execução Penal**. Lei nº 7210 de 11 de julho de 1984, artigo 52, *caput*, §§ 1º e 2º.

³⁴ MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 13. ed. rev., apl. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2015.

sociedade, com previsão no § 1º do artigo 52 da LEP, o professor continua sua preleção³⁵:

Os presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade.

Ao contrário do que reclama o *caput* do art. 52, para a inclusão do preso provisório ou condenado, nacional ou estrangeiro, no regime disciplinar diferenciado, o § 1º do mesmo artigo não exige que tenham eles praticado crime doloso durante o período de permanência no estabelecimento prisional. Para a inclusão no RDD basta que apresentem *alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade*.

Por aqui, o problema crucial reside em especificar, em cada caso, o que se deve considerar como de *alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade*, não sendo demais lembrar que o fato de o preso ou condenado, nacional ou estrangeiro, ter envolvimento com organizações criminosas ou pertencer a associação criminosa constitui fundamento distinto, regulado no § 2º do art. 52, conforme passaremos a expor.

No que concerne ao preso provisório ou condenado sobre o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando, previsto no § 2º do artigo 52 da Lei n. 7.210/84, Marcão destaca a possibilidade de cometimento de excessos em virtude de interpretações equivocadas³⁶:

"São incontáveis os excessos cometidos, isso em razão da vasta e perigosa possibilidade de interpretar a regra em busca do que venha a ser possível considerar *fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações ou associações criminosas*.

É preciso não perder de vista "As 'fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando', como causa de inserção do condenado ou do preso provisório no regime disciplinar diferenciado, nos termos do §2º do art. 52 da L. 7.210/84, com a redação da L. 10.792/2003, devem ter relação com atos por ele praticados no estabelecimento prisional, cuja ordem e segurança esse regime prisional tem por finalidade resguardar."

Outrossim, vale dizer que atualmente o crime de quadrilha ou bando é denominado "associação criminosa, tema que se insere no estudo do artigo 288 do Código Penal, mencionado na última hipótese analisada.

4.5 DURAÇÃO

Assunto de grande relevância dentro do tema em questão, é o limite de sua duração. Este limite se encontra previsto no inciso I, do artigo 52 da Lei de execuções penais, que dispõe que a duração máxima do regime disciplinar diferenciado é de trezentos e sessenta

³⁵ Idem.

³⁶ Idem.

dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada³⁷.

Questão muito discutida sobre o regime disciplinar diferenciado é a “possibilidade da eternização da medida para os presos provisórios”, como se vê na explicação do Juiz Adeildo Nunes³⁸, que considera tal fato uma anomalia do regime:

Outra anomalia do RDD está na possibilidade da eternização da medida para os presos provisórios. Como a Lei condicionou o seu fim ao prazo de inclusão equivalente a 1/6 da pena, significa que enquanto existir processo criminal pendente de julgamento o réu poderá ser isolado indefinidamente já que o cálculo de 1/6 só pode existir em relação à pena estabelecida em concreto, seja isolada ou já unificada.

A possibilidade referida acima é considerada absurda porque o preso provisório é aquele que ainda está sendo acusado e não teve sentença criminal proferida em seu desfavor, condenando-o. Sendo assim, a possibilidade de manter um preso provisório encarcerado pelo RDD, significa que o Estado estará isolando e punindo de forma extremamente rigorosa, um indivíduo que ao final do processo de conhecimento pode provar-se inocente, ferindo gravemente o princípio da presunção de inocência previsto no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal de 1988³⁹.

5 ANÁLISE CRÍTICA DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO À LUZ DOS PRINCÍPIOS E DAS FINALIDADES DA PENA

Ao examinar os princípios constitucionais abordados neste estudo e as particularidades do regime disciplinar diferenciado, fica evidente o desrespeito deste regime a tais preceitos, principalmente no que tange à dignidade da pessoa humana.

Não se pode dizer que o isolamento do preso e a possibilidade de visitas semanais de duas pessoas, com duração de duas horas apenas e o direito do preso sair da cela também por duas horas diárias para banho de sol, sejam condições mínimas para garantir a dignidade de uma pessoa. As circunstâncias estabelecidas no regime em estudo degradam o indivíduo sob a sua égide e são análogas à tortura, possibilidade vedada pela Constituição Federal no artigo 5º, III e XLIII.⁴⁰

No que se refere ao princípio da proporcionalidade, o RDD se torna ainda mais absurdo ao tratar da possibilidade da sua aplicação para os presos provisórios. Ou seja,

³⁷ BRASIL. **Lei de execução Penal**. Lei nº 7210 de 11 de julho de 1984, artigo 52, *caput*.

³⁸ NUNES, Adeildo *op. cit.*, p. 103.

³⁹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988.

⁴⁰ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988.

indivíduos que ainda não foram condenados por sentença transitada em julgado e que podem ser inocentados ao final da lide, já sofrem com a aplicação de uma punição administrativa que não foi determinada por sentença judicial, mas, sim pela administração penitenciária. Cabe ressaltar que fere também, nitidamente, o princípio da presunção de inocência⁴¹ e do devido processo legal.⁴²

Como foi visto no capítulo que explicou o princípio da legalidade, este princípio também tem o condão de evitar arbitrariedades por parte do Estado, porém, o que se vê no regime disciplinar diferenciado, mais especificamente nos parágrafos primeiro e segundo do artigo 52 da Lei de Execuções Penais, são normas vazias, dadas as interpretações que ficam à mercê da administração dos presídios.

Não fica definido na norma o que o legislador quis dizer com "alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade" ou "fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando". Tais expressões são baseadas em presunções o que as tornam normas demasiadamente abstratas e com margem a interpretações arbitrárias.

Os crimes de associação e quadrilha ou bando sequer tem definição do que se trata⁴³, o que torna ainda mais abrangente a possibilidade da administração penitenciária agir conforme a sua vontade ao decidir se um preso deve ser posto no regime disciplinar diferenciado ou não.

A individualização da pena é transgredida quando se tem no RDD uma norma que estipula um tempo máximo de duração de um ano, no caso, para o isolamento de um preso, em condições primitivas, sem nem ao menos fazer uma distinção motivada do *quantum* de tempo aquela determinada pessoa deveria cumprir isolada. É uma norma genérica que não busca observar o indivíduo e determinar a quantidade que seria correta aplicar de punição administrativa para ele, especificamente, apenas define uma quantidade generalizadora, que se opõe a qualquer preso que tenha que se submeter ao RDD.

Todo o intento do legislador de punir e excluir do convívio dos outros presos os encarcerados tidos como mais perigosos, líderes de facções criminosas, que teriam condições de influenciar negativamente os delinquentes menos perigosos na relação carcerária, acabou por desvirtuar a medida das finalidades norteadoras da Lei de Execuções Penais.

Verifica-se que a principal finalidade ofendida com o RDD é a da ressocialização, considerando-se que ao excluir o preso do convívio social a intenção é de que na

⁴¹ Idem.

⁴² Idem.

⁴³ MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 13. ed. rev., apl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

penitenciária seja feito um trabalho de reforma moral da pessoa para que se torne apta novamente a conviver em sociedade. Porém, com a exclusão deste da sociedade e do convívio dos outros presos, isolando-o em condições de tortura, o que se alcança é exatamente o oposto do que a finalidade ressocializadora propõe, possivelmente deixando o preso ainda mais violento e com menos possibilidades de voltar ao convívio social.

Quanto à finalidade da prevenção pode-se se dizer que o fato do indivíduo estar isolado previne que este cometa delitos, o que não deixa de ser uma verdade, porém, uma verdade que se torna um equívoco quando se busca um olhar mais amplo sobre a questão. Pois, o indivíduo que se encontra preso agora, num futuro distante ou breve voltará a conviver na sociedade, então esse tipo de tratamento, seria mais um adiamento de um mal que pode ser cometido do que propriamente uma prevenção, tendo em vista que quando aquela preso voltar à coletividade, sem ter recebido nenhum tipo de cuidado ou oportunidade, a probabilidade dele voltar a delinquir é imensa.

Além do mais a prevenção direcionada à sociedade pelo medo da punição também não é de veras eficiente, como Beccaria já dizia⁴⁴, o que previne o crime não é a gravidade da pena e sim a certeza da punição. De fato, não adianta as penas serem severas se aqueles que cometem delitos souberem que é possível que não sejam capturados, sendo assim, o que de fato previne o crime, mirando a coletividade, é a certeza da punição e não a intensidade desta.

No que tange à retribuição do mal cometido pelo criminoso também poderia se cair no equívoco de dizer que o RDD cumpre com essa finalidade. Ocorre que na teoria mista, uma finalidade está ligada a outra e, partindo deste pressuposto, sabendo-se que as outras duas finalidades da pena, sejam estas a de prevenir e a de ressocializar não estão sendo alcançadas, de que valeria a retribuição da pena, apenas? Vale ser dito, ainda assim, que a própria retribuição está comprometida, no momento que se observa que esta desrespeita o princípio da proporcionalidade e da individualização da pena, como já visto, com a possibilidade de um preso provisório ser submetido à punição do regime e o fato de a pena ser genérica sem observar as especialidades de cada indivíduo, possibilitando que a pena aplicada pela medida extrapole o que de fato caberia àquela pessoa cumprir.

6 CONCLUSÃO

O Regime Disciplinar Diferenciado, bem como diz o nome, surgiu com o intuito de tratar de forma disciplinar diferente da tradicional, no caso, com mais rigor, os presos que

⁴⁴ BECCARIA, Cesare, *op. cit.*, p. 74.

representassem um risco para a sociedade, para a unidade prisional ou que cometessem falta grave no seu interior. Inicialmente, o medo a que os criminosos submeteram a sociedade foi o que possibilitou a sua implementação, surgindo assim o RDD como uma esperança no combate à violência realizada por líderes de facções criminosas dentro e fora dos presídios.

O rigor na punição foi aclamado como solução para coibir a violência, mas, com isso as finalidades da pena, que já não eram alcançadas, ficaram ainda mais distantes de serem atingidas. A medida não tem em si um objetivo de mudança estrutural na cadeia de violência que aumenta e se agrava no decorrer dos anos, atingindo, na prática, apenas a punição mais gravosa do presidiário e, perceptivelmente, violando a Constituição Federal.

Entretanto, não se vê em nenhum aspecto da medida uma busca pela recuperação e reintegração do preso, ao contrário, a medida segrega o indivíduo e corrobora com a possibilidade de ações arbitrárias serem tomadas pela administração penitenciária, dado ao fato da lei acomodar normas vazias e que dão margem a interpretações levianas, por estes que se incumbem da função de aplicar o RDD, afastando ainda mais a realidade das penitenciárias do plano traçado pela LEP, de serem cumpridas as finalidades impostas à pena.

O princípio da dignidade humana é totalmente violado, haja vista a aplicação de uma medida que nitidamente tortura o preso, de forma física e psicológica, em razão do isolamento de até 360 dias em cela individual, de submeter o preso que - não necessariamente foi condenado por decisão transitada em julgado - ao RDD, e só permitir que este tenha contato com familiares por no máximo duas horas semanais. O indivíduo fica completamente desamparado de qualquer assistência que possibilite uma melhora na sua conduta, não acrescentando nenhuma benesse à sociedade para quando este tiver que voltar ao convívio.

Apesar de tudo que foi demonstrado e de diversos doutrinadores renomados defenderem a ideia de inconstitucionalidade do RDD, a jurisprudência atual, majoritariamente, considera constitucional a aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado no direito penal brasileiro, julgando a medida como uma mal necessário e justificando sua aplicação pela adoção do princípio da proporcionalidade onde os direitos dos presos devem ceder ao interesse público.

Contudo, o Regime Disciplinar Diferenciado reflete um pensamento e forma de agir que predomina na sociedade brasileira, de imediatismo e busca da solução de problemas pelo meio mais rápido, porém ineficiente na prática. Parece óbvio que apenas prender e isolar presos teoricamente mais perigosos e influentes não resolve os problemas de violência que se acentuam cada vez mais no Brasil. Mas é uma medida que causa

impacto e agrada grande parte da população, mesmo que não encerre nem vise encerrar o ciclo de violência, apenas iludindo quanto à sua diminuição.

7 REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BECCARIA, Cesare, marchese di, 1738-1794. **Dos delitos e das penas**. ed. especial. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

BRASIL. Código Penal. **Decreto-Lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**.

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

BRASIL. Lei de execução Penal. **Lei nº 7210 de 11 de julho de 1984**.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 1, parte geral: (arts. 1º a 120) / 15ª**. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal** 13. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011,

MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal** 13. ed. rev., apl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Notas sobre a Inconstitucionalidade da Lei 10.792/2003, que criou o Regime Disciplinar Diferenciado na Execução Penal. In: CARVALHO, Salo de (Coord.). **Críticas a execução penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010.

NUNES, Adeildo, 1953. **Da execução penal**. 3 ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria da pena: fundamentos políticos e aplicação judicial.** Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005.

SILVA FRANCO, Alberto. **Código penal e sua interpretação jurisprudencial - Parte geral.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, *apud*, GRECO, Rogério (2011).

CONTROLE JUDICIAL NA SAÚDE PÚBLICA¹,

Andressa Rodrigues Machado Tayt-son

1 INTRODUÇÃO

É notório que o direito à saúde, princípio constitucionalmente estabelecido pela Carta Magna, e regulamentado pela Lei n. 8.080/90, que instituiu o Sistema Único de Saúde (SUS), necessita de uma ação intensa e conjunta entre Legislativo e Executivo para que seja efetivamente colocado em prática e possa atender às demandas da sociedade.

A Constituição Federal de 1988 trouxe a descrição de saúde em seu art. 196 como direito de todos e dever do Estado, garantido por políticas sociais e econômicas as quais devem atingir a redução do risco de doença e de outros agravos e promover o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Já a Lei n. 8.080/90 afirma que a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

No entanto, apesar do ordenamento jurídico assegurar o direito à saúde, o que se observa é uma inércia do Legislativo e do Executivo em garantir à população o acesso aos serviços de saúde de forma igualitária e universal. Nesse momento, o cidadão vê seu direito violado e, carecendo com urgência de assistência terapêutica, necessária à promoção, prevenção ou recuperação da saúde, recorre ao Poder Judiciário para ter seu direito resgatado. Assim, sob o manto do princípio da inafastabilidade da jurisdição e do acesso à justiça, o Judiciário precisa decidir essas demandas, interferindo em questões de políticas públicas de saúde.

Esse fenômeno que vem crescendo no Brasil é chamado de judicialização e se caracteriza pela transferência de poder político para o Judiciário. Por outro lado, observa-se também o discurso do ativismo judicial, que ficou conhecido como o excesso de judicialização praticado pelos magistrados.

Nesse sentido, o tema deste estudo enfoca o controle judicial na saúde pública, e para desenvolvê-lo, foram formuladas algumas questões que nortearam a pesquisa a ser empreendida.

A primeira questão a ser abordada refere-se à competência do Poder Judiciário para interferir nas políticas públicas de saúde. É possível se afirmar que cabe ao Judiciário a

¹ Artigo apresentado ao Curso de Graduação em Direito das Faculdades Integradas Hélio Alonso, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Cristiano Vecchi.

verificação quanto ao controle da correta aplicação da legalidade das normas elencadas na Constituição da República, para que não ocorra uma violação no atendimento à saúde por parte do Estado. Assim, respeitando-se a separação dos poderes, ou seja, harmonia e independência das diversas funções estatais, o Judiciário tem importante papel na fiscalização dos atos praticados, principalmente, pelo Poder Executivo.

Em relação ao segundo questionamento, cabe verificar se o Poder Judiciário poderia extrapolar ao que está descrito nas normas, caracterizando, assim, um ativismo judicial. Em resposta a esse segundo problema, nota-se que o Judiciário deve ficar adstrito à Constituição, porém, com uma livre interpretação da norma. Ocorre que, qualquer decisão contrária à norma estaria ferindo a separação dos poderes, na medida em que o Judiciário estaria extrapolando sua esfera de atuação e, portanto, não mereceria acolhida. Esse tipo de decisão confere ao Judiciário um papel de criador de normas, o que não foi constitucionalmente designado a ele. Ademais, estaria interferindo diretamente no orçamento público, conforme veremos adiante.

Como terceiro problema a ser respondido, abordaremos até que ponto tem validade a decisão judicial e se ela poderá ser cumprida em detrimento do equilíbrio da reserva do possível. Podemos destacar que as decisões judiciais estariam desfavorecendo esse equilíbrio, qual seja, vida, orçamento e lei, e de forma individual ferindo o caráter coletivo das políticas de saúde, em favorecimento somente àquele autor, tendo em vista que há também outras pessoas em situação semelhante ou até mesmo pior que a desses jurisdicionados, e que não tiveram a oportunidade de ingressar com uma ação judicial para ver suas necessidades de saúde atendidas.

Por fim, abordaremos como os Tribunais Superiores vêm decidindo acerca das questões de saúde que chegam até eles. No tocante a esta quarta questão, destaca-se que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça têm encarado as demandas de forma cautelosa, procurando ponderar a necessidade de cada jurisdicionado em face do que está determinado em lei. Entretanto, muitas decisões são proferidas no sentido de extrapolar o que é atualmente estabelecido como procedimento terapêutico fornecido pelo Sistema Único de Saúde, tendo em vista que visam o direito à vida, garantido pelo *caput* do art. 5º da Constituição Federal. Nesse sentido, entre vida, orçamento e lei, os ministros dos Tribunais Superiores têm decidido pela vida.

Assim, o presente estudo pretende, de uma forma geral, analisar como as decisões judiciais têm interferido nas políticas públicas de saúde e apresentar as principais diferenças entre os fenômenos da judicialização e do ativismo judicial. De modo específico, pretende verificar como os Tribunais Superiores estão decidindo as questões de saúde pública e se essas decisões estão adstritas aos limites legais.

Para tanto, não se propõe encerrar o assunto, mas apenas focar o conjunto teórico e jurisprudencial sobre o tema, visando contribuir para uma maior reflexão sobre como o Judiciário vem enfrentando as demandas atuais da sociedade brasileira, que está carente de um Estado mais ativista no tocante à saúde pública.

A metodologia desta pesquisa se baseou na consulta de livros e artigos científicos, bem como de legislação específica e da Constituição Federal de 1988, englobando, ainda, a análise de decisões judiciais (jurisprudência dos Tribunais Superiores).

O tema é de grande importância e relevância para a área jurídica, principalmente no que tange ao direito à saúde, garantido pela Constituição Federal de 1988 e efetivado por políticas públicas, em razão do grande número de ações que chegam aos órgãos jurisdicionais a cada dia. Sabe-se que quando o Estado é insuficiente para atender minimamente aos anseios de saúde da sociedade, esta se socorre do Judiciário para ver sua necessidade terapêutica satisfeita e, desta forma, fazer valer a igualdade e a universalidade apresentadas como fundamentos primordiais da proteção à saúde do Sistema Único de Saúde.

2 A EFICÁCIA DAS AÇÕES GOVERNAMENTAIS NA SAÚDE PÚBLICA

2.1 As Políticas Públicas e sua Aplicação na Saúde

A saúde é um direito social previsto no artigo 6º, *caput* da Constituição de 1988 e incluído no mínimo existencial, por meio de força normativa dos princípios constitucionais. A Carta Magna, ainda, em seu artigo 196, garantiu o direito à saúde por meio das políticas públicas, abordando-a como um dever do Estado:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Assim, conforme se depreende da leitura dos preceitos constitucionais, a efetivação do direito fundamental à saúde cabe ao poder público.

Mas para garantir a concretização plena da saúde, faz-se necessário um instrumento que oriente a ação estatal, impondo ao Estado a implementação de políticas públicas capazes de satisfazer esse direito, na dependência da atuação e mobilização das políticas como uma forma de ação estratégica, de instituições ou pessoas de direito público, visando fins previamente determinados por finalidades e princípios de natureza pública.

Esse tipo de política é marcado por normas programáticas, que ensejam organização e planejamento social por parte do Estado.

Maria Paula Dallari Bucci destaca que as políticas públicas referem-se a ações governamentais resultantes de processos juridicamente regulados como eleitoral, legislativo, de planejamento, orçamentário, administrativo e judicial, que são previamente determinados no intuito de coordenar os meios à disposição do Estado e, assim, atingir objetivos socialmente relevantes².

Em relação às políticas públicas de saúde no Brasil, podemos dizer que o Sistema Único de Saúde (SUS), instituído pela Lei n. 8.080/90, é seu instrumento de efetivação. Os órgãos e instituições que integram esse sistema têm o objetivo de proporcionar atendimento à coletividade. No entanto, uma das maiores críticas ao SUS é a sua incapacidade em atender às grandes demandas de serviços, causando um precário e demorado atendimento. Diante dessas limitações das políticas públicas de saúde, e do próprio sistema, observa-se um crescimento da busca da garantia do acesso à saúde diretamente ao Judiciário.

Segundo Miriam Ventura e outros, “a efetividade do direito à saúde requer um conjunto de respostas políticas e ações governamentais mais amplas, e não meramente formais e restritas às ordens judiciais”³.

A busca de direito à saúde diretamente ao Judiciário demonstra fortemente uma reivindicação da população por melhor atuação das políticas públicas, visto que as vigentes são insuficientes, quando não são inexistentes, consideradas por Américo Bedê Freire Júnior como políticas públicas negativas⁴.

A assistência à saúde, tema com direta relação com a preservação da dignidade da pessoa humana, deverá se dar de forma integral, universal e gratuita, conforme preceitos normativos, o que não observamos na prática diária das instituições que deveriam proporcionar esse serviço. Assim, cresce o número de demandas judiciais individualizadas, as quais acabam por privilegiar determinado seguimento da população, qual seja, aquele com maior poder de reivindicação.

Na interpretação de Vanice Lírio do Valle, esse aumento das decisões judiciais, de uma forma geral, em sede de controle de políticas públicas que buscam corrigir os comportamentos patológicos do poder se deve à “interseção entre insuficiência da ação estatal e a violação de direitos fundamentais”⁵.

² BUCCI, Maria Paula Dallari. **O conceito de políticas públicas em direito. Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico.** São Paulo: Saraiva, 2006, p. 75.

³ VENTURA, Miriam; et al. **Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde.** Physis Revista de Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, 2010, p. 77-100.

⁴ FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

⁵ VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial.** Belo

Afirma a autora, ainda, que a intervenção jurisdicional deve ser apta no plano imediato, visando superar a violação ao bem jurídico tutelado, porém, num segundo plano, faz-se necessário “induzir a recondução do poder inerte”⁶, seja do Legislativo, seja no plano administrativo do Poder Executivo, para se efetivar o cumprimento das normas constitucionais, sendo que esta é a função institucional e primordial desses órgãos.

2.2 A Norma Constitucional e o Direito à Saúde

Os princípios constitucionais são constantemente afrontados pelas ações governamentais, ou, melhor dizendo, pela falta ou insuficiência dessas ações. Como mencionado anteriormente, é tarefa do Executivo e do Legislativo proporcionar a efetivação da Constituição e, diante do seu não cumprimento, caberá aos juízes materializar os princípios com conceitos jurídicos indeterminados trazidos pela Carta Magna, não podendo, nesses termos, se tornarem coautores dessa verdadeira omissão política.

Assim, em análise principiológica da Constituição, Américo Bedê Freire Júnior destaca que:

A Carta Magna de 1998 pontificou, em seu art. 5º, § 1º, a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, corroborando a necessidade de repensarmos a postura meramente contemplativa em face de uma norma constitucional, posto que tal posicionamento em nada contribui para a efetivação de direitos.⁷

Sendo assim, não há como se sustentar o conceito do positivismo do início do século XX no panorama atual, visto que não é mais viável a interpretação meramente programática da norma. Considerado como a filosofia dos juristas, o positivismo era tido como um sistema perfeito de ideias e conceitos dogmáticos, baseado em um conjunto de normas em busca da cientificidade.

O positivismo buscava a objetividade científica e a afirmação de que o ordenamento jurídico possui conceitos suficientes para qualquer caso. Não aceitavam o conceito de lacunas na norma, posto que se consideravam como o sistema perfeito de certeza jurídica. Por esse motivo o positivismo como teoria do Direito sofreu inúmeras críticas. Ao final da 2ª Guerra Mundial, a ideia do ordenamento jurídico fiel a leis meramente formais e alheio a conceitos éticos perdeu força. O pós-positivismo veio para suplantiar o sistema antigo e trazer a integração de regras, princípios e valores, havendo, assim, uma reaproximação entre ética e Direito. A partir disso, as Constituições modernas passaram

Horizonte. Fórum, 2009, p. 71.

⁶ Idem, p. 71.

⁷ FREIRE JUNIOR, op. cit. p. 65/66.

a comportar em seus textos elementos vinculados a valores como o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais.

Luis Roberto Barroso, brilhantemente analisando a fase do pós-positivismo, leciona que:

O constitucionalismo moderno promove, assim, uma volta aos valores, uma reaproximação entre ética e Direito. Para poderem beneficiar-se do amplo instrumento do Direito, migrando da filosofia para o mundo jurídico, esses valores compartilhados por toda a comunidade, em dado momento e lugar, materializam-se em princípios, que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente. Alguns nela já se inscreviam de longa data, como a liberdade e a igualdade, sem embargo da evolução de seus significados. Outros, conquanto clássicos, sofreram releituras e revelaram novas sutilezas, como a separação dos Poderes e o estado democrático de direito. Houve, ainda, princípios que se incorporaram mais recentemente ou, ao menos passaram a ter uma nova dimensão, como o da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da solidariedade e da reserva de justiça.⁸

O operador do direito passou a interpretar as normas e aplicá-las ao caso concreto, baseando-se, primacialmente, nos princípios constitucionais, sendo eles explícitos ou não, como apontou Barroso.

Os direitos fundamentais buscam a proteção e a promoção da dignidade da pessoa humana e, em segunda análise, podemos acrescentar que são uma forma de proteger o indivíduo do Estado. Por esta razão são tão importantes de serem interpretados e implementados pelo magistrado ao decidir as demandas que chegam ao Judiciário, as quais retratam a ação negativa ou insatisfatória desse Estado que, em princípio, deveria promover os direitos fundamentais sociais como saúde, assistência social, moradia, educação, entre outros.

Cabe ressaltar, por oportuno, que as regras impostas pelas proposições normativas caracterizam-se por sua objetividade, não dando margem a maiores interpretações, e, além disso, deixam de ser atuantes quando consideradas inválidas. Assim, diante de um conflito de leis, o ordenamento jurídico se vale de alguns critérios para resolvê-los, como hierarquia, cronologia e especialização dessas normas.

Já os princípios representam uma norma jurídica mais abstrata, por apresentarem um fundamento ético e indicar uma determinada direção a se seguir. Assim, o operador do direito deverá aplicá-los por meio da ponderação, direcionando a norma constitucional que melhor se aplica ao caso concreto, sem, entretanto, anular ou inviabilizar os demais princípios.

A ponderação de interesses, bens e valores ocorre quando mais de uma norma constitucional, de mesma hierarquia, se aplica ao caso fático concreto que se apresenta

⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo. Saraiva, 2009, p. 328.

diante do julgador. Para tanto, cabe a interpretação da norma constitucional, mediante princípios instrumentais de interpretação constitucional. Dentre essas premissas conceituais podemos citar a dos princípios da supremacia da Constituição, da presunção de constitucionalidade das leis e dos atos do poder público, da interpretação conforme a Constituição, da unidade da Constituição, da razoabilidade ou proporcionalidade e da efetividade.

A razoabilidade é considerada um dos mais importantes princípios utilizados pelo Judiciário, em se tratando de controle judicial nas políticas públicas de saúde, e é tratada por Luís Roberto Barroso como um mecanismo para controlar a discricionariedade legislativa e administrativa.

Por outro lado, no tocante à aplicabilidade das normas jurídicas, estas precisam expressar certa eficácia social, mediante seu cumprimento. Nessa esteira de entendimento, quanto à efetividade da norma, Luís Roberto Barroso, em sua obra “O direito constitucional e a efetividade de suas normas” afirma que:

A efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto da sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social.⁹

O artigo 5º, parágrafo 1º da Constituição, consagrou a aplicação imediata dos direitos e garantias fundamentais. Assim, embora a Carta Magna tenha delegado ao Legislativo e ao Executivo a competência para implementar a prestação da saúde, conforme visto no artigo 196, o princípio da máxima efetividade garantiu ao indivíduo, titular do direito fundamental, o direito subjetivo de exigir a prestação do direito à saúde no Judiciário, sem que este viole o princípio da separação dos poderes. Assim, podemos afirmar que por ser garantido pela Constituição, o direito à saúde é passível de tutela pelos Tribunais.

3 LIMITES DO CONTROLE JUDICIAL

3.1 A Judicialização da Saúde Pública

A intrínseca relação entre a saúde e a justiça brasileira tem sido motivo de preocupação entre os gestores do Sistema Único de Saúde (SUS) e os representantes do Judiciário. De acordo com os Indicadores e Dados Básicos - IDB 2011 Brasil, publicados pelo Ministério da Saúde ¹⁰, o aumento e o envelhecimento da população trazem

⁹ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. Rio de Janeiro. Renovar, 2000, p. 85.

¹⁰ MINISTÉRIO DA SAÚDE, **Indicadores e dados básicos para saúde – IDB 2011 Brasil**, disponível em <http://tabnet.datasus.gov.br/cgi/idb2011/folder.htm>, acesso em 15 de maio 2015.

importantes desafios para a sociedade brasileira e para o SUS, especialmente no tocante ao acesso aos serviços de diagnóstico e tratamento das doenças. Assim, deduz-se que o aumento do número e da gravidade das doenças, aliado ao envelhecimento cada vez mais acentuado da população brasileira e à falta de efetividade das políticas públicas de saúde, conforme dito anteriormente, têm provocado uma crescente discussão sobre o tema, envolvendo as três esferas de governo.

Nota-se que o Executivo tem papel fundamental na efetivação e garantia dos direitos dos cidadãos, os quais dependem da atuação do Legislativo no tocante à criação de leis para definir e ampliar os conceitos trazidos pela Constituição. Já o Judiciário, este atua nos casos concretos, buscando sanar a ineficiência apresentada pelos demais poderes.

O artigo 2º da Constituição Federal de 1988 estabelece que os três poderes da União são independentes e harmônicos entre si. Assim, ao receber e julgar as demandas referentes à saúde pública, assunto do âmbito dos poderes Executivo e Legislativo, o Judiciário estaria interferindo na conjuntura política vigente. Esse papel ativista do Poder Judiciário, de promover a concretização dos direitos fundamentais, adentra em assuntos da competência dos outros poderes e leva a visíveis reflexos nas atribuições políticas.

Entretanto, diante da presente inter-relação entre os poderes da União, marcada pela teoria do *checks and balances*, a qual representa a recíproca limitação, colaboração e equilíbrio entre esses poderes, o Judiciário pode invalidar os atos inadequados à aplicação do caso concreto que não alcancem o ônus do direito individual, bem como aqueles que não estejam imbuídos de proporcionalidade relevante.

Para melhor deslinde do exposto acima, podemos assinalar que o poder Judiciário tem legitimidade para adentrar na seara de competência dos poderes Executivo e Legislativo diante do descumprimento de políticas públicas fundadas na própria Constituição da República que venham a comprometer a integridade e eficácia dos direitos fundamentais envolvidos.

Posto isso, segundo os ensinamentos de Gilmar Mendes, tendo em vista que o Poder Judiciário realiza a justiça no caso concreto, ou microjustiça, para implementação dos direitos sociais, e estes são indispensáveis para a realização da dignidade da pessoa humana, o mínimo existencial de cada qual dos direitos não poderia deixar de ser objeto da apreciação judicial¹¹.

Assim, em situações excepcionais como nos casos de saúde e defesa do bem da vida, conforme tratado por este trabalho acadêmico, o Poder Judiciário poderá determinar que a Administração Pública adote medidas protetivas e garantidoras de direitos

¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Estado de Direito e Jurisdição Constitucional – 2002 – 2010**. São Paulo: Saraiva. 2011.

fundamentais, sem que essa atitude viole o princípio da separação dos poderes. Mas o julgador precisa se ater aos limites e possibilidades oferecidas pelo ordenamento jurídico, ou seja, não deverá utilizar-se do exercício indiscriminado do ativismo judicial, que está relacionado com uma postura mais participativa do Judiciário na implementação de direitos.

Esse fenômeno em que questões políticas são decididas pelos órgãos da justiça tem sido chamado pelos doutrinadores de judicialização. Nesse sentido, Vanice Lírio do Valle afirma que a judicialização da política é caracterizada pela presença expansiva dos direitos fundamentais, suas garantias e suas instituições, assegurados pela Constituição de 1988. Mas o entusiasmo por esse fenômeno traz consigo o risco do ativismo por parte do Judiciário, o qual tende a ampliar sua atuação como justificativa para uma maior proteção à dignidade da pessoa humana¹².

Para que seja observada a aplicabilidade dos direitos trazidos com a Constituição da República é necessário o comprometimento das funções dos três poderes da União. No entanto, em tempos de manifestações e paralisações, temos observado uma profunda insatisfação da sociedade brasileira com os representantes do Executivo e do Legislativo diante do cenário de crise existente principalmente devido à corrupção e falta de credibilidade de nossos líderes eleitos.

Defende-se que a judicialização se justifica por três fatores: a redemocratização, a constitucionalização ampla e o controle de constitucionalidade abrangente. Pelo primeiro fator entende-se que o poder Judiciário poderá exercer suas funções típicas com independência e imparcialidade de acordo com seu juízo de valor e em conformidade com a lei. Quanto ao segundo, este diz respeito aos direitos sociais que passaram a ser protegidos pela Constituição Federal, assim, essas matérias podem chegar até ao Judiciário e ser debatidas por este. Já o terceiro fator, engloba o controle difuso, quando todos os membros do Judiciário podem afastar leis contrárias à Constituição, e o concentrado, quando o Supremo Tribunal Federal se manifesta sobre a constitucionalidade das leis.

Nota-se, então, que uma das consequências da judicialização é a maior expressão da atividade do Judiciário para tratar de diversos assuntos e solucionar questões antes somente apreciadas pelos poderes Legislativo e Executivo. Para isso, restou ampliada a maneira de se interpretar a Constituição Federal, ou seja, uma interpretação mais extensiva, o que passou a ser chamado de ativismo judicial.

Originário dos Estados Unidos, o fenômeno do ativismo judicial teve início quando a Suprema Corte americana deixou de interferir na esfera dos outros poderes, passando a

¹² VALLE, op.cit. p. 97.

decidir somente questões polêmicas, criando vários precedentes no tocante a assuntos relacionados ao direito dos negros e das mulheres. Seguindo essa linha, no Brasil também foram decididos temas polêmicos pelo Supremo Tribunal Federal, como as cotas nas universidades, as pesquisas com células-tronco embrionárias, a interrupção da gravidez em caso de feto anencéfalo, entre outros.

Na prática, conforme expressou João Paulo Pirôpo de Abreu, a postura ativista trata da aplicação direta da Constituição a situações não expressas em seu texto, das declarações de inconstitucionalidade de atos normativos, com critérios menos rígidos do que os determinados na própria Constituição e da imposição de condutas ou de abstenções de políticas públicas¹³.

Antônio Veloso, em artigo, criticou o ativismo judicial ao afirmar que “decisões ativistas devem ser proferidas apenas em casos difíceis, que necessitem de uma intensa discussão teórica e jurídica”. E acrescentou que “o ativismo pode gerar um atentado ao princípio da separação dos Poderes, porquanto o Judiciário acaba legislando positivamente, ou seja, cria regras, que não é sua função”¹⁴.

Por outro lado, em defesa do ativismo judicial, o ministro Gilmar Mendes, em seu voto na ADI sobre células-tronco, asseverou que o Supremo Tribunal Federal é considerado uma casa do povo, local onde se pode atender aos anseios da sociedade, por meio de uma reflexão jurídica e moral sobre temas importantes. E destacou, ainda, que:

Portanto, é possível antever que o Supremo Tribunal Federal acabe por se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e se alie à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotadas pelas principais Cortes Constitucionais europeias. A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal poderá ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causa entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional.¹⁵

Traçando um comparativo entre os aspectos da judicialização e do ativismo judicial, Luís Roberto Barroso afirma que o primeiro envolve uma transferência de poder para os juízes e Tribunais, nos limites permitidos pela norma constitucional. Já o segundo,

¹³ ABREU, João Paulo Pirôpo de. **A autonomia financeira do Poder Judiciário**: limites traçados pelo princípio da independência e harmonia dos poderes. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, Série monografias do CEJ, v. 17, 2013, 288 p.

¹⁴ VELOSO, Antônio Rodolfo Franco Mota. **Juiz agente político? Uma análise da evolução do constitucionalismo moderno e suas influências sobre o ativismo judicial**. XXI Congresso Nacional do CONPEDI/UFF, 2013, Niterói. Anais eletrônicos disponíveis em: <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/livro.php?gt=153>, acesso em 15 de maio de 2015.

¹⁵ BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 3.510/DF**. Voto do Ministro Gilmar Mendes Diário da Justiça: 28/05/2010.

representa um modo proativo de interpretação da Constituição, expandindo seu sentido e alcance.¹⁶

Nesse particular, quanto à judicialização, Barroso aponta em seu artigo alguns exemplos de temas enfrentados pelo Supremo Tribunal Federal, no estrito cumprimento de seu papel de guardião da Constituição:

- (i) Políticas governamentais, envolvendo a constitucionalidade de aspectos centrais da Reforma da Previdência (contribuição de inativos) e da Reforma do Judiciário (criação do Conselho Nacional de Justiça);
- (ii) Relações entre Poderes, com a determinação dos limites legítimos de atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito (como quebras de sigilos e decretação de prisão) e do papel do Ministério Público na investigação criminal; (iii) Direitos fundamentais, incluindo limites à liberdade de expressão no caso de racismo (Caso Elwanger) e a possibilidade de progressão de regime para os condenados pela prática de crimes hediondos. Deve-se mencionar, ainda, a importante virada da jurisprudência no tocante ao mandado de injunção, em caso no qual se determinou a aplicação do regime jurídico das greves no setor privado àquelas que ocorram no serviço público.¹⁷

Já como exemplo do ativismo, Barroso aponta exatamente a questão da distribuição de medicamentos e determinação de terapias de saúde, onde decisões judiciais condenam o Estado a custear fármacos e tratamentos que não estão presentes na Relação Nacional de Medicamentos (Rename) ou nos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDTs), ou até mesmo tratamentos experimentais, sem comprovação científica ou que devem ser realizados no exterior.

A título de esclarecimento, a Rename é uma lista de medicamentos essenciais disponibilizada pelo Sistema Único de Saúde e importante instrumento facilitador do uso racional de medicamentos na gestão da assistência farmacêutica. Esta lista, instituída pela Portaria n. 233/1975, do Ministério da Saúde, pretende atender às necessidades de saúde prioritárias da população através do fornecimento de medicamentos para as unidades básicas de saúde. De acordo com a Resolução n. 01/2012, do Ministério da Saúde, a qual estabelece diretrizes nacionais da Rename no âmbito do SUS, sua atualização deverá ser feita pelo Ministério da Saúde a cada 2 (dois) anos.

Já os PCDTs, regulamentados pela Portaria n. 375/2009, do Ministério da Saúde, objetivam nortear os critérios de diagnóstico das doenças, estabelecendo parâmetros de tratamento para as enfermidades, como uma forma de uniformizar os procedimentos oferecidos pelos profissionais de saúde, garantindo maior segurança para os assistidos.

Posto isso, observamos que as diversas decisões judiciais que tratam ativamente das políticas de saúde tomam por base as prescrições médicas e têm o profissional de

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**, disponível em <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>, acesso em 15 de maio de 2015.

¹⁷ idem, p. 5.

saúde como figura de autoridade capaz de solucionar as mazelas do paciente/jurisdicionado. Ademais, os pedidos judiciais trazem à pauta uma suposta urgência, capaz de sensibilizar juízes e a opinião pública. Nesse sentido, o magistrado, cujo conhecimento técnico e científico sobre as inúmeras enfermidades é notavelmente limitado, tende a determinar, no curto tempo que possui, a entrega de medicamentos e a realização de terapias ou internações, simplesmente se baseando em um laudo assinado pelo médico. Porém, em muitos casos, o medicamento ou o procedimento requerido não consta da lista Rename ou dos PCDTs, concedidos pelo Sistema Único de Saúde.

Quanto à citada limitação de conhecimento técnico e científico do juiz, no que se refere ao universo médico, podemos afirmar que o magistrado é um profissional do direito e sua formação de juízo de valor acerca das questões não jurídicas será fundada numa cognição conjunta de laudos periciais, receituários e no seu próprio conhecimento acerca do mundo e das coisas. No entanto, o conhecimento médico e farmacêutico é considerado muito específico, o que dificultaria a leitura e interpretação dos documentos adunados aos autos e, por conseguinte, a solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde.

Sobre esse aspecto, Barroso chegou a assinalar que:

Temas envolvendo aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade podem não ter no juiz de direito o árbitro mais qualificado, por falta de informação ou conhecimento específico. [...] Ele nem sempre dispõe das informações, do tempo e mesmo do conhecimento para avaliar o impacto de determinadas decisões, proferidas em processos individuais, sobre a realidade de um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público. Tampouco é passível de responsabilização política por escolhas desastradas. Exemplo emblemático nessa matéria tem sido o setor de saúde. Ao lado de intervenções necessárias e meritórias, tem havido uma profusão de decisões extravagantes ou emocionais em matéria de medicamentos e terapias, que põem em risco a própria continuidade das políticas públicas de saúde, desorganizando a atividade administrativa e comprometendo a alocação dos escassos recursos públicos¹⁸.

Para melhor interpretação do caso concreto, o juiz, destinatário dos pedidos desse tipo de ação, deverá ponderar saúde e direito, para garantir ao jurisdicionado o acesso à saúde e à justiça. Assim, deverá analisar a prescrição médica sem prejuízo de avaliar as alternativas terapêuticas oferecidas pelo SUS, visando melhor atender às necessidades do demandante.

Por oportuno, cabe acrescentar que a opinião pública tende a tornar essas demandas em torno da saúde um tanto quanto emocionais. Isso, atrelado à grande quantidade de processos que chegam ao Judiciário procurando soluções para problemas do serviço público, transfere aos juízes e tribunais uma responsabilidade política para a qual não

¹⁸ idem, 16.

estão preparados. A interferência em casos concretos, nas demandas individuais, proporciona a chamada microjustiça, a qual sem alterações maiores de políticas públicas não conseguirá mudar o cenário de carência atual, nem tampouco atender aos anseios da população brasileira.

Aos juízes e tribunais não cabe se esquivar da apreciação das demandas relacionadas à promoção do direito da saúde, diante do princípio da inafastabilidade da jurisdição, expresso no art. 5º, XXXV, CRFB que diz que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”¹⁹. Cuida-se, portanto, para que esta decisão determine o acesso à saúde de forma universal e igualitária, tal qual como determinou a legislação vigente.

3.2 O Mínimo Existencial e a Reserva do Possível

As ações governamentais a serem implementadas pelo Estado devem garantir a concretização dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais, porém encontram limitação na reserva do possível, a qual está intimamente ligada à necessidade prévia de dotação orçamentária do Estado. A expressão reserva do possível foi uma tradução do vernáculo *Der Vorbehalt des möglichen* introduzido pelo direito alemão e reflete sobre o que se pode exigir judicialmente do Estado, de acordo com sua disponibilidade de recursos.

Convém ressaltar, por oportuno, que não basta uma simples adaptação de conceitos europeus para o Brasil, visto que a realidade do paradigma alemão é muito distinta da brasileira. O Brasil é um país de grande desigualdade social em que os conceitos de mínimo existencial e de reserva do possível são muito diferentes de países como a Alemanha, que possui uma disponibilidade de recursos muito maior.

Nos países mais desenvolvidos, os cidadãos já dispõem do mínimo necessário para uma vida digna, então, suas demandas exigindo algo além desse mínimo são consideradas não razoáveis, tendo em vista que a sociedade não pode arcar com esses custos extras. Já nos países menos desenvolvidos, como no caso do Brasil, onde os cidadãos não têm assegurado o mínimo existencial para viver, a expectativa do indivíduo em ver garantidos seus direitos sociais merece ser apreciada pelo Judiciário.

Nesse sentido, mais uma vez faz-se necessária uma minuciosa interpretação com base nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Em primeira análise, a alegação estatal para o não cumprimento da decisão judicial de atendimento ao cidadão é a necessidade prévia de dotação orçamentária. No entanto, em uma análise mais aprofundada verificamos que essa alegação não se sustenta, haja vista que não é cabível

¹⁹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988, Brasília, DF.

que os Poderes Executivo e Legislativo descumpram as decisões judiciais e a Constituição Federal alegando somente a limitação dos recursos disponíveis, diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas.

Ocorre que, antes de se pensar nas questões orçamentárias, devemos ressaltar que o Estado deverá se ater primacialmente na garantia do mínimo existencial, entendido como saúde, moradia, educação e acesso à justiça. A doutrina majoritária afirma que o mínimo existencial constitui uma regra constitucional extraída dos princípios da dignidade da pessoa humana e, portanto, é dever do Estado prestar sua assistência de forma direta e imediata, a fim de garantir, de uma forma mais ampla, o direito à vida e à sobrevivência do ser humano. Assim, tratando-se de princípio constitucional, o núcleo da dignidade da pessoa humana pode ser judicialmente exigível visto que é considerado o mínimo para uma vida saudável.

Nesse sentido, o direito à saúde, consagrado pela Constituição Federal em seu artigo 196 como direito fundamental, pertence ao mínimo existencial e deve ter sua concretização garantida pelos entes federativos, sem que sua aplicação fique adstrita à ação discricionária do Estado. Portanto, diante da omissão de políticas públicas pertinentes e eficazes, não há óbice jurídico para que se determine a inclusão de políticas de saúde no planejamento orçamentário do Estado.

Entretanto, para garantir o padrão mínimo social de sobrevivência, o Estado deverá traçar planejamento pautado no atendimento básico e eficiente da saúde, de acordo com as necessidades brasileiras. Assim, diante da ampliada lista dos direitos fundamentais e sociais e de tamanha atenção que se tem despendido para esse tema, o Estado encontra-se cada vez mais sem recursos para suprir todas as necessidades básicas da população de forma íntegra e completa. Destarte, a reserva do possível, ou reserva orçamentária, tem funcionado como limite para a implementação desses direitos, visto que depende da possibilidade financeira do Estado em prestar o atendimento básico e dispor de recursos materiais e humanos, os quais têm, notoriamente, um custo elevado.

Ramon Fagundes Botelho²⁰ afirma que o Estado não poderá negar em Juízo a prestação do mínimo existencial sob o argumento da reserva do possível sem apresentar motivos fáticos e razoáveis para isso. Desta forma, o magistrado deverá analisar de um lado a razoabilidade da pretensão individual e de outro a disponibilidade financeira do Estado para cumprir a ordem judicial.

Nessa esteira de entendimento, Vanice Lírio do Valle ao analisar o controle das políticas públicas pelo intermédio do orçamento afirmou que os entes federativos utilizam

²⁰ BOTELHO, Ramon Fagundes. **Judicialização do Direito à Saúde: A Tensão entre o "Mínimo Existencial" e a "Reserva do Possível"** na Busca pela Preservação da Dignidade da Pessoa Humana. Curitiba: Juruá Editora, 2013.

o argumento da ausência de orçamento e da reserva do possível como uma forma de justificativa para bloquear absolutamente “qualquer pretensão concretizadora de direitos fundamentais, sem a indicação sequer de uma remota possibilidade de qualquer mudança futura nesse mesmo cenário de ausência de financiamento”.²¹

Assim, diante da ausência de uma efetiva comprovação da impossibilidade material do Estado em cumprir o papel que lhe cabe no atendimento das necessidades básicas da população, em observância ao mínimo existencial, a teoria da reserva do possível torna-se inaplicável aos casos concretos.

Dessa mesma forma têm entendido os Tribunais Superiores, conforme se observa do seguinte trecho do acórdão do Supremo Tribunal Federal, de relatoria do ministro Celso de Mello:

A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras “escolhas trágicas”, em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental. [...] A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanação direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana.²²

De uma forma geral, nota-se que o direito não pode ser isoladamente analisado, sem antes se debater acerca dos custos da aplicação dos direitos fundamentais, que serão amparados pelo Estado. Alguns doutrinadores, ao tratarem do assunto, têm citado a expressão “análise econômica do direito” como forma de o Judiciário pensar o impacto econômico-social que suas determinações podem provocar.

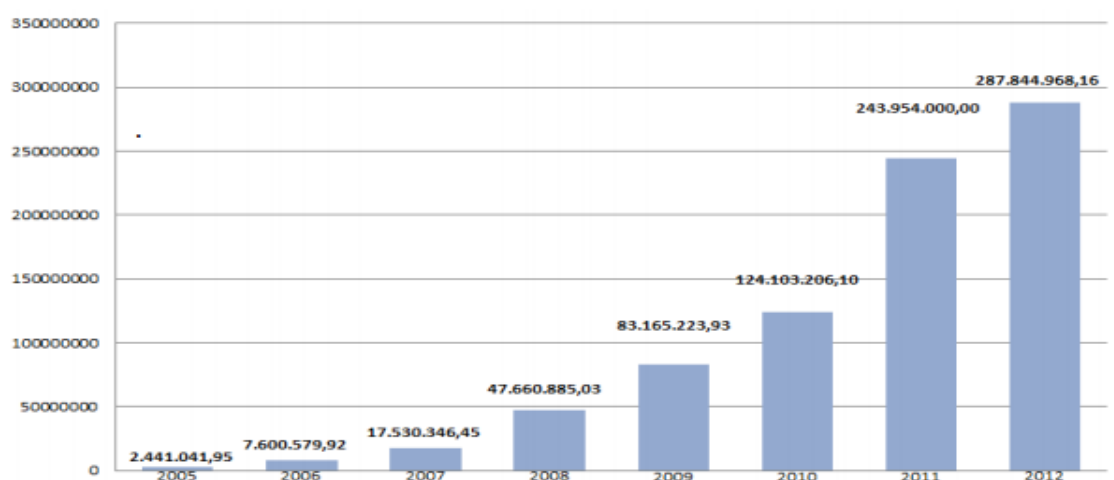
Nesse aspecto, surge, então, uma crítica em relação às decisões judiciais e o custo do direito. Ao defender a vida de um indivíduo em uma decisão, o magistrado estaria realocando recursos materiais da coletividade, e o bem comum seria afastado diante da

²¹ VALLE, op. cit. p. 108.

²² BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 639337/SP**. Município de São Paulo, Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Celso de Mello. Diário da Justiça: 23/08/2011.

perspectiva de proteção individual dos casos concretos. Observa-se, assim, que toda decisão judicial requer sacrifícios de alguma parte.

Diante desse cenário, a Advocacia-geral da União, em consultoria jurídica para o Ministério da Saúde, realizou um estudo sobre o panorama da judicialização²³, onde aponta, dentre outros dados, a evolução dos gastos adicionais, não programados, feitos com medicamentos, equipamentos e insumos concedidos por decisões judiciais, conforme demonstra o gráfico abaixo, elaborado com dados atualizados em maio de 2013:



* Evolução dos gastos com a saúde.

O estudo aponta que os custos realizados para o abastecimento e manutenção do Sistema Único de Saúde concorrem com os custos produzidos pelas decisões judiciais que, além dos gastos com a compra dos materiais, ainda tem alocado recursos próprios como servidores, maquinário e estrutura física para cumprir tais determinações imperativas. Como exemplo prático de tal alocação podemos citar que o Ministério da Saúde disponibilizou duas áreas para atender as diversas ordens judiciais: o Serviço de Execução de Ações Judiciais (SEAJ), que tem o papel de dar efetividade às demandas judiciais, e o Serviço de Análise e Acompanhamento de Ações Judiciais (SERAJ), responsável por acompanhar os procedimentos administrativos relacionados com a prestação de informações e cumprimento de decisões judiciais.

Deste modo, nota-se que o país está carente de uma melhor atuação do Estado em relação à organização e ao planejamento de políticas públicas de saúde que, na prática, possam conjugar os interesses individuais e coletivos, e, assim, conseguir reduzir o impacto econômico não programado nos cofres públicos.

²³ MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Intervenção Judicial na Saúde Pública**, disponível em <http://portalsaude.saude.gov.br/images/pdf/2014/maio/29/Panorama-da-judicializa---o---2012---modificado-em-junho-de-2013.pdf>, acesso em 15 de maio de 2015. p. 10.

4 O ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

4.1 Panorama da Atuação do Poder Judiciário

Levando em consideração os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, já abordados anteriormente, é preciso entender um pouco melhor sobre a atuação prática do Poder Judiciário para satisfazer de forma justa e eficaz aos preceitos constitucionais, sem invadir em demasia a competência dos poderes Legislativo e Executivo.

Nesse sentido, devemos destacar que, nos idos anos 80, a descoberta do vírus da Aids causou grande comoção na população mundial e, conseqüentemente, configurou uma modificação na estrutura da saúde pública, tanto no que se refere à prevenção quanto à terapêutica da doença. Por promover essa reviravolta nas estratégias de políticas públicas de saúde, problemas envolvendo o HIV/Aids chegaram rapidamente ao Judiciário.

Sendo uma doença letal ainda sem cura, ocorreram inúmeros avanços no estudo das terapias antirretrovirais para combater os dolorosos sintomas das doenças oportunistas e aumentar a expectativa de vida dos soropositivos. Este cenário requereu uma constante mudança na política de atendimento e distribuição de medicamentos aos cidadãos afetados pelo vírus do HIV. Como os hospitais e os postos de distribuição desses medicamentos não conseguiam acompanhar os referidos avanços, o número de demandas judiciais buscando essas inovações aumentou consideravelmente.

Vanice Lírio do Valle, ao tratar dos precedentes de controle jurisdicional de políticas públicas de saúde pelo STF, nas demandas individuais, trouxe à tona o acórdão no Recurso Extraordinário n. 271.286, de 2000, de relatoria do ministro Celso de Mello, referente à entrega de medicamento antirretroviral à pessoa carente portadora de HIV. Em sua análise, a autora informou que a decisão é um dos casos mais remotos no âmbito do STF, destacando, ainda, que:

Se afirmou o caráter imperativo da cláusula contida no art. 196 da CF e o dever do poder público de formular e implementar políticas sociais e econômicas idôneas à garantia de acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar.²⁴

No caso em tela citado pela autora, no Agravo Regimental do Recurso Extraordinário n. 271.286, o voto do ministro Celso de Mello expressou-se claramente em favor do bem da vida, garantindo a saúde de forma plena, e afirmou que o art. 196 da

²⁴ VALLE, op. cit. p. 134.

Constituição não expressa norma meramente programática:

Tal como pude enfatizar, em decisão por mim proferida no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, em contexto assemelhado ao da presente causa, entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (artigo 5º, caput e artigo 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana, notadamente daqueles que têm acesso, por força de legislação local, ao programa de distribuição gratuita de medicamentos, instituído em favor de pessoas carentes. [...] O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.²⁵

Essa decisão tornou-se premissa para várias outras demandas semelhantes que requeriam, em sede de antecipação de tutela, entrega de medicamentos, tratamentos médicos, intervenções cirúrgicas e internações para os mais diversos tipos de moléstia, buscando a efetividade para as normas constitucionais. Além disso, as inúmeras causas sobre esse tema que chegavam ao Judiciário tiveram um importante papel para ampliar o espectro dos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT), os quais passaram a ser atualizados com mais frequência, podendo atender um número cada vez maior de pessoas.

Esse primeiro entendimento da Suprema Corte considerava secundária a questão econômica, ressaltando que era dever do Estado a manutenção do direito à saúde. Corroborando com essa posição, o ministro Sydney Sanches, em seu voto no Recurso Extraordinário n. 198263/RS, de 2001, considerou que a “Constituição, por acaso Lei Maior, é suficiente para constituir a obrigação. Em matéria tão relevante como a saúde, descabem disputas menores sobre legislação, muito menos sobre verbas, questão de prioridade”²⁶.

O intenso debate iniciado com a questão do HIV/Aids, bem como com o volume de processos tratando da questão da saúde, levou os juristas a questionarem sobre a obrigatoriedade do poder público em fornecer tratamentos de alto custo, em detrimento

²⁵ BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n. 271.286-6** / Rio Grande do Sul. Município de Porto Alegre, Diná Rosa Vieira. Relator: Ministro Celso de Mello. Diário da Justiça: 24/11/2000.

²⁶ BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 198.263** / RS. Estado do Rio Grande do Sul, Paola da Rosa e Outro. Relator: Ministro Sydney Sanches. Diário da Justiça: 30/03/2001.

da atenção básica à grande parte da população carente, tópico que ganhou reconhecimento de repercussão geral em 2007 pelo Recurso Extraordinário n. 566.477, de relatoria do ministro Marco Aurélio.

Nessa linha de pensamento, iniciou-se em 2007 uma mudança de entendimento no tocante à desconsideração da questão orçamentária nas decisões, ocasião em que a ministra Ellen Gracie deferiu, em parte, pedido de suspensão de tutela antecipada para concessão de tratamento, limitando o fornecimento de medicamentos excepcionais e de alto custo pelo Estado.

Em seu voto, a ministra destacou que a gestão da política nacional de saúde busca uma maior racionalização dos gastos a fim de atingir o maior número possível de pessoas, conforme regra do art. 196 da Constituição da República, assegurando o direito à saúde de forma universal e igualitário a toda a população e não de forma individualizada. Afirmou, ainda, que ao determinar que o Estado forneça os medicamentos não contemplados na Portaria n. 1.318/2002, mas necessários para o tratamento daquele jurisdicionado, estaria diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da população²⁷.

Cabe ressaltar, por oportuno, que o Ministério da Saúde criou o Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional, idealizado desde 1982 e regulado pela Portaria n. 1.318/2002, visando o fornecimento de medicamentos de alto custo destinado ao tratamento de patologias específicas que atingem um número limitado de pacientes. Esse programa é mais uma forma de racionalizar os procedimentos de aquisição, suprimento e distribuição de medicamentos pelo poder público.

Nesse cenário, para melhor esclarecimento dos ministros sobre o tema, foi convocada a Audiência Pública n. 04 no STF, ocorrida em abril de 2009, onde foram ouvidos diversos segmentos ligados à saúde pública e, a partir das experiências relatadas e dos dados colhidos, foram debatidos temas que levaram a mudanças de entendimento da Suprema Corte.

Em decisão no processo de Suspensão de Antecipação de Tutela n. 175, de 2009, referente à concessão de tratamento de alto custo (cerca de R\$ 52.000.00 por mês, *in casu*), e não contemplado pela Rede Farmacêutica do Sistema Único de Saúde, a paciente carente com doença rara, o ministro Gilmar Mendes, após análise das considerações feitas na Audiência Pública n. 04, manteve a tutela para o fornecimento do medicamento requerido. O ministro destacou que a intervenção judicial para proteção do direito à saúde

²⁷ BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Antecipação de Tutela n. 91/AL**. Estado de Alagoas, Ministério Público do Estado de Alagoas. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Diário da Justiça: 05/03/2007.

não ocorre em razão de uma omissão absoluta de políticas públicas, mas sim para cumprir políticas já estabelecidas. Apontou, ainda, que:

Assim, também com base no que ficou esclarecido na Audiência Pública, o primeiro dado a ser considerado é a existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. Ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento. Nesses casos, a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública de saúde parece ser evidente.

Entretanto, apesar de não afastar a possibilidade de concessão de tratamento diverso daquele oferecido pelo Sistema Único de Saúde, o ministro citou a questão financeira do Estado e ressaltou que deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em relação a procedimento alternativo indicado pelo paciente, caso aquele tenha eficácia comprovada, *in verbis*:

Obrigar a rede pública a financiar toda e qualquer ação e prestação de saúde existente geraria grave lesão à ordem administrativa e levaria ao comprometimento do SUS, de modo a prejudicar ainda mais o atendimento médico da parcela da população mais necessitada. Dessa forma, podemos concluir que, em geral, deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente²⁸.

Não obstante a nova tendência do Judiciário em conceder tratamentos não contemplados nos protocolos ou listas de medicamentos elaborados pelos entes federativos, mesmo que estes tenham um alto custo, os tratamentos denominados experimentais ainda não têm um entendimento unificado, tendo em vista que estes ainda não foram testados e aprovados pela comunidade científica, não tendo, portanto, sua eficácia comprovada. Nesse sentido, se esse tipo de medicamento não está disponível no mercado para o Estado adquiri-lo, não se pode, de igual sorte, obrigar seu custeio pelo Sistema Único de Saúde.

Ademais, o artigo 19-T, da Lei n. 8.080/1990, incluído pela Lei n. 12.401/2011, vedou o pagamento, ressarcimento ou reembolso de medicamento, produto e procedimento clínico ou cirúrgico experimental, ou de uso não autorizado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária - Anvisa.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, uma das decisões mais antigas em relação à interpretação do artigo 196 da Constituição da República de 1988 (Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 11183/PR, de 2000) segue os critérios empregados pela Suprema Corte para deferir a concessão de medicamento e merece destaque:

²⁸ BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Antecipação de Tutela n. 175** / Ceará. União, Ministério Público Federal e Outros. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Diário da Justiça: 25/06/2009.

Despicienda, ainda, de quaisquer comentários a discussão a respeito de ser ou não a regra dos arts. 6º e 196, da CF/88, normas programáticas ou de eficácia imediata. Nenhuma regra hermenêutica pode sobrepor-se ao princípio maior estabelecido, em 1988, na Constituição Brasileira de que “a saúde é direito de todos e dever do Estado” (art. 196). O “Direito à Saúde” posiciona-se no rol dos Direitos Sociais (art. 6º), encontrando-se alinhado, lado a lado, com outros direitos da mesma natureza: a educação, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados.²⁹

No mesmo sentido, porém, analisando de forma mais minuciosa o conceito orçamentário presente na reserva do possível, o ministro Luiz Fux, no julgamento do Recurso Especial n. 811608/RS, de 2007, consignou que a escassez de recursos públicos não pode funcionar como escudo para imunizar o administrador de adimplir promessas vinculadas aos direitos fundamentais prestacionais. A cláusula da reserva do possível somente deve ser invocada se houver justo motivo objetivamente aferível para se afastar a prestação das obrigações constitucionais³⁰.

Também em consonância com o recente entendimento do STF, o voto da ministra Eliane Calmon, no Recurso em Mandado de Segurança n. 28338, de 2009, indeferiu a concessão de remédio específico não encontrado na lista do Sistema Único de Saúde, diante da não comprovação de que o remédio gratuitamente oferecido pelo Estado não seria eficaz para combater a doença. Esclareceu a ministra que o direito à saúde não alcança a possibilidade de escolha do medicamento pelo paciente, sendo que há medicamento substitutivo oferecido pelo SUS que, a princípio, tem a mesma eficácia.³¹

Traçando um paralelo entre as decisões das duas Cortes Superiores brasileiras, Vanice Lírio do Valle afirma que, tendo em vista que a existência ou inexistência de políticas públicas capazes de suprir as demandas de saúde da população é matéria de cunho constitucional, o STJ tem tratado a matéria de forma protetiva da esfera individual de direitos, enquanto que a análise feita pelo STF tem caráter mais amplo, buscando minimizar as consequências sociais, econômicas e políticas das decisões³².

Ademais, em muitos casos, o STJ deixa de analisar os Recursos Especiais por entender que, sendo matéria com enfoque eminentemente constitucional, haveria uma usurpação da competência do STF.

Conforme se observa das decisões acima abordadas, os Tribunais Superiores tendem a dar prioridade à preservação do bem da vida pelo Estado, porém não deixam de

²⁹ BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 11183/PR**. Carmen Lúcia Fernandes Miguel, Secretário de Saúde do Estado do Paraná. Relator: ministro José Delgado. Diário da Justiça: 04/09/2000.

³⁰ BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 811608/RS**. Fundação Nacional do Índio e Outro, Ministério Público Federal. Relator: ministro Luiz Fux. Diário da Justiça: 04/06/2007.

³¹ BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Mandado de Segurança n. 28338/MG**. Rodrigo Prado Soares, Estado de Minas Gerais. Relator: ministra Eliana Calmon. Diário da Justiça: 17/06/2009.

³² VALLE, op. cit. p. 138.

avaliar questões como orçamento público e os procedimentos já oferecidos pelo Sistema Único de Saúde. Caso o SUS realize certo tratamento ou oferte certo medicamento, caberá à parte autora provar que estes não são eficazes para atender e sanar o problema de saúde ora apresentado. E, diante de tais fatos, os magistrados, como aplicadores da norma, precisam ponderar os princípios de mesma hierarquia que estão em evidência naquele momento, para enfim tomar a decisão mais adequada e necessária possível.

4.2 Novas Tendências Envolvendo o Judiciário e a Saúde

A crescente judicialização do direito à saúde trouxe consigo a apreciação pelo Judiciário de assuntos antes impensáveis no âmbito da saúde pública. Assim, temos notado na mídia geral uma grande discussão sobre polêmicas envolvendo médicos, pacientes e Estado, tais como a concessão do Cannabidiol, de cirurgias de redesignação sexual e de viagens ao exterior para realização de tratamentos, as quais destacaremos aqui.

É de notório conhecimento que recentemente a Agência Nacional de Vigilância Sanitária - Anvisa autorizou o Cannabidiol como medicamento aprovado para uso terapêutico. De acordo com o sítio eletrônico da Associação Brasileira de Epilepsia, essa substância é um dos 60 (sessenta) compostos farmacologicamente ativos da *Cannabis sativa*, vulgarmente conhecida como maconha, que possui resultado satisfatório para o tratamento da epilepsia³³.

Não obstante esse tópico preencher a Justiça brasileira com pleitos exigindo que o Sistema Único de Saúde pague pela importação do medicamento, esse tema ainda não chegou aos Tribunais Superiores. No entanto, com a liberação concedida pela Anvisa, a tendência é que o número de demandas judiciais aumente, o que, conseqüentemente, aumentará as chances dessas causas chegarem às Cortes Superiores.

Em relação ao tema da redesignação sexual ou transgenitalização, este chega aos Tribunais Superiores, na maior parte das vezes, para tratar da averbação do novo nome no registro civil dos transgenitalizados, e não para concessão da cirurgia pelo Sistema Único de Saúde. O caso mais conhecido que alcançou o STF trata da Ação Civil Pública n. 2001.71.00.026279-9, no âmbito do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, o qual emitiu decisão favorável à inclusão do procedimento de transgenitalização na lista das cirurgias realizadas pelo SUS. A decisão teve sua tutela suspensa pela ministra Ellen Gracie do STF, que entendeu que:

Para a imediata execução da decisão impugnada no presente pedido de suspensão, será necessário o remanejamento de verbas originalmente

³³ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EPILEPSIA. **Uso do cannabidiol para tratamento de epilepsia**, disponível em <http://www.epilepsiabrasil.org.br/noticias/uso-do-cannabidiol-para-tratamento-de-epilepsia>, acesso em 15 de maio de 2015.

destinadas a outras políticas públicas de saúde, o que certamente causará problemas de alocação dos recursos públicos indispensáveis ao financiamento do Sistema Único de Saúde em âmbito nacional³⁴.

Entretanto, mesmo com a suspensão da antecipação de tutela concedida pelo STF, o Ministério da Saúde emitiu a Portaria n. 2803/2013 que redefine e amplia o Processo Transexualizador no Sistema Único de Saúde.

Quanto à questão de o Estado arcar com os custos de tratamento médico no exterior, esta chegou a ser analisada pelas Cortes Superiores. Diante disso, STF entendeu, de forma não unânime, cabe ressaltar, pelo deferimento de tratamento médico de doença rara em Cuba. Esclarecendo que a aplicação principiológica do direito implica em partir-se do genérico ao específico e deste para a legislação infraconstitucional, o voto do ministro Luiz Fux desacreditou tanto o parecer médico que desaconselhava o tratamento da “retinose pigmentar” em Cuba, quanto a Portaria n. 763/1994, do Ministério da Saúde, que proibia o financiamento do tratamento no exterior pelo Sistema Único de Saúde, e concedeu a segurança para que os pacientes buscassem tratamento em Havana, capital cubana.³⁵

Já o STJ, de acordo com o pronunciamento do ministro João Otávio de Noronha no Mandado de Segurança n. 8740, em 2004, havia concedido realização de tratamentos no exterior, afirmando que, caso haja esgotamento dos meios possíveis no país e se comprovada a necessidade do tratamento, não podemos generalizar a aplicação da norma que veda ao Estado a concessão de auxílio financeiro para realização de procedimento fora do país, sendo que dentro de nossas fronteiras não há tratamento apropriado para garantir condições mínimas de sobrevivência digna ao paciente.³⁶

Posteriormente, houve uma mudança de entendimento do STJ, a partir do julgamento do Mandado de Segurança n. 8895, de 2004, que perdura até hoje, de relatoria da ministra Eliana Calmon, no qual este órgão passou a considerar a legitimidade da Portaria n. 763/1994, do Ministério da Saúde, ao argumento de que: “a medicina social não pode desperdiçar recursos com tratamentos alternativos, sem constatação quanto ao sucesso nos resultados”.³⁷

Nota-se, portanto, que as decisões no mundo jurídico tendem a mudar e se adaptar conforme a sociedade vai evoluindo e caminhando. Entretanto, a base principiológica da

³⁴ BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. **Suspensão de Tutela Antecipada n. 185/RS**. União, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Relatora: ministra Ellen Gracie. Diário da Justiça: 10/12/2007.

³⁵ BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 368564/DF**. União, Maria Euridice de Lima Casal. Voto: ministro Luiz Fux. Diário da Justiça: 10/08/2011.

³⁶ BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. **Mandado de Segurança n. 8740/DF**. PSLR, Ministro do Estado da Saúde. Relator: ministro João Otávio de Noronha. Diário da Justiça: 09/02/2004.

³⁷ BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. **Mandado de Segurança n. 8895/DF**. Roberto Thomaz da Silva, Ministro do Estado da Saúde. Relator: ministra Eliana Calmon. Diário da Justiça: 07/06/2004.

preservação da dignidade da pessoa humana sempre permeará as decisões, tratando a demanda de pleito novo ou com jurisprudência pacificada.

5 CONCLUSÃO

Os juízes e tribunais têm importante papel no resgate da sociedade em relação à omissão e à insuficiência dos serviços públicos de saúde, ou pelo menos esta é a expectativa que a população brasileira vem depositando na esfera judicial. No entanto, o crescente número de ações pleiteando a assistência à saúde, não alcançada por via do poder público, tem alarmado os gestores do Sistema Único de Saúde e o próprio Poder Judiciário.

A Constituição garantiu a todos saúde, educação, emprego, moradia e estabeleceu ser dever do Estado promover esses direitos sociais e do Judiciário garantir sua efetivação. Entretanto, o poder público não tem conseguido suprir as necessidades básicas da população brasileira, especialmente no tocante à promoção do direito à saúde.

É notória a condição precária em que encontramos o Sistema Único de Saúde. O planejamento e a organização do sistema para garantir a integralidade e a universalidade da saúde em todos os níveis de atenção podem funcionar muito bem na teoria, mas na prática isso não acontece. O que observamos são pacientes carentes de atendimento, hospitais lotados, filas de espera e uma estrutura falida.

E essa problemática chega às mãos do Judiciário, o qual deve fazer uma escolha trágica, como apontaram alguns juízes. Conceder tratamento aquele jurisdicionado em detrimento de retirar os recursos públicos da promoção de saúde mais ampla ou indeferir o pedido e ter a vida daquele paciente em sua consciência.

Para dirimir esses conflitos, os juízes confiam nos pareceres médicos e na urgência do caso clínico, não conseguindo definir, em análise superficial, de que forma sua decisão irá afetar o orçamento público. Assim, para atingir a justiça, a decisão judicial deverá permear os conceitos de mínimo existencial que o Estado deve proporcionar aos cidadãos e de reserva do possível.

Conforme já destacado em vasta jurisprudência, se o Estado, em sua linha de defesa, não apresentar provas concretas do impacto econômico que essa determinação irá causar aos cofres públicos, provavelmente não conseguirá ser bem sucedido na demanda. Há de se convir que é um tipo de prova difícil de ser produzida. Portanto, no embate entre mínimo existencial e reserva do possível, normalmente o primeiro sai vencedor.

No cenário atual, observamos uma grande valorização dos direitos fundamentais pelos jurista e até mesmo pela mídia. Daí tamanha importância do conceito de mínimo existencial, o qual foi extraído do princípio da dignidade da pessoa humana e representa

o mínimo que deve ser provido pelo Estado para garantir uma sobrevivência digna a cada pessoa.

Nesse aspecto, o envolvimento do Judiciário na arena política vem sendo observado com bastante frequência e passou a ser chamado pelos doutrinadores de judicialização da política. Os magistrados se utilizam dos poderes dispensados a eles pela Constituição da República para emitir ordens a serem cumpridas pelo poder público. Mas o que vem acontecendo, conforme destacado por este trabalho acadêmico, é uma interpretação extensiva da Constituição por parte do Judiciário, o que acarreta um impacto nas políticas públicas de saúde.

Os Tribunais Superiores têm decidido em favor da vida, como ponto principal de seus acórdãos, mas cabe acrescentar que não o fazem sem antes avaliar e interpretar os laudos e as provas trazidas pelas partes. Restou claro que o Judiciário está tendencioso a considerar os tratamentos fornecidos pelo Sistema Único de Saúde, não deixando a opção de terapia por conta do paciente ou de seu médico. Assim, caso os procedimentos requeridos sejam ofertados pelo sistema de saúde brasileiro e tenham sua eficácia comprovada, os pleitos costumam ser indeferidos até a última instância.

Veja que ao determinar a entrega de um medicamento que já conste da lista da Relação Nacional de Medicamentos (Rename), ou ordenar uma internação ou tratamento da alçada do Sistema Único de Saúde, o juiz está impondo ao Estado a realização de política pública a ele já conferida e respeitando os limites constitucionais.

Por outro lado, ao determinar a concessão de um medicamento ou tratamento que não estejam abarcados nas listas da Rename ou dos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDTs) que o Estado elabora e publica, o juiz estaria extrapolando o que lhe foi permitido na Constituição e, assim, estaria criando norma, inovando o ordenamento jurídico, ou melhor dizendo, praticando o ativismo judicial. Este fenômeno tem sido criticado por muitos por ser uma “invencionice” do juiz, ou seja, o Judiciário estaria legislando, e ultrapassando os limites da separação entre os poderes da União.

Verificamos que a jurisprudência atual privilegia, em sua maioria, o direito à saúde e à vida digna, como forma de realizar a justiça social e os juízes e tribunais justificam essa decisão na aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais protegidos pela Carta Magna, afirmando que esses preceitos não podem ser considerados como meramente programáticos. Os tratamentos dispensados individualmente aos autores das demandas que pleiteiam promoção de saúde não suprem as necessidades coletivas da população e criam um impacto financeiro grande no orçamento público.

Mas diante da já mencionada má qualidade dos serviços de saúde, não se pode deixar os assistidos à mercê das escolhas desastrosas dos gestores públicos, em relação ao modo como os recursos são alocados e distribuídos. Faz-se necessária uma

implementação de políticas de saúde efetivamente úteis para dar ao Sistema Único de Saúde a capacidade de atender a toda a demanda social.

Certamente a atuação isolada do Judiciário não conseguirá atingir as expectativas da sociedade, mas poderá abrir caminhos para as mudanças e para a evolução das formas de se pensar a política de saúde no Brasil, visto que expõe um reflexo das necessidades e desigualdades brasileiras.

6 REFERÊNCIAS

ABREU, João Paulo Pirôpo de. **A autonomia financeira do Poder Judiciário: limites traçados pelo princípio da independência e harmonia dos poderes.** Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, Série monografias do CEJ, v. 17, 2013, 288 p.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora.** São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática,** disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>, acesso em 15 de maio de 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BOTELHO, Ramon Fagundes. **Judicialização do Direito à Saúde: A Tensão entre o "Mínimo Existencial" e a "Reserva do Possível" na Busca pela Preservação da Dignidade da Pessoa Humana.** Curitiba: Juruá Editora, 2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil,** de 5 de outubro de 1988, Brasília, DF.

BRASIL. **Lei nº 8.080**, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, DF, DOU: 20/09/1990.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **O conceito de políticas públicas em direito. Políticas Públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**: curso de processo civil, v. 1. 7. ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARCONI, Marina de Andrade; Lakatus, Eva Maria. **Fundamentos de Metodologia Científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas. 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Estado de Direito e Jurisdição Constitucional – 2002 – 2010**. São Paulo: Saraiva. 2011.

MINISTÉRIO DA SAÚDE, **Indicadores e dados básicos para saúde – IDB 2011 Brasil**, disponível em <http://tabnet.datasus.gov.br/cgi/idb2011/folder.htm>, acesso em 15 de maio 2015.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Intervenção Judicial na Saúde Pública**, disponível em <http://portalsaude.saude.gov.br/images/pdf/2014/maio/29/Panorama-da-judicializa---o---2012---modificado-em-junho-de-2013.pdf>, acesso em 15 de maio de 2015.

SALDANHA, Rafael Meireles. **Orientações e críticas para o controle judicial de políticas públicas na área da saúde**: considerações preliminares. Rio de Janeiro: Revista da EMARF, v. 19, n. 1, p. 273-292, nov.2013/abr.2014.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

VENTURA, Miriam; et al. **Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde**. Rio de Janeiro: Physis Revista de Saúde Coletiva, v. 20, n. 1, 2010, p. 77-100.

A INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS DAS PESSOAS MAIORES DE 70 ANOS¹,

Jiselly Souza Cerminaro

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a constitucionalidade do artigo 1.641, II do Código civil, que dispõe sobre a imposição do regime de separação obrigatória dos bens aos maiores de 70 anos.

O tema é de extrema importância, pois é nítido observar que a expectativa de vida dos brasileiros, atualmente, vem crescendo cada dia mais e o dispositivo do código civil em questão, encontra-se desproporcional a nossa realidade, além do que poderia estar violando princípios importantíssimos da nossa Constituição.

Será que, uma pessoa maior de 70 anos não possuiria total capacidade de praticar todos os atos de sua vida civil? O objetivo desse trabalho foi abordar as justificativas favoráveis e contrárias da norma, demonstrando a capacidade dos maiores de 70 anos e verificando o motivo pelo qual esse dispositivo encontra-se em vigor no nosso ordenamento jurídico.

A pesquisa foi teórica do tipo bibliográfica e se baseou em fontes primárias, com apoio de fontes secundárias, selecionando autores consagrados no assunto. Ainda foi feita uma pesquisa documental, analisando a legislação brasileira sobre a separação obrigatória de bens com as alterações da lei.

O trabalho foi dividido em quatro capítulos. No primeiro se expõe o regime de separação obrigatória dos maiores de 70 anos, suas peculiaridades, fundamentos, e alterações da lei. Em seguida, aborda-se a capacidade civil dessas pessoas de idade acima de 70 anos e o Estatuto do idoso. Na sequência se examina a eventual violação dos princípios constitucionais, e por fim, foi feita uma análise sobre inconstitucionalidade da

¹ Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Faculdade Integradas Hélio Alonso, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Eduardo Domingues.

imposição desse regime, mostrando os argumentos favoráveis e contrários à constitucionalidade.

2 O REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DOS MAIORES DE 70 ANOS

2.1 O artigo 1.641 do Código Civil

Nos termos do artigo 1.641, é obrigatório o regime da separação de bens no casamento: a) das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento; b) da pessoa maior de 70 (setenta) anos de idade; c) de todos os que dependerem, para se casar, de suprimento judicial. Neste trabalho se aborda o apenas da pessoa maior de 70 anos.

O artigo 1.639 do Código Civil dispõe que “é lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens o que lhes aprouver”, e o artigo 1.640, parágrafo único do mesmo diploma legal diz que “poderão os nubentes no processo de habilitação, optar por qualquer dos regimes que este código regula”.

Conforme o disposto no Código Civil de 2002, via de regra, a escolha do regime de bens é de livre escolha ao casal, podendo ainda combiná-los ou até mesmo criar novos regimes, desde que conformes à lei. Porém, essas disposições não são aplicadas às pessoas que são obrigadas a se casarem sob o regime de separação legal de bens, que também é chamado de regime de separação obrigatória de bens.

Diz Washington de Barros Monteiro:

Em suma, o regime de separação obrigatória de bens é imposto por lei com finalidades diversas, a depender da hipótese retratada, tendo a finalidade protetiva a terceiros, em certos casos, como do viúvo que, sem fazer a partilha de bens de casamento anterior, tendo filhos, casa-se novamente.²

Para Washington de Barros, a finalidade da imposição desse regime é a proteção da herança em prol dos futuros herdeiros, em virtude da eventual fragilidade de uma pessoa idosa que, ao contrair matrimônio nessa idade, estaria vulnerável aos oportunistas. Por tanto, para este autor, o que se entende é que os herdeiros poderiam sofrer graves consequências, daí, portanto uma das finalidades da norma.

Para Maria Berenice Dias:

Trata-se, nada mais, nada menos, de mera tentativa de frear o desejo dos nubentes mediante verdadeira ameaça. A forma encontrada pelo legislador para evidenciar sua insatisfação frente à teimosia de quem desobedece ao conselho legal e insiste em realizar o sonho de casar é

² MONTEIRO, Washington de Barros, Regina Beatriz Tavares da Silva. **Curso de direito civil**. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2012 p.294.

impor sanções patrimoniais, ou melhor, é retirar efeitos patrimoniais ao casamento.³

Ora, como sustenta Maria Berenice Dias, ao que parece é que tal norma trata-se mais de uma sanção aos idosos maiores de 70 anos do que uma proteção a eles, pois ao determinar a obrigatoriedade do regime, o legislador, não permite sequer a manifestação de vontade do casal, ou que os mesmos possam provar que a união deles não decorre de nenhum interesse econômico.

Vale ressaltar que, no regime de separação legal de bens, se caso os cônjuges, casados nesse regime, quiserem contratar sociedade entre si ou com terceiros, estes estarão impedidos, conforme artigo 977 do Código Civil de 2002 que diz “Faculta-se aos cônjuges contratar sociedade, entre si ou com terceiros, desde que não tenham casado no regime da comunhão universal de bens, ou no da separação obrigatória”.

E, em caso de falecimento de um dos cônjuges, caso haja descendentes, o cônjuge sobrevivente não poderá ser considerado herdeiro, contudo, se o falecido deixar apenas ascendentes, o cônjuge sobrevivente terá direito à herança na mesma proporção que os ascendentes já no caso de não haver ascendentes e nem descendentes o cônjuge sobrevivente receberá toda a herança.

Já se tratando de divórcio, deve-se atentar a regra da Súmula 377 do STF que diz “no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”, ou seja, os bens adquiridos antes da união pertencem apenas a aquele que o adquiriu, já os adquiridos durante a união devem ser divididos pelo casal.

Comenta Maria Berenice Dias:

O código Civil limitou-se a reproduzir dispositivos da legislação pretérita, não atentando que a justiça já o havia alterado. A restrição a autonomia da vontade, não admitindo sequer a comunhão de bens adquiridos durante a vida em comum, levou o STF a editar a Súmula 377.⁴

2.2 As alterações da lei sobre a imposição do regime de separação obrigatória de bens dos maiores de 70 anos.

O Código Civil de 1.916 trazia em seus termos a restrição quanto ao regime de bens, sendo que o dispositivo do antigo código dizia em seu artigo 258 que o regime de separação obrigatória de bens se aplicaria aos homens com idade acima de 60 anos e as mulheres maiores de 50 anos.

³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**, 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015 p.326.

⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**, 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015 p.331.

Dizia o artigo 258 do Código Civil de 1916:

Art. 258. Não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime de comunhão parcial. (Redação dada pela Lei nº 6.515, de 26.12.1977)

Parágrafo único. É, porém, obrigatório o da separação de bens do casamento:

I - Das pessoas que o celebrarem com infração do estatuído no art. 183, XI a XVI (art. 216);

II - do maior de 60 (sessenta) e da maior de 50 (cinquenta) anos;

III - do órfão de pai e mãe, ou do menor, nos termos dos arts. 394 e 395, embora case, no termos do art. 183, XI, com o consentimento do tutor; (Redação dada pelo Decreto do Poder Legislativo nº 3.725, de 15.1.1919)

IV - de todos os que dependerem, para casar, de autorização judicial (arts. 183, XI, 384, III, 426, I, e 453). (Redação dada pelo Decreto do Poder Legislativo nº 3.725, de 15.1.1919).

Como diz Maria Berenice Dias:

A codificação civil de 1916, que retratava uma sociedade de outros tempos. O perfil patriarcal da estrutura familiar do início do século passado e o conceito sacralizado da família haviam levado o legislador a dar um tratamento discriminatório à mulher e aos filhos.⁵

Percebe-se que através dessa imposição transparecia o patrimonialismo vivido durante a vigência do Código Civil de 1.916. E com a diferenciação de idade de acordo com o sexo da pessoa, observa-se, nitidamente, os valores machistas da sociedade naquela época.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002, a principal modificação foi igualar o limite de idade de ambos os sexos em virtude do principio constitucional da igualdade, assim, com essa alteração, o regime legal obrigatório passou a ser igual para ambos os sexos que tiverem mais de sessenta anos de idade, e recentemente, a lei nº 12.344 de 2010 aumentou esse limite de idade de sessenta para setenta anos.

Comenta Maria Berenice Dias:

Talvez o grande ganho com a entrada em vigor do Código Civil tenha sido banir expressões e conceitos que causavam grande mal-estar e não mais podiam conviver com a nova estrutura jurídica e a moderna conformação da sociedade. Foram sepultados todos aqueles dispositivos que já eram letra morta, e que retratavam ranços preconceituosos e discriminatórios, como as referências desigualitárias entre o homem e a mulher, as adjetivações da filiação, o regime dotal, etc.⁶

Em decorrência dos avanços da medicina, o ser humano passou a ter uma maior expectativa de vida. Esses avanços induziram o legislador a atualizar o Código Civil,

⁵ DIAS, Maria Berenice. **Amor não tem idade**, artigo, 2009 acessado pelo site: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo.amor-nao-tem-idade,22641.html> em 22/09/2015.

⁶ DIAS, Maria Berenice. **Amor não tem idade**, artigo, 2009 acessado pelo site: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo.amor-nao-tem-idade,22641.html> acessado em 22/09/2015.

alterando a idade mínima para a imposição do regime de separação obrigatória, que era de 60 anos e passou a ser de 70 anos.

Para Tartuce:

Na opinião do presente autor, o aumento da idade para os 70 anos, conforme a recente Lei 12.344/ 2010, não afastou o problema, mantendo-se a tese de inconstitucionalidade. Anote-se que o Projeto de Lei 6.960/2002, que posteriormente recebeu o número 699/2011, já pretendia efetuar esta alteração sob o argumento da “elevação da expectativa de vida da população brasileira”. Estando a limitação em qualquer patamar etário, a inconstitucionalidade persiste, especialmente pelo claro preconceito contra as pessoas de idade avançada.⁷

Na opinião de Tartuce, o aumento da expectativa de vida dos Brasileiros pouco importa. O fato que torna a regra inconstitucional, para ele, é o preconceito contra as pessoas idosas. O que traz o autor é que independentemente de idade limite, a norma continua sendo inconstitucional.

Um dos argumentos sustentados para justificar a imposição do regime de separação obrigatória, foi à necessidade de protegê-los contra o chamado golpe do baú ou casamentos por interesses econômicos e também assegurar a herança dos futuros herdeiros, pelo fato de que a pessoa nessa idade já teria se estabelecido profissionalmente e construído o seu patrimônio.

Conforme comenta Silvio Venosa:

O legislador compreendia que, nessa fase da vida, na qual presumivelmente o patrimônio de um ou de ambos os nubentes já está estabilizado, e quando não mais se consorciam no arroubo da juventude, o conteúdo patrimonial deve ser peremptoriamente afastado. A ideia é afastar o incentivo patrimonial do casamento de uma pessoa jovem que se consorcia com alguém mais idoso.⁸

Mas se a ideia seria afastar esse incentivo patrimonial entre o casamento de uma pessoa jovem e outro idoso, porque também aplicar a mesma medida para um relacionamento de uma pessoa idosa com outra idosa? Será que esse argumento justifica a constitucionalidade da norma?

3 A CAPACIDADE CIVIL DOS MAIORES DE 70 ANOS E O ESTATUTO DO IDOSO

3.1 Capacidade civil dos maiores de 70 anos

⁷ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**, 10.ed. São Paulo: Método, 2014 p. 338.

⁸ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**, 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013 p.341.

De acordo com o IBGE a expectativa de vida vem aumentando a cada ano. Conforme dados do instituto, a expectativa de vida ao nascer subiu de 74,6 anos de idade para 74,9 anos, de 2012 para 2013⁹.

É sabido que, nos dias atuais, uma pessoa com 70 anos ou mais não demonstra ser um indivíduo sem esperança para o futuro, pelo contrário, cada vez mais se pode verificar que as pessoas idosas estão participando ativamente da sociedade.

Parte da doutrina menciona que tal norma teria o intuito de proteger o maior de 70 anos. Será que tal norma possui realmente a finalidade de proteção ao idoso?

A terceira idade, por si só não acarreta a incapacidade civil da pessoa, isto é apenas uma fase da vida, uma etapa na vida de todos os seres humanos. Não se pode associar o fato de ser idoso com o de não ter capacidade e discernimento para decidir atos da vida civil, pois tratam-se de pessoas que muitas das vezes possuem um saber ou um nível intelectual muito acima de qualquer outra pessoa que tenha uma idade inferior que esteja no auge da sua juventude.

Assim dispõe os artigos 3º e 4º do Código Civil de 2002:

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I - os menores de dezesseis anos;

II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;

III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;

IV - os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.

Conforme dispõe este artigo do atual Código Civil podemos verificar que em nenhum momento o legislador atribuiu ao maior de 70 anos a sua incapacidade absoluta ou relativa. Porque então em seu artigo ele atribui uma restrição ao maior de 70 anos? Não seria capaz o idoso de tomar decisões sobre o seu próprio patrimônio?

Ora, argumentar eventual incapacidade dos maiores de setenta anos, sustentando que estariam esses mais suscetíveis de serem enganados não seria algo totalmente descabido? Sabe-se que na sociedade que em vivemos hoje, bem na verdade, todas as pessoas são vulneráveis e fáceis de serem enganados. A mesma pessoa que engana uma

⁹ <http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2014/12/expectativa-de-vida-dos-brasileiros-sobe-para-74-9-anos-de-acordo-com-ibge> acessado em 28/09/2015.

pessoa idosa, pode facilmente enganar uma pessoa mais jovem. Até porque, atualmente, muitos jovens já contam com uma fortuna considerável.

A velhice é uma consequência de todo ser humano. Em todas as esferas da vida na sociedade, podemos encontrar a presença da população idosa e sentir também a grande importância dessas pessoas em nossas vidas.

3.2 O Estatuto do idoso

Antes mesmo da chegada da lei nº 10.741 de 2003 ao nosso ordenamento jurídico, a Constituição Federal de 1988 já dizia em seu artigo 230 que a “família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida”.

Garantir o direito do idoso é, antes de qualquer coisa, assegurar a sua qualidade de vida, proporcionando a dignidade da pessoa humana. Em diversas situações do dia-a-dia, a pessoa idosa sofre preconceito e rejeição, principalmente quando não são ouvidas nos aspectos mais importantes de sua vida. Isto acontece quando o idoso é excluído de decisões sobre sua própria vida ou quando essas decisões são tomadas por terceiros, deixando assim, presumida a sua incapacidade pelo simples fato de ser idoso.

A liberdade de poder escolher, andar livremente ou manifestar suas opiniões são direitos garantidos pela nossa Constituição Federal para todas as pessoas, o que também inclui as pessoas idosas. Portanto, compete ao Estado prevenir e repelir essas situações de violação a esses direitos.

O Estatuto do idoso prevê em seu artigo 10 que:

Art. 10. É obrigação do Estado e da sociedade, assegurar à pessoa idosa a liberdade, o respeito e a dignidade, como pessoa humana e sujeito de direitos civis, políticos, individuais e sociais, garantidos na Constituição e nas leis.

§ 1º O direito à liberdade compreende, entre outros, os seguintes aspectos:

I – faculdade de ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais;

II – opinião e expressão;

III – crença e culto religioso;

IV – prática de esportes e de diversões;

V – participação na vida familiar e comunitária;

VI – participação na vida política, na forma da lei;

VII – faculdade de buscar refúgio, auxílio e orientação.

§ 2º O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, de valores, idéias e crenças, dos espaços e dos objetos pessoais.

§ 3º É dever de todos zelar pela dignidade do idoso, colocando-o a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

Comenta Maria Berenice Dias:

A Constituição veda discriminação em razão da idade, bem como assegura especial proteção ao idoso. Atribui à família, à sociedade e ao Estado o dever de assegurar sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar, bem como lhe garantindo o direito à vida (CF 230).¹⁰

O Estatuto do Idoso representa um grande avanço na proteção dos direitos dos idosos. Ele tem o dever de proporcionar ao idoso os meios necessários para o exercício da sua cidadania, atuando de forma positiva para que suas políticas públicas possam garantir uma parcela mínima que ofereça ao idoso uma velhice digna. Ao analisar as normas existentes no nosso ordenamento jurídico, podemos perceber que existem diversos direitos e garantias que amparam os idosos, contudo, a realidade é que muitas dessas normas parecem que não estão sendo respeitadas.

Será que a norma descrita no artigo 1.641, II do Código Civil de 2002 respeita esses direitos dos idosos?

4 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS GERAIS E ESPECIAIS DO DIREITO DAS FAMÍLIAS E O REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS

Os princípios constitucionais descritos na Constituição Federal de 1988 nos revelam valores que são adotados por toda a população. Esses princípios são alicerce para qualquer indivíduo. A Constituição Federal de 1988 é a norma que está hierarquicamente acima de todos os outros em nível de legislação no Brasil. A Constituição é a lei fundamental e os princípios constitucionais são os que protegem os atributos fundamentais da ordem jurídica.

A Constituição, em seu texto constitucional estabelece diversos direitos fundamentais para todas as pessoas com o propósito de proteger os indivíduos e limitar a invasão do Estado na vida privada. A análise dessas normas devem ser realizadas tendo como base os princípios constitucionais.

Para Luis Roberto Barroso:

Os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui. Os princípios são, precisamente, a síntese dos valores mais relevantes da ordem jurídica.¹¹

¹⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**, 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015 p.50.

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**, 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009 p. 155 – 157.

Neste sentido, os princípios possuem uma força que permeiam todo o ordenamento jurídico, vez que todas as normas que compõem o direito constitucional devem ser estudadas, interpretadas e compreendidas à luz desses princípios.

Violar um princípio constitucional é algo bem grave, pois eles são o alicerce para a interpretação e aplicação das leis em todos os ramos do direito, por isso devem ser estritamente respeitados. Contudo, não é o que se observa na realidade. É fácil verificar na nossa sociedade inúmeras violações a esses princípios trazidos pela carta magna.

Assim, é imprescindível a observância desses princípios, uma vez são a base para toda interpretação e aplicação da ciência jurídica. Contudo, é importante destacar que existe uma diferenciação dos princípios constitucionais gerais e os princípios constitucionais especiais do direito das famílias. Neste trabalho aborda-se os principais princípios gerais e especiais.

Os princípios constitucionais especiais do direito das famílias têm como fonte essencial, a Constituição Federal de 1988, por muitas vezes são chamados de princípios constituídos, uma vez que foram advindos tendo como base a carta magna.

Nos dizerem de Flavio Tartuce:

Direito Civil Constitucional pode ser encarado como um novo caminho metodológico que procura analisar os institutos de Direito Privado, 41/1350 tendo como ponto de origem a Constituição Federal de 1988. Não se trata apenas de estudar os institutos privados previstos na Constituição Federal de 1988, mas sim de analisar a Constituição sob o prisma do Direito Civil, e vice-versa. Para tanto, deverão irradiar de forma imediata as normas fundamentais que protegem a pessoa, particularmente aquelas que constam nos arts. 1.º a 6.º do Texto Maior.¹²

Portanto o direito de família deve ser analisado sob o aspecto constitucional. É neste ramo do direito que mais se sente os reflexos dos princípios que a constituição Federal consagra como valores sociais fundamentais.

Para Maria Berenice Dias, “Há princípios especiais que são próprios das relações familiares e devem servir de norte na hora de apreciar qualquer relação que envolva questões de família.”¹³

Diante disso não é de menos valia saber que os princípios específicos do direito de família devam ter uma atenção especial, em virtude de terem um papel muito importante em nossa sociedade e em todo o ordenamento jurídico, pois devemos interpretar e aplicar todas as regras tendo como base os princípios.

Os princípios gerais da nossa constituição a serem tratados à frente, são os da dignidade da pessoa humana e igualdade. Já os princípios que pertencem especialmente

¹² TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**, 9.ed., 2014 p. 41 – 42.

¹³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**, 10. ed., 2015 p.43.

ao direito das famílias são os da liberdade, mutabilidade do regime de bens e autonomia da vontade.

4.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana tem por objetivo tornar possível a plena tutela dos indivíduos. A dignidade é o valor fundamental para o entendimento das formas de vida no mundo, sendo o ponto principal de todos os valores morais e de todos os direitos dos homens.

Alexandre de Moraes afirma que:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.¹⁴

Nesta linha de raciocínio, como uma pessoa maior de 70 anos pode ter reconhecido em sua pessoa o princípio da dignidade da pessoa humana? Se de acordo com o Código Civil ele não pode decidir qual regime adotar em seu casamento. Esse questionamento poderia deixar transparente a incoerência do artigo 1.642, II do Código Civil.

Nas palavras de Maria Berenice Dias:

É o princípio maior, fundante do Estado Democrático de Direito, sendo afirmado já no primeiro artigo da Constituição Federal. A preocupação com a promoção dos direitos humanos e da justiça social levou o constituinte a consagrar a dignidade da pessoa humana como valor nuclear da ordem constitucional.¹⁵

Neste sentido, pode-se entender que através desse princípio, todo o ser humano deve ser respeitado como pessoa, não devendo ser prejudicado na sua existência. Assim, também, dispõe o artigo 2º da lei 10.742 de 2003 (Estatuto do Idoso), “o idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física, mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social. Em condições de liberdade e dignidade.

Para Paulo Lôbo:

Basta que apenas um deles supere essa idade, ainda que o outro ainda não a tenha atingido, na data da celebração do casamento. Entendemos que essa hipótese é atentatória do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, por reduzir sua autonomia como pessoa e

¹⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional** 10.ed. São Paulo: Atlas, 2003 p.50

¹⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**, 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015 p.44.

constrangê-lo à tutela reducionista, além de estabelecer restrição à liberdade de contrair matrimônio, que a Constituição não faz. Consequentemente, é inconstitucional esse ônus.¹⁶

Resta claro, para Paulo Lôbo, a violação do princípio da dignidade da pessoa humana, pois constrange a pessoa e não possibilita a autonomia da sua vontade. Ao impor a restrição quanto ao patrimônio do cônjuge idoso, o legislador, não estaria respeitando os dizeres da nossa constituição, praticando atos discriminatórios e suposições quanto à capacidade civil dessas pessoas.

4.2 Princípio da igualdade

A Constituição Federal de 1988 dispõe em seu artigo 5º, caput que, todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

Por meio desse princípio, deve-se aplicar a lei de forma igual a todos, sem discriminações por sexo ou por qualquer outro tipo. Neste contexto, será que o legislador poderia editar normas que se afastem deste princípio? Pois nitidamente esta norma seria inconstitucional.

Para Paulo Lôbo:

O princípio constitucional da igualdade (a fortiori normativo) dirige-se ao legislador, vedando-lhe que edite normas que o contrariem, a administração pública, para que implemente políticas públicas para a superação das desigualdades reais existentes entre os gêneros, a administração da justiça, para o impedimento das desigualdades, cujos conflitos provocaram sua intervenção, e, enfim as pessoas para que o observem em seu cotidiano. Sabe-se que os costumes e tradições, transmitidas de geração a geração sedimentaram condutas de opressão e submissão, no ambiente familiar, mas não podem ser obstáculos à plena realização do direito emancipador.¹⁷

A igualdade, além de um princípio constitucional, é algo extremamente importante para a vida de todas as pessoas, pois não só o legislador ao editar as normas deve obedecer tal princípio, mas todos que vivem em sociedade estão sujeitos a ele.

Tratar as pessoas de formar desigual em virtude de alguma característica não comum ou estranha a alguém é uma prática bem habitual hoje em dia. O problema em questão não é só tratar de maneira desigual, mas ponto crucial é tratar alguém desigualmente de modo que venha a prejudicar esta pessoa pelo simples fato de não preencher requisitos que julgam ser normais. Os tratamentos desiguais de certo modo são aceitos e muito bem vistos, até porque para boa prática do princípio tão importante da nossa Constituição, que é o da igualdade, é necessário tratar os desiguais na medida da sua desigualdade para se igualar aos iguais, o mais importante de tudo, é sabermos respeitar uns aos outros. Tratar todos iguais também significa saber respeitá-los.

¹⁶ LÔBO, Paulo. **Direito civil**, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011 p.326.

¹⁷ LÔBO, Paulo. **Direito civil**, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011 p.66.

Para Alexandre de Moraes:

O princípio da igualdade consagrado pela Constituição Federal opera em dois planos distintos, de uma parte, diante do legislador ou do próprio executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que eles possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que se encontram em situações idênticas. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e os atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça, classe social.¹⁸

Uma atenção especial devemos dar também aos que fazem cumprir as leis, porque não basta só o legislador respeitar a igualdade. A prática do princípio é feita em coletividade, pois todos sem nenhuma exceção, como já foi dito, estão sujeitos ao princípio. O juiz, com o seu papel de resolver litígios, deve acima de tudo observar tal princípio, pois além de ser imparcial ele precisa tratar todas as partes de forma igual, sem privilegiar qualquer das partes.

Pode-se observar que, tal princípio, tem como foco principal proporcionar tratamento igual a todas as pessoas mesmo que estas se encontrem em posições diferentes dentro da sociedade.

Será que a imposição desse regime aos maiores de 70 anos não estaria configurando uma violação a este princípio? Podemos perceber que o legislador ao criar a norma se baseou em uma suposição de que uma pessoa maior de 70 anos seria incapaz de escolher o regime que gostaria de adotar. Ele presumiu que estas pessoas não teriam capacidade mental para fazer essa escolha, dando-lhe a entender que a experiência de vida se tornou um sinônimo de fragilidade. Talvez essa limitação do Estado possa estar causando constrangimentos e, por consequência, ferindo princípios constitucionais.

Nesse contexto dispõe o artigo 4º do Estatuto do idoso que, nenhum idoso será objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência. Portanto, pode-se verificar que a regra do artigo 1.641, II do Código Civil, ao que parece, estaria contrária ao princípio da igualdade, pois trata os idosos de forma descabida, presumindo a sua incapacidade para a escolha do regime de bens em seu casamento.

4.3 Princípio da liberdade

A Constituição Federal, ao criar o regime democrático, nos revelou uma enorme preocupação em acabar com as discriminações de qualquer ordem, deferindo a igualdade e a liberdade.

¹⁸ MORAIS, Alexandre. **Direito constitucional**, 31.ed. São Paulo: Atlas, 2015 p.35.

Através desse princípio todos têm liberdade de escolher seu par, seja ele como for, bem como do tipo de regime de bens que queira adotar em seu matrimônio. A isonomia de tratamento permite considerar um tratamento igual a todos.

Diante disso, a escolha do regime de bens é livre ao casal, conforme dispõe o art. 1639 do Código Civil “é lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver”. Observa-se ainda nos termos do artigo 1.640, parágrafo único do Código Civil que, “poderão os nubentes, no processo de habilitação, obstar por qualquer dos regimes que este código regula”.

Por esse princípio entendemos que, todos têm o direito de escolher o regime de bens que quiser. É livre a qualquer indivíduo que se case, essa escolha, contudo, esse direito à liberdade de escolha de regime de bens, não inclui aos maiores de 70 anos, visto que de acordo com o artigo 1.641, II do Código Civil, eles estão obrigados a casarem sob o regime de separação obrigatória de bens. Em virtude disso, podemos verificar a tamanha impotência que referido artigo deposita aos idosos, pois intervir nessa liberdade pode atingir o psicológico de uma pessoa com a idade avançada, sendo a mesma tratada como se incapaz fosse, estando sujeita a apenas aceitar o que lhe foi imposto.

Paulo Lôbo, disserta a respeito de tal princípio:

O princípio da liberdade diz respeito ao livre poder de escolha ou autonomia de constituição, realização e extinção de entidade familiar, sem imposições ou restrições externas de parentes, da sociedade ou do legislador, à livre aquisição e administração do patrimônio familiar; ao livre planejamento familiar; à livre definição dos modelos educacionais, dos valores culturais e religiosos; à livre formação dos filhos, desde que respeite suas dignidades como pessoas humanas; à liberdade de agir, assentada no respeito à integridade física, mental e moral.¹⁹

Respeitar a liberdade do ser humano seja em qualquer idade que esteja, é muito mais do que restringi-lo na sua escolha do regime de bens. É necessário saber que todos merecem o devido respeito e entender que todos são livres para fazerem o que quiserem, claro que de acordo com a lei, contudo limitar liberdade de um idoso pode parecer algo banal a muitas pessoas, mas com toda a certeza que para estes que contam com mais de 70 anos não se parece algo banal, muito pelo contrário, restringir a liberdade desses indivíduos é algo que toca no íntimo, pois qualquer restrição em sua vida revela que você não é capaz, e se estão retirando esse direito à liberdade é porque a sociedade já visualiza o idoso como uma pessoa sem perspectiva, levando a crer que de nada vale a sua grande experiência de vida.

Podemos aplicar a regra do artigo 1.641, II do código civil sem a observância desse princípio? Será que essa norma não seria preconceituosa?

¹⁹ LÔBO, Paulo. **Direito civil**, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011 p.69.

4.4 Princípio da mutabilidade do regime de bens

Os regimes de bens, antigamente quando o Código Civil de 1916 estava em vigor, eram irrevogáveis, ou seja, não poderia haver alterações quanto ao regime de bens. Com o advento do novo código civil de 2002 passou-se a admitir a alteração do regime de bens do casal, proporcionando a autonomia da vontade dos cônjuges.

Diz Carlos Roberto Gonçalves:

O Código Civil de 1916 estabelecia a irrevogabilidade ou inalterabilidade do regime de bens entre os cônjuges, que devia perdurar assim enquanto subsistisse a sociedade conjugal. Antes da celebração poderiam os nubentes modificar o pacto antenupcial, para alterar o regime de bens. Celebrado, porém, o casamento, ele tornava-se imutável.²⁰

O código civil de 1916 em seu artigo 230 dizia que, “o regime de bens entre os cônjuges, começa a vigorar desde a data do casamento e é irrevogável”. Com as inovações do código civil de 2002, encontramos o princípio da mutabilidade do regime de bens disposto no artigo 1.639, §2º, “É admissível a alteração do regime de bens, mediante autorização judicial, em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros”.

Comenta Carlos Roberto Gonçalves:

O Código Civil de 2002, destarte, inovou, substituindo o princípio da imutabilidade absoluta do regime de bens pelo da mutabilidade motivada ou justificada. A inalterabilidade continua sendo a regra e a mutabilidade a exceção, pois esta somente pode ser obtida em casos especiais, mediante sentença judicial, depois de demonstrados e comprovados, em procedimento de jurisdição voluntária, a procedência da pretensão bilateralmente manifestada e o respeito a direitos de terceiros.²¹

Assim, conforme o dispositivo do Código Civil de 2002, os casados podem alterar o regime de bens para qualquer outro tipo de regime, contudo, para ocorrer essa mudança devem ser observados os requisitos do artigo 1.639, §2º do Código Civil de 2002.

Conforme diz Maria Berenice Dias:

Em princípio, o pedido de alteração só pode ser formulado se os noivos, quando do casamento, tinham a liberdade de escolher o regime de bens, Para os que foram obrigados a adotar o regime da separação de bens (CC 1.641), não é autorizada a mudança.²²

Pelo exposto, anote-se, que no caso do regime de separação obrigatória de bens (artigo 1.641, II do Código Civil de 2002), essa alteração é vedada posto que este regime não deriva da vontade das partes, e sim de uma imposição legal, o que poderia ser mais

²⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010 p. 295.

²¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010 p. 296.

²² DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**, 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015 p.333.

um absurdo jurídico e inconstitucional, vez que se o requisito é observar o que dispõe o artigo 1.639, §2º do Código Civil de 2002, mesmo que o idoso, maior de 70 anos, preencha todos os requisitos do artigo, estaria impedido de alterar seu regime de bens.

4.5 Princípio da autonomia da vontade

Através desse princípio, que é decorrente do princípio da liberdade, nasce a independência que o sujeito tem para contratar. Desse modo, ele garante ao indivíduo o direito de manifestar a sua própria vontade, ele revela o poder das partes de estipular livremente, como melhor lhes convier, mediante acordo de vontades, a disciplina de seus interesses. A autonomia da vontade envolve, além da liberdade de criação do contrato, a liberdade de contratar ou não contratar.

Para Silvio Rodrigues:

O princípio da autonomia da vontade consiste na prerrogativa conferida aos indivíduos de criarem relações na órbita do direito, desde que se submetam as regras impostas pela lei e que seus fins coincidam com o interesse geral, ou não o contradigam.²³

A liberdade de contratar é um direito individual de cada pessoa, que em virtude de seu esforço pessoal tem o direito de adquirir, vender, doar os seus bens como queira, sem que o Estado possa interferir nessa liberdade.

Comenta Maria Helena Diniz que:

Além da liberdade de criação do contrato, abrange a liberdade de contratar e não contratar, liberdade de escolher outro contratante, liberdade de fixar o conteúdo do contrato, escolhendo quaisquer modalidades contratuais reguladas por lei, devendo observar que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.²⁴

Limitar o idoso no que tange à liberdade de escolha do regime de bens é algo que parece contraditório, pelo que, o maior de 70 anos, apesar de restrito a esse tipo de contrato em seu casamento, pode livremente realizar qualquer outro tipo de contrato, seja ele qual for, podendo ainda dilapidar totalmente seu patrimônio, gastando, vendendo ou até doando seus bens. Veja bem, se outros tipos de contratos são permitidos, sem nenhuma restrição, a essência de proteção ao idoso através dessa regra de imposição, estaria sem eficácia, pois existem diversas outras formas de uma pessoa com interesses econômicos se aproveitarem da eventual fragilidade do maior de 70 anos.

Nos dizeres de Maria Cauhi Wanderley:

²³ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**, 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2004 p. 15.

²⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2015 p. 41.

Passamos, então, a analisar os elementos que compõem a autonomia da vontade: O primeiro deles é a liberdade contratual, estritamente ligada à vontade livre e desimpedida, proferida pelo próprio indivíduo sem qualquer coação externa. É a liberdade de contratar ou de se abster, de escolher a parte contratual, de estabelecer os limites do contrato, ou seja, de exteriorizar sua vontade da forma que pretender. Para o liberalismo econômico do século XIX, o contrato é um dos institutos mais importantes, pois formaliza e permite a transferência de riquezas na sociedade. O consenso é valorizado, assim como a vontade do indivíduo em delimitar o conteúdo do contrato. Entendiam que se o indivíduo era livre para contratar o que quisesse, o Estado deveria abster-se de intervir nas relações contratuais.²⁵

Por esse princípio, entende-se que as partes são livres para celebrar contratos, portanto, poderíamos dizer que o artigo 1.641, II do Código Civil também estaria violando este princípio?

5 ANÁLISE SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS DOS MAIORES DE 70 ANOS

A norma imposta aos maiores de 70 anos, estaria representando senão a normatização do preconceito? Vez que passa a considerar o maior de 70 anos como uma pessoa indefesa, ingênua, e incapaz de gerir os próprios bens, sendo necessária a intervenção do Estado?

Nesta visão, o Estado estaria supondo que uma pessoa que já conta com 70 anos seria frágil nesse aspecto amoroso, vale dizer, conforme já dito, que se de fato a pessoa maior de 70 anos estiver mesmo enganado e seduzido por alguém com interesses financeiros e com intuito de se aproveitar de sua suposta fragilidade, meios não lhe faltam para dilapidar o patrimônio, pois como se sabe, não existe herança de pessoa viva, sendo o maior de 70 anos totalmente livre para fazer o que quiser com os seus bens.

O fato é incontroverso, pois do mesmo modo que um idoso pode ser enganado, um jovem de 18 anos também pode ser enganado. Portanto, será mesmo que a idade determina a fragilidade da pessoa?

Sobre o tema existem posicionamentos divergentes na doutrina. Pois há quem defenda que a norma do artigo 1.641, II do Código Civil é constitucional, e existem outros que argumentam que esta regra é inconstitucional.

Os que defendem que a norma é inconstitucional, argumentam que não existe nenhum motivo justificável para tão grave intervenção na esfera patrimonial da pessoa

²⁵WANDERLEY, Maira Cauhi. **A autonomia da vontade**, artigo, <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-autonomia-da-vontade,51944.html> acessado em 07/10/2015.

maior de 70 anos, pois o idoso é inteiramente capaz para o exercício de todos os atos da vida civil, principalmente nos dias atuais com a ampliação da expectativa de vida dos brasileiros. Sustenta-se, ainda, que essa norma atenta de forma intensa à liberdade individual a dignidade da pessoa humana e a igualdade, por presumir, a incapacidade da pessoa maior de 70 anos.

Já os que defendem a constitucionalidade dessa norma, afirmam que os motivos que ensejam tal regra ainda continuar em vigor são plenamente justificáveis, pois sustentam que a norma questionada visa a impedir casamentos motivados unicamente pelo interesse financeiro, logo, isto seria uma restrição de natureza protetiva ao idoso e também aos futuros herdeiros.

5.1 Argumentos favoráveis à constitucionalidade do artigo 1.641, II do Código Civil

A imposição do regime de separação de bens aos maiores de 70 anos, para alguns doutrinadores, é constitucional, pois visa proteger o patrimônio do idoso e os futuros herdeiros.

Como diz Carlos Roberto Gonçalves: “A restrição é eminentemente de caráter protetivo. Objetiva obstar a realização de casamento exclusivamente por interesse econômico.”²⁶

Ao que parece, o que justifica a constitucionalidade de tal regra, é que a grande maioria dos idosos não teve a oportunidade de estudar, e tão somente trabalharam por toda a sua vida. Por isso, juntando a falta de comprometimento e a idade avançada, sem dúvidas, seriam pessoas frágeis e suscetíveis de serem enganadas.

Contudo, não se pode dizer que nos dias atuais, o idoso estaria vulnerável, pois no que tange à educação e conhecimento a situação não é a mesma de antigamente, ou seja, hoje em dia as pessoas com a idade mais avançada, são pessoas bem instruídas.

Comenta Washington de Barros:

É de lembrar que, conforme os anos passam, a idade avançada acarreta maiores carências afetivas e, portanto, maiores riscos corre aquele que tem mais de setenta anos de sujeitar-se a um casamento em que o outro nubente tenha em vista somente vantagens financeiras, ou seja, em que os atrativos matrimoniais sejam pautados em fortuna e não no afeto.²⁷

Percebemos que na nossa sociedade existem dois tipos de população idosa, os que possuem um alto nível intelectual, mostrando que durante toda a sua trajetória, a sua vida foi projetada para o crescimento de sua fortuna, tendo uma boa formação acadêmica.

²⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010 p. 448.

²⁷ MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de direito civil**, 42.ed. São Paulo: Saraiva, 2012 p.295.

Contudo há também uma outra parcela dessa população idosa que durante toda a sua vida, não teve a oportunidade de estudar e se instruir, por muita das vezes em virtude de pertencerem a famílias humildes, sendo portanto, de fato, consideradas pessoas frágeis e suscetíveis de serem enganadas.

Comenta Fabio Ulhoa:

O regime de separação absoluta é obrigatório. A lei, nelas, não deixa à livre escolha dos cônjuges as estipulações atinentes à eficácia patrimonial do matrimônio. Por considerar que essa liberdade pode prejudicar direitos de terceiros ou que os cônjuges podem não se encontrar em condições de tomar a decisão acertada, a lei neutraliza qualquer efeito do casamento no âmbito patrimonial.²⁸

Conforme o entendimento do Fabio Ulhoa, tal imposição, visa ainda proteger os futuros herdeiros dessas pessoas. Esse argumento não seria um pouco egoísta? A pessoa idosa trabalhou durante sua vida toda para construir seu patrimônio, e ao final é sujeita a essa restrição legal como forma de proteger seus futuros herdeiros, que provavelmente são pessoas em plena atividade econômica que podem construir sua própria fortuna através de esforço individual. Visar à proteção da herança também seria algo de extremo interesse econômico, e sabe-se, como já dito, que não existe herança de pessoa viva.

A dificuldade de se acreditar em amor verdadeiro entre uma pessoa de 20 e outra de 70, é totalmente plausível e realmente aceitável, pois de fato, casos assim onde há atração amorosa entre essas pessoas com uma grande diferença de idade é algo raro na sociedade em que vivemos. Contudo a regra do artigo em questão, não se trata só desses tipos de relacionamentos, ele é válido também para todos os tipos de relacionamentos entre as pessoas maiores de 70 anos. Por exemplo, caso um homem tenha 70 anos e a mulher tenha 65, não podemos presumir o interesse econômico nessa relação, porque provavelmente existe amor entre eles.

Visto isso, passemos agora analisar o que os principais doutrinadores que são contrários à constitucionalidade do regime de separação obrigatória de bens dizem a respeito do tema.

5.2 Argumentos contrários à constitucionalidade do artigo 1.641, II do Código Civil

Para os que são contrários à constitucionalidade da imposição do regime de separação obrigatória de bens aos maiores de 70 anos, tal regra restringe a liberdade dos cônjuges em razão da idade avançada e fere princípios constitucionais.

Para Farias e Rosenvald:

Ora, promovendo a exegese da referida intervenção estatal na esfera de interesses privados, é fácil concluir que, a partir da valorização da

²⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**, 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2012 p.175.

pessoa humana e de suas garantias constitucionais, a regra legal se põe em rota direta de colisão com os princípios da igualdade substancial, da liberdade e da própria dignidade da pessoa humana.²⁹

Como sustenta Faria e Rosenvald em sua obra, a regra imposta aos maiores de 70 anos estaria contrária aos princípios constitucionais, portanto podemos observar que como a norma foi criada antes mesmo da Constituição Federal de 1988 o legislador não teve como base esses princípios ao editar a norma. A polêmica sobre a eventual inconstitucionalidade da norma muito se fundamenta, pois de fato naquela época não se tinha como base esses princípios constitucionais, talvez essa norma não esteja contingente com a atual realidade da nossa sociedade.

É certo afirmar que a grande maioria da população idosa maior de 70 anos de hoje nem se compara com a população idosa daquela época. Será que seria correto trazer os costumes vividos naquela época para a nossa atualidade? O idoso que completa 70 anos hoje, como já foi falado nos tópicos acima, são pessoas bem instruídas. Os meios de comunicação e informação que temos hoje são infinitamente melhores do que tínhamos naquela época, permitindo a essas pessoas um melhor acesso à informação e tudo que acontece no mundo.

Caberia ao legislador verificar que a população idosa já vive outra realidade. É bem verdade que muitas coisas já foram conquistadas de lá pra cá, e por esses avanços presentes em nossa sociedade não seria correto dizer que o idoso de hoje estaria mais vulnerável aos oportunistas.

Neste sentido, se expressa Fabio Ulhoa:

Mas é inconstitucional a lei quando impede a livre decisão quanto ao regime de bens aos que se casam com mais de 70 anos. Trata-se de uma velharia, que remanesce dos tempos em que se estranhava o casamento com idade elevada, sendo então legítima a preocupação da lei em evitar a possibilidade de fraudes. Hoje em dia, a permanência da obrigatoriedade do regime de separação afronta o princípio constitucional da dignidade humana.³⁰

O que se observa é que talvez, esse regramento trazido pelo Código Civil de 1916 está desatualizado frente à sociedade atual. Vale lembrar, que tal regra foi criada antes mesmo da constituição de 1988, o que nos leva a perceber que, não obteve como parâmetros os direitos e garantias fundamentais estabelecidas na carta magna. Hoje como já foi discutido, temos uma população idosa totalmente distinta de antigamente.

Assim, o fato de ser idoso hoje, Significa dizer que não se tem maturidade suficiente para decidir sobre os aspectos de seu patrimônio?

E, desse modo confirma Caio Mario da Silva Pereira:

²⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**, 3. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2011 p. 282.

³⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**, 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2012 p.177 – 178.

Esta regra não encontra justificativa econômica ou moral, pois que a desconfiança contra o casamento dessas pessoas não tem razão para subsistir. Se é certo que podem ocorrer esses matrimônios por interesse nestas faixas etárias, certo também que em todas as idades o mesmo pode existir. Trata-se de discriminação dos idosos, ferindo os princípios da dignidade humana e da igualdade.³¹

5.3 Pesquisa de jurisprudência

Após tratar do entendimento da doutrina e seus posicionamentos divergentes, se faz necessário verificar também o que os tribunais têm entendido acerca da matéria.

Em pesquisa nos sites do STJ, STF e TJRJ não foi possível localizar nenhuma decisão proferida especificamente sobre a matéria de inconstitucionalidade da separação obrigatória de bens dos maiores de 70 anos.³²

Contudo nos tribunais do Estado de Minas Gerais e Sergipe, obtivemos decisões a respeito da matéria.

A saber:

INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE - DIREITO CIVIL - CASAMENTO - CÔNJUGE MAIOR DE SESSENTA ANOS - REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS - ART. 258, PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI 3.071/16 - INCONSTITUCIONALIDADE - VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E DA DIGNIDADE HUMANA. - É inconstitucional a imposição do regime de separação obrigatória de bens no casamento do maior de sessenta anos, por violação aos princípios da igualdade e dignidade humana.(TJ-MG - ARG: 10702096497335002 MG , Relator: José Antonino Baía Borges, Data de Julgamento: 12/03/2014, Órgão Especial / ÓRGÃO ESPECIAL, Data de Publicação: 21/03/2014).³³

O Tribunal da Justiça do Estado de Minas Gerais entendeu sobre a inconstitucionalidade do regime de separação obrigatória de bens por violar os princípios da igualdade e dignidade da pessoa humana.

APELAÇÃO CÍVEL - REGIME DE BENS -SEPARAÇÃO LEGAL OBRIGATÓRIA - NUBENTE SEXAGENÁRIO - LEI QUE FERRE O DIREITO FUNDAMENTAL DO CÔNJUGE DE DECIDIR QUANTO À SORTE DE SEU PATRIMÔNIO DISPONÍVEL - PRESUNÇÃO DE INCAPACIDADE POR IMPLEMENTO DE IDADE - ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELOS APELADOS - INSTAURAÇÃO DO INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTIGOS 1641, II, DO NCC E 258, P.U. INCISO II DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 - MATÉRIA A SER APRECIADA PELO TRIBUNAL PLENO - ARTIGO 97 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 480 E SEQUINTE, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E ARTIGO 181 DO REGIMENTO INTERNO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE

³¹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 22 ed. São Paulo: Forense, 2014 p. 156.

³²<http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw?MGWLPN=CONSULTA&PGM=WEBJRP103xPROD&PORTAL=1&LAB=JURxWEB&DATA=63874&JOB=862&INI=11&ORIGEM=1&TOT=18&PALAVRA=SEPARACAO%20OBRIGATORIA%20DE%20BENS&PRI1=&DES=&PRI2=&PRI3=&FLAGCONTA=0&CHECKACORDAO=1&CHECKDECISAOMONO=1> acessado em 17/11/2015.
http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&li vre=Regime+de+separacao+obrigatoria+de+bens acessado em 17/11/2015.
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp> acessado em 17/11/2015.

³³<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?palavras=regime+de+separa% E7% E3o+obrigat% F3ria+de+bens&numeroRegistro=1&totalLinhas=1&pesquisarPor=ementa&pesqu uisaTesouro=true&orderByData=1&pesquisaPalavras=Pesquisar> acessado em 17/11/2015.

Como entendeu o Tribunal do Estado de Sergipe, as pessoas idosas que são sujeitas ao regime de separação obrigatória de bens, são pessoas plenamente capazes para gerir os seus próprios bens, e, portanto, tal norma seria uma afronta à dignidade humana, entendendo assim pela inconstitucionalidade do dispositivo legal.

INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE - REGIME DE BENS - SEPARAÇÃO LEGAL OBRIGATÓRIA - NUBENTE SEXAGENÁRIO - INCISO II, DO ART. 1.641, DO CÓDIGO CIVIL - DISPOSITIVO QUE FERRE O DIREITO FUNDAMENTAL DO CÔNJUGE DE DECIDIR QUANTO À SORTE DE SEU PATRIMÔNIO DISPONÍVEL - PRESUNÇÃO DE INCAPACIDADE POR IMPLEMENTO DE IDADE - INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA. - O disposto no inciso II, do art. 1.641, do CC exprime exigência legal que irradia afronta à dignidade humana abarcando sem critérios válidos cidadãos plenamente capazes e com extrema carga de experiência de vida, igualando-os às pessoas sem capacidade civil.(TJ-SE - IIN: 2010107802 SE , Relator: DES. OSÓRIO DE ARAUJO RAMOS FILHO, Data de Julgamento: 17/11/2010, TRIBUNAL PLENO).³⁵

6 CONCLUSÃO

Este trabalho teve como foco principal a análise da inconstitucionalidade do regime de separação obrigatória e sua violação aos princípios da Constituição Federal de 1988.

O legislador desde a criação da regra no Código Civil de 1916 transparecia a visão de uma sociedade totalmente patrimonialista e machista, pois tratava o homem e a mulher de forma distinta. O que se pode perceber é que tais valores vividos naquela época vieram a ser trazidos para a nossa atualidade. Sabe-se que hoje vivemos em uma sociedade completamente distinta de antigamente. Hoje temos igualdade entre os gêneros, e sabemos que o idoso daquela época não é o mesmo de hoje. As pessoas atualmente são bem instruídas, possuem acesso à informação facilmente, e isso foi um grande avanço na nossa sociedade.

É notório observar que, tal regra configura uma interdição do idoso, uma vez que ele não pode fazer as suas próprias escolhas no que tange ao regime dos seus bens no casamento. Essa limitação como visto no decorrer desse trabalho é algo inadmissível, pois sabe-se que uma pessoa idosa com mais de 70 anos já viveu diversas situações em sua vida, contando portanto, com uma longa experiência, sendo assim, não é correto presumir a sua incapacidade para escolha do regime de bens.

³⁴ <http://www.tjse.jus.br/portal/consultas/jurisprudencia/judicial> acessado em 17/11/2015.

³⁵ <http://www.tjse.jus.br/portal/consultas/jurisprudencia/judicial> acessado em 17/11/2015.

No que tange aos princípios constitucionais do direito das famílias, restou claro que a regra do artigo 1.641, II do Código Civil, viola todos esses princípios que discutimos ao longo do trabalho, não permitindo ao idoso a livre manifestação da sua vontade, causando um grande desaforo, impotência e constrangimento.

Concluí-se, portanto, que a norma não se adéqua mais a nossa sociedade, tendo em vista que o idoso maior de 70 anos de hoje possui total discernimento para tomar qualquer decisão no que tange ao seu patrimônio, não devendo o Estado intervir nessa escolha. Assim, entendemos que a norma que impõe aos septuagenários a se casarem sob o regime de separação obrigatória de bens é inconstitucional.

7 REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

BRASIL. **Código Civil de 1916**.

BRASIL. **Código Civil de 2002**.

BRASIL. **Lei nº 10.741 de 1º de outubro de 2003**.

BRASIL. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**.

BRASIL. **Tribunal de Justiça de Sergipe**.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Amor não tem idade**, Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,amor-nao-tem-idade,22641.html> acessado em 22/09/2015.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 31. ed. São Paulo: Saraiva 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 3. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2014/12/expectativa-de-vida-dos-brasileiros-sobe-para-74-9-anos-de-acordo-com-ibge> acessado em 28/09/2015.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de direito civil**. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 10.ed. Atlas, 2015.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 22.ed. São Paulo: Forense, 2014.

RODRIGUES, Silvio. **Direito CIVIL**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

TARTUCE, Flavio. **Direito civil**. 9.ed. São Paulo: Método, 2014.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**. 13.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

WANDERLEY, Maira Cauhi. **A autonomia da vontade**, Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-autonomia-da-vontade,51944.html> acessado em 07/10/2015.

O CONFLITO ENTRE DIREITO AO ESQUECIMENTO E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E INFORMAÇÃO¹,

Fernanda Paiva Cantero

1 INTRODUÇÃO

A vida das pessoas na sociedade vem sofrendo grandes transformações com o desenvolvimento da tecnologia em todos os âmbitos da vida moderna. Inúmeras vantagens surgiram tanto no âmbito da vida pessoal quanto no da vida profissional com o advento da internet e dispositivos eletrônicos que facilitam a comunicação, a transmissão e o armazenamento de dados de todos os tipos.

A vida real tem se expandido para o mundo virtual de maneira tão instantânea que já se discute sobre o quanto o indivíduo tem se dedicado mais às suas redes sociais do que à sua vida pessoal propriamente dita.

A partir dessa expansão de circulação de informações de forma mais rápida, inclusive informações sobre a vida pessoal das pessoas em redes sociais, observa-se que a internet se tornou um meio muito amplo de exposição do indivíduo, não só em redes sociais, mas também em *sites* de busca, como o Google, por exemplo.

O problema começa quando o passado é relembrado no presente ainda que não haja mais nenhuma relevância para a sociedade. É neste sentido que a dignidade da pessoa humana começa a correr riscos: quando o passado de um indivíduo puder vir a se tornar uma maneira de violar sua dignidade.

Não é à toa que existem crimes tipificados no Código Penal Brasileiro que tem como bem jurídico tutelado a honra e temos, a exemplo do crime de calúnia (art. 138, CP), a proteção à honra de uma pessoa falecida:

Art. 138 - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

§ 1º - Na mesma pena incorre quem, sabendo falsa a imputação, a propala ou divulga.

§ 2º - É punível a calúnia contra os mortos.

¹ Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito das Faculdades Integradas Hélio Alonso como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Cristiano Brandão Vecchi.

A partir de tal dispositivo, é possível entender que, ainda com a extinção da personalidade em razão da morte² e, conseqüentemente, com o decurso do tempo, ainda há possibilidade de ferir a honra de uma pessoa.

Com o crescimento do desenvolvimento de todas essas formas de transmissão e armazenamento de informações, a memória individual se torna cada vez mais vulnerável e é neste momento que se configura o conflito entre dois direitos fundamentais tutelados pela Constituição da República Federativa do Brasil: o direito à liberdade de expressão e informação e o direito ao esquecimento, que tem como bem jurídico tutelado a memória individual, que é um direito da personalidade autônomo e encontra seu fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana.

Para avaliar o direito ao esquecimento e seu conflito com o direito à liberdade de expressão e informação, no primeiro capítulo desta pesquisa os direitos fundamentais serão foco de breve análise de suas características a fim de demonstrar sua importância.

Em seguida, iniciar-se-á um estudo dos direitos da personalidade que são reconhecidos pelo direito brasileiro e que dão embasamento ao direito ao esquecimento, que são o direito à honra, à intimidade, à imagem e à privacidade.

Ocorre que os direitos da personalidade não possuem um conceito completo e fechado, não podem ser taxados ou limitados pelo direito positivo, uma vez que, em razão de se relacionarem com a essência do ser humano, que está em constante modificação, podem ser descobertos e configurados novos direitos da personalidade.

Esta pesquisa ganha sentido justamente pelo nascimento de um novo direito da personalidade: o direito ao esquecimento, que tem a memória individual como bem jurídico tutelado.

Desta forma, a partir do terceiro capítulo, o foco será o estudo da memória individual e sua relação com os outros direitos da personalidade com intuito de demonstrar sua autonomia diante deles e a forma como é protegida indiretamente quando se trata de uma questão em que o problema seja limitar uma informação em virtude do decurso do tempo. Para tanto, analisaremos casos concretos.

Adiante, no quarto capítulo, analisaremos alguns aspectos do direito à liberdade de expressão e informação no que tange ao direito à imagem e à privacidade, também exemplificando com casos concretos e trazendo, conseqüentemente, jurisprudência sobre os casos, a fim de, mais uma vez, demonstrar a importância e as divergências que esses casos evidenciam na sociedade contemporânea.

² BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. *Lei Nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Código Civil Brasileiro. Art. 6º A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva.* Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em 5 set. 2016.

Apresentados os dois grandes blocos de direitos fundamentais que são protagonistas da presente pesquisa, no quinto capítulo serão observados os critérios utilizados para solucionar o conflito em questão e sua eficácia diante dos casos concretos.

A metodologia usada na presente pesquisa foi primordialmente bibliográfica, incluindo artigos científicos, livros e jurisprudência sobre o tema³.

A jurisprudência nacional utiliza a proporcionalidade, a razoabilidade e até mesmo inclinações pessoais para solucionar os referidos embates, o que demonstra uma análise sem qualquer padrão, que ora privilegia o amplo acesso à informação ora a tutela do indivíduo.

Conclui-se então que os critérios utilizados não são suficientes, uma vez que não alcançam a complexidade do tema e acabam por privilegiar, de forma genérica, o direito de expressão e informação em detrimento da proteção da memória individual.

Em razão disso, a pesquisa trará algumas sugestões sobre novos critérios a serem utilizados no ordenamento jurídico para que este conflito passe a ser analisado de forma mais igualitária em toda sua complexidade.

O tema em questão mostra-se de grande e crescente relevância na medida em que também se expandem, com muita rapidez, informações, notícias e dados. Além disso, também influencia na maneira como a sociedade deve lidar com seu passado, seus costumes, seus dados históricos e a forma como age em seu presente, para que o acesso à informação seja garantido sem que se transforme em um meio de oprimir a memória individual.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 5º, traz uma série de direitos fundamentais inerentes à pessoa humana. Entre eles estão os direitos da personalidade. São eles: a honra, a privacidade, a intimidade e a imagem⁴.

Pode-se dizer que estes últimos são derivações de um direito principal, o da dignidade da pessoa humana. Ocorre que o Brasil passou por momentos históricos muito extremos desde o seu descobrimento até os dias de hoje. Houve colonização, monarquia,

³ Segundo Antônio Carlos Gil por pesquisa bibliográfica entende-se que [...] utiliza material já publicado, constituído basicamente de livros, artigos de periódicos e, atualmente, de informações disponibilizadas na internet. Quase todos os estudos fazem uso do levantamento bibliográfico, e algumas pesquisas são desenvolvidas exclusivamente por fontes bibliográficas. Sua principal vantagem é possibilitar ao investigador a cobertura de uma gama de acontecimentos muito mais ampla do que aquela que poderia pesquisar diretamente. GIL, Antônio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa*, p. 122.

⁴Art. 5º. [...] 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;

períodos de conflitos armados de disputas por terras, golpes políticos, disputas por poder, ditadura militar, e assim por diante.

Foi um longo caminho até a Proclamação da República que, mesmo depois de proclamada, sofreu mudanças com o passar dos anos e a evolução da sociedade.

Neste panorama, foi necessário considerar todo o histórico da construção do Brasil que temos hoje para criar uma constituição que pusesse em prática a ideia do sonhado Estado Democrático de Direito.

Sob este aspecto define Gilmar Mendes que:

É o princípio da dignidade humana que demanda fórmulas de limitação do poder, prevenindo o arbítrio e a injustiça. Nessa medida, há de se convir em que “os direitos fundamentais, ao menos de forma geral, podem ser considerados concretizações das exigências do princípio da dignidade da pessoa humana.”⁵ Os direitos e garantias fundamentais, em sentido material, são, pois, pretensões que, em cada momento histórico, se descobrem a partir da perspectiva do valor da dignidade humana.⁶

É a partir daí que, com a Constituição de 1988, os direitos e garantias fundamentais ganham destaque e a devida relevância. É por esta razão que hoje, temos essa concepção de que o ser humano já nasce com dignidade e esta deve ser tutelada pelo direito, já que constitui o caráter mais intrínseco e essencial do ser humano.

A característica principal destes direitos é que eles são partes constitutivas da pessoa humana, os direitos da personalidade são, por assim dizer, o núcleo dos direitos fundamentais. Porém também são considerados inatos, permanentes, personalíssimos, têm eficácia *erga omnes*, indisponíveis, irrenunciáveis, extra patrimoniais, impenhoráveis e imprescritíveis.

Um direito inato é aquele que nasce com o indivíduo, e a permanência significa que este direito o acompanhará por toda a sua vida. Ser personalíssimo significa dizer que se refere à pessoa natural, apesar de já existir a tutela de direitos da personalidade também ligados a pessoas jurídicas, no que diz respeito ao nome, ao sigilo, etc.

Dizer que um direito possui eficácia *erga omnes* significa que é oponível a todos esta eficácia existirá ainda que o titular do direito permaneça inerte e não se manifeste acerca dele. A indisponibilidade de um direito significa que o seu titular não poderá modificá-lo nem dispor dele ainda que esta seja a sua vontade, pois o direito em questão não é disponível para isso. Esta característica se assemelha à irrenunciabilidade, pois a última se define na impossibilidade de desconsiderar ou de desistir de um direito da personalidade.

⁵SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais**, Porto Alegre: Livr. do Advogado Ed., 1998, p. 109. Apud MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 147.

⁶MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 147.

Já o aspecto extrapatrimonial diz respeito à impossibilidade de se atribuir um valor a algum destes direitos, já que são atributos do ser humano. A impenhorabilidade é a característica que protege os direitos fundamentais de eventual tentativa de expropriação. A imprescritibilidade é a impossibilidade da perda do direito pelo decurso do tempo, sendo possível reivindicá-lo a qualquer tempo e não se extinguindo pelo não uso.

Neste sentido, os direitos da personalidade encontram sua proteção no nosso ordenamento jurídico, a exemplo da Constituição Federal e do Código Civil. Essa proteção tem por objetivo, como já demonstrado anteriormente, garantir a todos os cidadãos brasileiros a dignidade da pessoa humana.

O direito ao esquecimento aparece no nosso ordenamento jurídico de forma sutil quando estamos diante de uma violação a algum direito da personalidade. Está diretamente ligado à proteção da memória individual e à imagem de uma pessoa.

Seguindo esta linha de raciocínio, nos deparamos com o direito à honra. Ele está ligado à reputação da pessoa. Quando se atenta contra ela, é a imagem desta pessoa que fica prejudicada em face da sociedade, podendo gerar uma série de prejuízos a ela, como a perda de uma oportunidade de emprego, por exemplo. É a mesma lógica que segue a proteção ao direito de imagem, já que este está ligado ao uso que se dá à imagem física de uma pessoa e também pode gerar danos morais caso esta imagem seja usada para um fim degradante, humilhante, indigno, ou, ainda, quando houver exposição da imagem sem autorização do retratado, o que também pode gerar o dever de indenizar.

Os direitos à privacidade e à vida íntima entendem-se como o direito de manter informações pessoais em sigilo, existindo a faculdade de divulgar ou não informações sobre sua vida privada.

É possível depreender, a partir de uma breve análise das características de cada um destes direitos, que eles estão todos relacionados. Porém, é importante ressaltar o caráter não absoluto dos direitos fundamentais, pois estes podem encontrar limites quando se confrontarem entre si.

É o caso do direito à liberdade de expressão e informação. Assim como os direitos anteriormente citados, também constituem direitos da personalidade. O direito de expressar-se e de ser informado também é amplamente garantido pela nossa Constituição⁷ e tem seu papel de destaque na formação da dignidade da pessoa humana. É o que nos informa Gilmar Mendes:

A plenitude da formação da personalidade depende de que se disponha de meios para conhecer a realidade e as suas interpretações, e isso como pressuposto mesmo para que se possa participar de debates e para que se tomem decisões relevantes.

⁷ BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Art. 5º, IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

[...]A liberdade de expressão é, então, enaltecida como instrumento para o funcionamento e preservação do sistema democrático (o pluralismo de opiniões é vital para a formação de vontade livre).⁸

Desta feita, demonstra-se claro que existe um limite a ser respeitado ainda que no âmbito dos direitos e garantias constitucionais. Isso porque, pelo fato de estarem todos protegidos pela mesma lei hierarquicamente superior, não são absolutos, podendo se sobrepor, uns sobre os outros, dependendo de cada caso concreto.

3 A MEMÓRIA INDIVIDUAL E O DIREITO AO ESQUECIMENTO

Como já mencionado anteriormente, a memória individual e o direito ao esquecimento estão ligados pelo princípio da dignidade da pessoa humana no sentido de contemplar sua abrangência no que se refere a acontecimentos passados.

Vale ressaltar que, de nenhuma maneira o direito ao esquecimento visa apagar dados históricos, o que indiscutivelmente não é possível. Ao contrário do que o nome pode levar a concluir, o direito ao esquecimento zela pelo direito de um indivíduo não sofrer consequências eternas em razão de um determinado acontecimento pretérito que tenha marcado a sua história. Isso não quer dizer que o fato será mudado ou apagado. Tampouco quer dizer que a sociedade e até mesmo o protagonista do caso irão esquecer literalmente o fato. Trata-se apenas de uma forma de tutelar o direito que essa pessoa tem de, no presente, não sofrer mais nenhum dano por um fato pretérito pelo qual já tenha sido responsabilizado. Neste sentido, corrobora Anderson Schreiber:

A internet não esquece. Ao contrário dos jornais e revistas de outrora, cujas edições antigas se perdiam no tempo, sujeitas ao desgaste de seu suporte físico, as informações que circulam na rede ali permanecem indefinidamente. Pior: dados pretéritos vêm à tona com a mesma clareza dos dados mais recentes, criando um delicado conflito no campo do direito. De um lado, é certo que o público tem direito a lembrar fatos antigos. De outro, embora ninguém tenha direito de apagar os fatos, deve-se evitar que uma pessoa seja perseguida, ao longo de toda a vida, por um acontecimento pretérito.⁹

Apesar dessa ligação, o direito ao esquecimento ainda não se encontra positivado em nenhuma parte do ordenamento jurídico, o que poderia gerar um questionamento acerca de sua validade. Porém, é importante esclarecer:

O direito ao esquecimento, pelo fato de proteger e alcançar, em caso específico, isolada ou simultaneamente, alguns dos direitos já previstos no ordenamento jurídico nacional (honra, imagem, nome, privacidade), dá indícios de sua autonomia, configurando-se como uma

⁸MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p.257.

⁹SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 3.ed. São Paulo: Atlas 2014, p.172.

figura de proteção aos direitos da personalidade, buscando fundamento e validade na cláusula geral da dignidade da pessoa humana¹⁰.

A memória individual precisa dessa tutela, pois é possível que uma pessoa não queira autorizar a divulgação de um fato a seu respeito, ainda que verídico, por causar-lhe sofrimento, levando em consideração a utilidade e a data da ocorrência.

Isso porque, também é necessário considerar que “fatos verdadeiros podem ser apresentados de maneira inadequada, sem a contextualização necessária ou com destaque incompatível com o papel que desempenham na composição da personalidade real do retratado”¹¹. Como já se sabe, não se pode confiar em tudo o que se lê na internet.

Neste momento, com o advento da internet, tornou-se infinitamente mais difícil ter qualquer controle sobre as informações que circulam na rede mundial de computadores. Hoje o acervo de notícias e informações advindas de redes sociais é praticamente infinito, o mundo inteiro está conectado e qualquer simples informação que seja divulgada no *Facebook* pode ser acessada.

Desta forma, a fragilidade da memória individual se agrava na medida em que a velocidade da informação aumenta. Isso também influencia no que diz respeito ao foco que é dado a uma determinada notícia. Ou seja, ao surgir uma notícia mais grave, mais chocante ou mais importante (o que acontece cada vez mais rápido), as notícias anteriores vão sendo naturalmente deixadas de lado, esquecidas. Este processo se acelera proporcionalmente à rapidez com que a internet divulga ou disponibiliza determinada informação.

Ocorre que a partir do momento em que aquela notícia não está mais em foco, a importância de sua memória perde força e destaque no contexto coletivo. Desta maneira, para que se justifique a rememoração de um fato pretérito, especialmente se houver a possibilidade de afrontar direitos fundamentais de um indivíduo, deve existir interesse social para que isso ocorra; caso contrário, essa rememoração se caracteriza como abuso da liberdade de informação, violando direitos da personalidade.

Quando se trata, por exemplo, de um indivíduo que tenha cometido um crime, é interessante o ensinamento que traz Pablo Dominguez Martinez:

Assim, como advento da internet e a possibilidade de nada ser esquecido, todas as informações jogadas na rede não se apagam, impossibilitando segundas chances. Por isso, é preciso reintroduzir no ser humano sua capacidade de esquecer. [...] Hoje, o armazenamento e a recuperação de informações digitais transformaram a lembrança num estado-padrão do conhecimento, e o esquecimento tornou-se apenas um acidente ou exceção.¹²

¹⁰MARTINEZ, Pablo Rodriguez. **Direito ao esquecimento: A proteção da memória individual na sociedade da informação**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris 2014, p. 36.

¹¹SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 3.ed, São Paulo: Editora Atlas 2014, p.172.

¹²MARTINEZ, Pablo Rodriguez. **Direito ao esquecimento: A proteção da memória individual na sociedade da informação**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2014, p. 67.

Na prática, o direito ao esquecimento entrará em conflito com o direito à liberdade de expressão e informação quando estes ultrapassarem seu âmbito de abrangência atingindo a memória individual, que será estudada no próximo capítulo.

Isso porque, como já mencionado, como não há hierarquia entre direitos constitucionais, para solucionar o conflito deverá haver a prevalência de um sobre o outro, ainda que momentânea.

No Brasil, apesar de não haver previsão explícita em nenhum dispositivo jurídico sobre o direito ao esquecimento, muitos são os exemplos de que o decurso do tempo deve surtir efeitos sobre fatos pretéritos. Qualquer mecanismo de defesa baseado no transcurso do tempo ou na impossibilidade de utilização da informação são formas de aplicação do direito ao esquecimento.

São exemplos: a prescrição, a decadência, a anistia, a irretroatividade da lei, o respeito ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e a coisa julgada. O conceito de Fernando Capez para a anistia exprime bem essa ideia: “a lei penal de efeito retroativo que retira as consequências de alguns crimes já praticados, promovendo o esquecimento jurídico, retirando todos os efeitos penais, principais e secundários, mas não os extrapenais”¹³

Outro exemplo interessante é a reabilitação, prevista no art. 94 do Código de Processo Penal e o art. 202 da Lei 7.210/84 (Lei de Execuções Penais):

Art. 93 - A reabilitação alcança quaisquer penas aplicadas em sentença definitiva, assegurando ao condenado o sigilo dos registros sobre o seu processo e condenação.

Art. 94 - A reabilitação poderá ser requerida, decorridos 2 (dois) anos do dia em que for extinta, de qualquer modo, a pena ou terminar sua execução, computando-se o período de prova da suspensão e o do livramento condicional, se não sobrevier revogação, [...].¹⁴

Art. 202. Cumprida ou extinta a pena, não constarão da folha corrida, atestados ou certidões fornecidas por autoridade policial ou por auxiliares da Justiça, qualquer notícia ou referência à condenação, salvo para instruir processo pela prática de nova infração penal ou outros casos expressos em lei.¹⁵

Pode-se observar que o objetivo da reabilitação é permitir o cancelamento da condenação, já o do art. 202 da LEP é garantir o sigilo sobre os registros criminais do processo e da condenação. Fica claro que em ambos os casos, o objetivo é impedir que o acesso a registros criminais seja usado para fins ilegítimos, onde se caracterizará a violação aos direitos da personalidade do indivíduo.

¹³ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal 1**. São Paulo: Saraiva, 2012, pp.596/597.

¹⁴ BRASIL, Presidência da República. Casa Civil. Decreto-Lei No 2.848, De 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 16 out. 2016.

¹⁵BRASIL, Presidência da República. Casa Civil. Lei Nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Lei de Execuções Penais**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em 16 out. 2016.

No direito civil também há exemplo de aplicação do direito ao esquecimento, no art. 43, §5º do Código de Defesa do Consumidor, vejamos:

Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes.

§ 5º Consumada a prescrição relativa à cobrança de débitos do consumidor, não serão fornecidas, pelos respectivos Sistemas de Proteção ao Crédito, quaisquer informações que possam impedir ou dificultar novo acesso ao crédito junto aos fornecedores¹⁶

Mais uma vez está explícito o objetivo de não prejudicar alguém em razão de um dia já ter tido qualquer problema com cobrança de débitos.

Isso se dá pela razão trazida por Stefano Rodotà: “apresenta-se como direito de governar a própria memória, para devolver a cada um a possibilidade de se reinventar, de construir personalidade e identidade, libertando-se da tirania das jaulas em que a memória onipresente e total pretende aprisionar tudo”.¹⁷

Resumidamente, considerando as características do direito ao esquecimento, pode-se dizer que se trata da tutela dos direitos da personalidade no que se refere ao passado. É a possibilidade de um indivíduo não ser prejudicado por atos ou fatos passados que não tenham legítimo interesse público. É a proteção da vida pretérita, de forma a fazer com que o passado permaneça no passado. “O direito ao esquecimento é um direito fundamental que seu titular tem de se resguardar daquilo que não deseja rememorar”¹⁸. É, portanto, um direito cuja esfera de proteção tem por objetivo a memória individual no que concerne à paz espiritual do indivíduo, aspecto fundamental da dignidade da pessoa humana.

4 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E INFORMAÇÃO

A liberdade de expressão é um dos mais importantes direitos fundamentais já conquistados pelo homem. Está prevista no art. 5º, IV da Constituição: “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”¹⁹. Também há previsão no

¹⁶ BRASIL, Presidência da República. Casa Civil. Lei Nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em 16 out. 2016.

¹⁷ RODOTÀ, Stefano. **Dai ricordi ai dattil’oblio à undiritto? La Repubblica**. Tradução Livre: “si presenta come diritto a governare la propria memoria, per restituire a ciascuno la possibilità di reinventarsi, di costruire personalità e identità affrancandosi dalla tirannia di gabbie nelle quali una memoria onnipresente e totale vuole rinchiudere tutti”. Disponível em <http://ricerca.repubblica.it/repubblica/archivio/repubblica/2012/01/30/dai-ricordi-ai-dati-oblio-un.html?refresh_ce>. Acesso em 16 out. 2016.

¹⁸ MARTINEZ, Pablo Rodriguez. **Direito ao esquecimento**: A proteção da memória individual na sociedade da informação. Rio de Janeiro: Lúmen Júris 2014, p.80.

¹⁹ BRASIL, Presidência da República. Casa Civil. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 16 out. 2016.

inciso XIV do mesmo artigo, que diz que “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte quando necessário ao exercício profissional”²⁰, além do art. 220, que dispõe: “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou vínculo, não sofrerão qualquer restrição, observando o disposto nesta Constituição”. Por fim, nos parágrafos 1º e 2º, do art. 220, temos:

Art. 220

§1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.²¹

Como é possível concluir, o direito à liberdade de expressão está diretamente ligado à vedação à censura e também à responsabilização (vedação ao anonimato) a opiniões que possam gerar dano a outrem, a fim de que não se cometa excessos que atinjam outros direitos fundamentais alheios, como é o caso da honra, da imagem e da privacidade. Existem diversas formas de exercer o direito à liberdade de expressão, qualquer expressão de pensamentos, ideias e informações caracterizam esse exercício.

Desta forma, ensina Gilmar Mendes:

A garantia da liberdade de expressão tutela, ao menos enquanto não houver colisão com outros direitos fundamentais e com outros valores constitucionalmente estabelecidos, toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer assunto ou sobre qualquer pessoa, envolvendo tema de interesse público, ou não, de importância e de valor, ou não [...].²²

Este entendimento vem da ideia de que não é o Estado que deve decidir que tipo de opinião deve ser aceita como válida ou aceitável, mas sim o interlocutor da mensagem que se passa através dos meios de comunicação apresentados acima. Sendo assim, resta caracterizado o caráter defensivo do direito à liberdade de expressão na medida em que impede que o Estado interfira sobre a esfera de liberdade de um indivíduo.

A proibição da censura tem por objetivo impedir que ideias e fatos que se pretende divulgar tenham que passar, antes, pela aprovação do Estado, o que não significa, como já demonstrado, que o agente não deva assumir a responsabilidade sobre os fatos ou ideias que expressou.

É importante frisar também que a liberdade de expressão não significa uma

²⁰ BRASIL, Presidência da República. Casa Civil. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 16 out. 2016.

²¹ Idem.

²² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p.257.

obrigação de se expressar, pois também reside na faculdade de não se manifestar ou de não se informar sobre determinado assunto.

A liberdade de expressão, por se tratar de uma abstenção do Estado, em regra, será exercida contra o poder público, por pessoa física ou jurídica, podendo também ser exercida em contextos privados.

No que tange aos meios de comunicação, como jornais e revistas, a liberdade de expressão pode gerar um problema quando se trata da concentração da propriedade dos meios de comunicação. Torna-se temeroso que grupos que se mostrem contrários à livre difusão de ideias se formem e tentem manipular a informação que é fornecida à população. Isso caracterizaria um grave dano ao direito de ser informado.

Por outro lado, quando se trata de outros meios de comunicação, outras dúvidas podem surgir. No caso de manifestações públicas a favor da descriminalização da maconha, por exemplo, o STF²³ entendeu que se trata de uma forma de exercer a liberdade de expressão por meio do direito de reunião. Dessa forma não poderia ser proibida, nem confundida com o crime de apologia do uso indevido de drogas.

É interessante analisar também o fenômeno oposto, que é o caso da internet. Isso porque, com o advento da internet, há uma descentralização dos meios de comunicação de forma que qualquer pessoa pode disponibilizar informação por meio de suas redes sociais, *blogse* afins. Pessoas famosas possuem muitos “seguidores”, de forma que qualquer coisa que divulguem na internet através de suas redes sociais atinge um grande número de pessoas. Esta situação demonstra mais um aspecto de destaque no que se refere ao papel da internet nos dias de hoje.

Apesar das razões apresentadas, assim como qualquer outro direito fundamental, a liberdade de expressão não é um direito absoluto; logo, também encontra seus limites em diversos contextos sociais. Isso ocorre principalmente quando colide com outro direito constitucional fundamental. Por ambos possuírem o mesmo *status* constitucional, faz-se necessária a ponderação para dirimir o conflito, como no caso do embate com o direito ao esquecimento.

Existem outros exemplos, como no caso da vedação ao anonimato, a fim de “assegurar o direito de resposta e a indenização por danos morais e patrimoniais em qualquer outra ofensa à imagem, e para preservar a intimidade, a vida privada, a honra e

²³ Os casos em que se discutiu a constitucionalidade das chamadas “marchas da maconha” foram julgados em 15/06/2011 e em 23/11/2011, quando foram apreciadas, respectivamente, a ADPF 187, Rel. Min. Celso de Mello, e a ADI 4.274, Rel. Min. Ayres Britto. Alguns ministros observaram que a decisão não significava que qualquer manifestação pública de ideias e reivindicações estaria, automaticamente, liberada. De fato, uma consequência dessa ordem entraria em contradição com a própria jurisprudência da Corte, que já considerou ilegítimo, por exemplo, o “discurso de ódio” (HC 82.424, DJ de 19-3-2004, Rel. para o acórdão Min. Maurício Corrêa). Nos precedentes, também foi assinalado que a liberdade de expressão não justificaria o uso da droga durante as manifestações.

a imagem, e para que se assegure a todos o direito de acesso à informação”²⁴. Além deste, a Constituição também impõe para programas de rádio e televisão “o respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família” (art.220, §3º, II), o que demonstra o objetivo de proteger estes valores e impedir que a liberdade de expressão sirva de pretexto para violá-los.

No que tange ao âmbito familiar, é necessário destacar a proteção à criança e ao adolescente à luz da Constituição. Isso porque a Carta Magna de 1988 traz a expressão “absoluta prioridade”, o que indica que aí surgirá mais um limite à liberdade de expressão.

Isso ocorrerá sempre que for necessário balancear os interesses da liberdade de informação e o valor da dignidade do jovem e o dever de protegê-lo. Nestes casos, o que prevalecerá sempre será a dignidade do jovem, como podemos compreender do trecho extraído da obra de Gilmar Mendes:

A liberdade de expressão, portanto, poderá sofrer recuo quando o seu conteúdo puser em risco uma educação democrática, livre de ódios preconceituosos e fundada no superior valor intrínseco de todo ser humano. A liberdade de expressão, num contexto que estimule a violência e exponha a juventude à exploração de toda sorte, inclusive a comercial, tende a ceder ao valor *prima facie* prioritário da infância e da adolescência.²⁵

Outra questão interessante a ser tratada no âmbito da liberdade de expressão é a abrangência das informações no que as classifica entre verdadeiras ou falsas. A dúvida pode surgir a partir do questionamento sobre quais informações estariam protegidas pela liberdade de expressão: se ambas, ou se somente as informações verdadeiras.

No primeiro momento, se analisarmos a função social da liberdade de expressão e informação, nos depararemos com o objetivo de atender ao direito de ser informado; logo, concluiríamos que informações falsas não seriam abrangidas. Isso porque, para que um cidadão possa formar sua opinião, faz-se necessário que ele seja informado plenamente sobre os acontecimentos ao seu redor.

Porém, como já abordado anteriormente, existe responsabilização para quem divulgue opinião ou informação falsa, sendo a hipótese da verdade fator que tem o condão de excluir a responsabilidade do agente. Desta forma, apesar de a informação verdadeira ser o objeto de proteção da liberdade de expressão, não é possível deduzir que só a verdade da notícia seja suficiente para legitimá-la em qualquer circunstância. Até porque, existe a possibilidade de uma informação ser noticiada, e sua falta de veracidade ser verificada depois, caso em que não seria caracterizada a má-fé do agente.

Resta claro que um direito tão importante não poderia ser absoluto, o que poderia

²⁴MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 261.

²⁵Obra citada, p.262.

gerar ofensas a outros direitos da personalidade, além de perder o sentido da sua função social.

É importante destacar que todos os direitos constitucionais fundamentais encontram limites que devem ser respeitados, ainda que em face de outros direitos de mesmo *status* constitucional. É dever do juiz, sempre a partir de cuidadosa análise do caso concreto, determinar qual deles vai prevalecer e, assim, julgar de acordo com o que tenha maior peso.

5 O CONFLITO ENTRE O DIREITO AO ESQUECIMENTO E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E INFORMAÇÃO

Como foi possível esclarecer nos capítulos anteriores, mesmo que sem menção expressa, o direito ao esquecimento já está previsto no ordenamento jurídico nacional. Também foram destacadas as características principais e alguns aspectos relevantes do direito à liberdade de informação e expressão.

Para demonstrar a importância do direito ao esquecimento como mecanismo de proteção da liberdade e da memória individual, far-se-á no presente capítulo a análise de alguns casos em que a jurisprudência se deparou com o referido embate. O que nos mostra que é possível obter maior segurança e efetividade na aplicação do direito ao esquecimento. Reconhecer a possibilidade de violação de direitos fundamentais é essencial para que se possa buscar soluções e mecanismos de proteção ao indivíduo.²⁶

É o caso das novas tecnologias e da internet. Daí surgem novas formas de violação aos direitos da personalidade. Como destaca Anderson Schreiber:

Se os meios tradicionais de comunicação já possuíam características que dificultavam a aplicação efetiva dos remédios jurídicos, tal dificuldade tem se intensificado imensamente com a internet. A celeridade na difusão de imagens e notícias, a frequente impossibilidade de identificação do autor da ofensa (muitas vezes, um usuário anônimo, que se vale de um computador de acesso público ou não rastreável) e o imenso esforço necessário para se retirar da rede uma notícia falsa ou de conteúdo ofensivo são alguns dos obstáculos que vêm sendo enfrentados pelos tribunais neste campo.²⁷

Mas como decidir, entre os dois direitos em questão, qual deles deverá prevalecer? Teria algum dos dois uma supremacia *prima facie*? É por meio da ponderação que o julgador verificará, com base no caso concreto e no contexto probatório, o grau de

²⁶MARTINEZ, Pablo Rodriguez. **Direito ao esquecimento**. A proteção da memória individual na sociedade da informação. Rio de Janeiro: Lúmen Júris 2014, p.152.

²⁷SCHREIBER, Anderson. **Direito e mídia**. cit., p.13.

sofrimento a cada um destes direitos, sempre com o objetivo de garantir que ambos sejam protegidos. Portanto, a ponderação somente poderá ser feita sob a análise de um caso concreto.

Segundo Ana Paula de Barcellos:

A ponderação (também chamada, por influência da doutrina norte-americana, de *balancing*) será entendida neste estudo como a técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais.²⁸

Em sua obra, Ana Paula de Barcellos apresenta três etapas para ponderar. A primeira delas é a identificação clara dos dois dispositivos normativos que estão em conflito. A segunda é a identificação dos fatos relevantes do caso concreto.

Cabe nesta etapa apurar os aspectos de fato relevantes e sua repercussão sobre diferentes soluções indicadas pelos grupos formados na etapa anterior. Assim, o exame dos fatos e os reflexos sobre eles das normas identificadas na primeira fase poderão apontar com maior clareza o papel de cada uma delas e a extensão de sua influência. Acrescenta a autora: “a ponderação depende substancialmente do caso concreto e de suas particularidades, daí a necessidade de examinar as circunstâncias concretas do caso e suas repercussões sobre os elementos normativos”²⁹.

A última etapa, a da decisão, consiste em apurar os pesos que devem ser atribuídos a cada elemento da disputa e, assim, o julgador poderá decidir qual dos dois direitos deve prevalecer.

Um caso de grande repercussão por se tratar de um triste evento da história da cidade do Rio de Janeiro foi o caso que ficou conhecido como “Chacina da Candelária”. Em 1993, houve um homicídio em massa de várias crianças e adolescentes em situação de rua, em frente à Igreja da Candelária, no centro do Rio de Janeiro. Policiais foram acusados de cometer os homicídios. Uma pessoa (que não será identificada nesta pesquisa) foi absolvida ao final do processo que investigou o crime. Porém, treze anos após o evento, o programa “Linha Direta” da TV Globo apresentou uma retrospectiva especial dos fatos, destacando todos os investigados e, ao final, especificando quais haviam sido condenados e quais haviam sido absolvidos.

Porém, esta pessoa havia sido procurada pela TV Globo e não tinha autorizado a realização da entrevista, pois não tinha interesse em lembrar os fatos que a reportagem pretendia tratar. Ajuizou então uma ação a fim de reparar os danos morais sofridos com a veiculação da sua imagem. Alegou que a matéria pretendia levar ao público uma situação que já havia sido superada e que a matéria jornalística havia reacendido a

²⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.94.

²⁹ Idem 27, p. 116.

imagem de chacinador, trazendo de volta o ódio das pessoas e ferindo seu direito de ter paz no seu anonimato. Não só o dele como também o de sua família.

A ré pugnou pelo seu direito de informar e destacou que o programa identificou o autor como absolvido.

Na primeira instância, o pedido foi julgado improcedente, sendo reformado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que condenou a ré a pagar uma indenização por danos morais de R\$50.000,00. A decisão, porém, não foi unânime, o que gerou a interposição de embargos infringentes que acabaram por confirmar a condenação, levando à interposição de um Recurso Especial para o STJ.

O entendimento do STJ³⁰ é de que o réu, independentemente de ter sido condenado ou absolvido pela prática de um crime, tem o direito de ser esquecido, especialmente se tiver sido absolvido. Isso porque o art. 748 do CPP garante aos condenados que já cumpriram pena o direito ao sigilo da folha de antecedentes criminais e a sua exclusão dos registros de condenação no instituto de identificação. Nesse caso o réu que foi absolvido deve ter seu direito de não ser lembrado ainda mais latente, pois aqueles que foram absolvidos não podem permanecer com o estigma.

Neste caso, o STJ entendeu pela aplicação do direito ao esquecimento, destacando que deveriam ter sido preservados o nome e a imagem do autor, independentemente da veracidade da informação, em razão do transcurso do tempo e da violação à dignidade da pessoa humana.

Outro caso que teve grande destaque nacional foi o caso Aída Curi³¹, também retratado pelo programa “Linha Direta – Justiça”. O programa retratou o caso da jovem que foi assassinada nos anos 1950 no Rio de Janeiro. Os irmãos da vítima ajuizaram uma ação para a reparação por danos morais, alegando que o tempo se encarregou de promover o esquecimento do fato, porém a ré o trouxe de volta à memória da família, rememorando todo o sofrimento por ela enfrentado, sem autorização e com fim meramente comercial e econômico.

Este caso é diferente do anterior, pois traz a hipótese de aplicação do direito ao esquecimento na esfera cível. O que se objetiva é a indenização por danos morais tendo em vista a rememoração de um evento trágico para a família da vítima, e não o esquecimento de uma condenação criminal. Casos assim ainda não haviam sido julgados, diferentemente da hipótese da esfera criminal, em que o direito ao esquecimento já tem sua aplicação mais solidificada.

O pedido foi julgado improcedente na primeira instância e foi mantido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Foi interposto Recurso Especial que julgou, por

³⁰ BRASIL, STJ, Resp nº 1.334.097- RJ, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, 4ª T., julg. 10/09/2013.

³¹ BRASIL, STJ, Resp nº 1.335.153-RJ, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, 4ª T., julg. 28/05//2013.

maioria de votos, improcedente o recurso por entender que deveria prevalecer a liberdade de imprensa, uma vez que a matéria narrava fatos verídicos, não trazia nenhuma ofensa à memória da vítima e tinha repercussão nacional. Trecho do voto do Rel. Min. Luis Felipe Salomão:

Com efeito, o direito ao esquecimento que ora se reconhece para todos, ofensor e ofendido, não alcança o caso dos autos, em que se reviveu, décadas depois do crime, acontecimento que entrou para o domínio público, de modo que se tornaria impraticável a atividade da imprensa para o desiderato de retratar o caso Aída Curi, sem Aída Curi. É evidente e possível, caso a caso, a ponderação acerca de como o crime se tornou histórico, podendo o julgador reconhecer que, desde sempre, o que houve foi uma exacerbada explicação midiática, e permitir novamente essa exploração significaria conformar-se com um segundo abuso só porque o primeiro já ocorrera. Porém, no caso em exame, não ficou reconhecida essa artificiosidade ou o abuso antecedente na cobertura do crime, inserindo-se, portanto, nas exceções decorrentes da ampla publicidade a que podem se sujeitar alguns delitos³²

Outro caso de grande destaque na mídia foi o caso “Xuxa vs Google” em que Xuxa Meneghel ajuizou uma ação contra o *site* de buscas Google pedindo que o *site* não mostrasse qualquer *link* de *sites* que a relacionassem com as palavras “pornografia” e “pedofilia”. Em 1979, Xuxa contracenou com um menino de 12 anos em um filme erótico, mas o STJ³³ entendeu que os *sites* de busca não podem ser obrigados a limitar resultados, já que são apenas um meio de acesso ao conteúdo e não os responsáveis pela publicação.

Apesar de se distanciar um pouco do direito ao esquecimento em si, o pleito de Xuxa não deixa de ser uma forma de tentar fazer com que seu passado não seja rememorado de maneira a prejudicar sua imagem no presente. A apresentadora, que depois veio a trabalhar a maior parte de sua carreira com crianças, não quis que seu nome fosse associado à pornografia nem à pedofilia, o que certamente prejudicaria sua imagem e sua honra diante de seus milhares de fãs. Porém, nesse caso, além de não ser possível responsabilizar o *site* de pesquisa pela disponibilização do conteúdo, é necessário destacar o fato de que se trata de obra fictícia pela qual Xuxa, em algum momento, permitiu e teve lucro com a sua divulgação. Logo, não há que se falar em dano à honra, pois cada espectador pode formar sua própria opinião sobre determinado conteúdo, não sendo de responsabilidade do site de pesquisa essa opinião.

Foi seguindo este mesmo raciocínio que a Juíza Flávia Viveiros de Castro indeferiu a medida liminar da ação cautelar promovida por policiais militares integrantes do BOPE contra o lançamento do filme “Tropa de Elite”, de José Padilha. Antes da sua estreia no

³² BRASIL, STJ, Resp nº 1.335.153-RJ, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, 4ª T., julg. 28/05/2013.

³³ BRASIL, STJ, Resp nº 1.316.921 – RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., julg. 26/06/2012.

cinema, cópias “piratas” do filme vazaram, de forma que o vazamento chegou a ser objeto de pesquisa do Ibope, que estimou em mais de 11 milhões de brasileiros o número de pessoas que já tinham assistido à obra.

Os policiais pretendiam pedir a suspensão da exibição e comercialização do filme, pois argumentaram que a obra violava sua honra e dignidade, trazendo risco à sua integridade física.

A Juíza, em sua decisão, destacou o caráter ficcional do filme:

Recorde-se que se trata de peça de ficção, por mais que no início apareça referências de que a mesma estaria baseada em relatos verídicos. No entanto, os fatos, ao se traduzirem em palavras, recebem sempre uma versão. Será fidedigna? Será falaciosa? Cada espectador que julgue por si. Certamente a prática profissional dos autores, se incongruente com o que o filme retrata, demonstrará que ele não passa de peça de (má) ficção. Caso contrário, estar-se-á presente a uma dramatização contundente da realidade.³⁴

O entendimento da juíza se baseia na ideia de que a obra ficcional destina-se a ser interpretada pela visão de seu autor, diferentemente do caso de reportagens e matérias jornalísticas, que tem o fim de informar sobre os acontecimentos da cidade, do estado ou do país.

No campo da ficção, o direito à honra não pode ser invocado como instrumento de seleção das obras que vêm a público, mas é claro que ninguém pode, a pretexto de fazer ficção, humilhar uma pessoa real, caso em que se descaracterizaria a natureza ficcional da obra. A violação da honra não pode ser invocada como instrumento de censura, como já mencionado no capítulo 2.

É necessário observar também, retornando ao caso “Xuxa Meneghel”, a grande repercussão que qualquer informação pode ter na internet. Em abril de 2014 entrou em vigor a Lei nº 12.965 que ficou conhecida como “Marco Civil da Internet”. Nela, foram estabelecidos princípios, garantias, direitos e deveres para tutelar o uso da internet no Brasil. Esta lei é importante no presente estudo, pois é no âmbito da internet que ocorrem mais casos que abrangem o direito ao esquecimento, pelos motivos já listados anteriormente (rapidez e dinamicidade da circulação de informações).

A criação desta lei também faz com que nos atentemos ao fato de que a dinâmica da transmissão de informação está em transição, sempre crescendo, o que nos leva a crer que mais cedo ou mais tarde o direito ao esquecimento não será mais um direito “subentendido”,

³⁴ TJRJ, 1ª Vara Cível, Processo 2007.001.146746-3, 12/09/2007.

6 A PONDERAÇÃO E OS CRITÉRIOS PARA SOLUCIONAR O CONFLITO

Como amplamente demonstrado, o direito ao esquecimento e o direito à liberdade de expressão e informação se chocam de maneira contundente e é claro que um deles irá prevalecer, em cada caso concreto. Porém, não é possível saber qual deles sairá vencedor antes da análise de alguns critérios de ponderação.

A ponderação será necessária toda vez que houver conflito entre duas normas de igual *status* constitucional, não só apenas no caso do direito ao esquecimento e à liberdade de expressão.

A ponderação consiste em sopesar, em cada caso concreto, o grau de sacrifício do interesse que esteja sendo lesado e o grau do interesse lesivo, para verificar se, naquelas condições concretas, o grau do interesse lesivo justifica o grau de afetação do interesse lesado.

Para isso, a doutrina busca parâmetros objetivos que possam auxiliar o Poder Judiciário no exercício da ponderação. Esses parâmetros não são apenas necessários para dar segurança às decisões, mas também para garantir uniformidade a elas.

Anderson Schreiber, em sua obra “Direitos da Personalidade”, apresenta-nos alguns dos critérios usados na proteção da imagem:

Em termos gerais, podem-se indicar os seguintes parâmetros para aferir o grau de realização do exercício da liberdade de informação por meio da veiculação da imagem: (i) o grau de utilidade para o público do fato informado por meio da imagem; (ii) o grau de atualidade da imagem; (iii) o grau de necessidade da veiculação da imagem para informar o fato; e (iv) o grau de preservação do contexto originário onde a imagem foi colhida. Para aferir a intensidade do sacrifício imposto ao direito de imagem, cumpre verificar: (i) o grau de consciência do retratado em relação à possibilidade de captação da sua imagem no contexto onde foi extraída; (ii) o grau de identificação do retratado na imagem veiculada; (iii) a amplitude da exposição do retratado; e (iv) a natureza e o grau de repercussão do meio pelo qual se dá a divulgação da imagem.³⁵

³⁵“Tome-se como primeiro exemplo a situação da emissora de televisão que pretende veicular, em cadeia nacional, a imagem de uma atriz captada a distância, por cinegrafista situado em prédio vizinho, enquanto ela discutia asperamente com o namorado em um quarto de hotel. A intensidade da realização da liberdade de informação, nessa hipótese, é diminuta diante da reduzida utilidade do fato para o público e do elevado risco de não se reproduzir com fidelidade o contexto originário de onde a imagem foi extraída. De outro lado, há intenso sacrifício ao direito de imagem, representado pelo caráter inesperado e clandestino da captação, pela precisa identificação da pessoa retratada, pela elevada exposição da sua intimidade, pelo amplo espectro alcançado pelo meio de veiculação. Prevalece o direito à imagem. O resultado seria, todavia, oposto se a mesma emissora decidisse veicular, em cadeia nacional, a imagem da mesma atriz, captada pelo mesmo cinegrafista, do mesmo prédio vizinho, enquanto da janela do seu apartamento acenasse para uma multidão de fãs que acompanhasse da rua a sua recuperação de uma doença grave. Aqui, a utilidade da informação para o público é mais elevada que na hipótese anterior e a exposição da retratada é mais reduzida, além de se revelar bem maior o seu grau de consciência em relação à possibilidade de captação da sua imagem no gesto dirigido ao público. Altera-se a equação e o direito à imagem cede

Quando se trata especificamente sobre direito ao esquecimento, os critérios atuais utilizados na ponderação são outros. Atualmente os critérios usados são os de “pessoa pública”, “local público”, “fato criminoso” e “evento histórico”. Porém estes critérios inviabilizam a implementação do direito ao esquecimento. Isso porque acabam por conferir maior força e aplicabilidade à liberdade de expressão e informação e deixando de lado a preservação da dignidade da pessoa humana.

Em razão disso, novos critérios surgiram³⁶. Justamente pelo fato de o direito ao esquecimento não ter expressa disposição em lei, por muitas vezes acaba cedendo em razão do interesse da coletividade. Porém é necessário que se utilizem critérios que funcionem como filtros que, se superados, dariam legitimidade à disponibilização da informação.

Neste ponto, é importante retornar à questão que envolve os limites de cada direito; isso porque “a ideia de que existam limites ou restrições a um direito carrega em si um problema essencial, que consiste na determinação do significado desses limites”³⁷.

Tendo o direito ao esquecimento encontrado seu objeto de proteção, qual seja, a memória individual, é possível visualizar o nascimento de um novo direito da personalidade, que deve ser aplicado independentemente de ainda não possuir parâmetros delimitativos claros na doutrina, razão pela qual traremos as sugestões apresentadas por Pablo Dominguez Martinez.

O domínio público é o primeiro parâmetro que se deve analisar no caso concreto. Para que a informação rememorada seja considerada lícita, é necessário que ela tenha atingido o domínio público e, é claro, ela deve ter tido divulgação prévia. Caso contrário, a informação estaria amplamente protegida pelo direito ao esquecimento, pois, se não houve interesse na divulgação do fato no momento em que ocorreu, menos ainda haverá interesse em recordá-lo. Sendo assim, caso o fato pretérito nunca tenha sido de domínio público, encerra-se a ponderação e prevalecerá o direito ao esquecimento, impedindo a exposição da informação. É importante também destacar que o contexto original da informação pretérita que se pretende divulgar deve ser preservado de forma a evitar distorção dos fatos para garantir a veracidade da informação.

Caso o fato pretérito já seja de domínio público, inicia-se a análise do próximo critério: utilidade da informação.

É necessário que a informação constitua elemento de efetivo interesse público, que

passagem à liberdade de informação.” SCHREIBER, Anderson. Direitos da Personalidade. **Direitos da Personalidade**. 3.ed. São Paulo: Atlas 2014, p.116.

³⁶Os critérios que serão apresentados nesta pesquisa são do autor Pablo Domingues Martinez, no livro **“Direito ao esquecimento: A Proteção da Memória Individual na Sociedade da Informação.”**

³⁷SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2009, p. 391.

deve ter utilidade real para o que pretende divulgar. Muito se discute acerca deste assunto quando se trata da proteção a informações sobre a vida de pessoas famosas.

É claro que, em razão de suas profissões, músicos, atores, atletas e políticos têm fatos sobre sua vida mais expostos do que pessoas anônimas. Mas isso não quer dizer que essa exposição natural decorrente das atividades que praticam justifique que sua vida privada possa ser invadida a ponto de adentrar fatos que não tenham nenhum interesse coletivo ou utilidade pública.

Essa proteção logicamente também se opera no âmbito da memória individual, objeto de proteção do direito ao esquecimento. Pois não são só fatos atuais que podem ter essa proteção, mas fatos pretéritos também.

Assim, as informações e dados que tenham relevância e ligação direta com a lembrança pessoal são protegidos e caracterizados como pertencentes ao aspecto privado e interno do indivíduo.³⁸

Pode surgir uma dúvida neste contexto no que se refere à censura. É importante destacar que o direito ao esquecimento, quando impede a divulgação de um fato pretérito, não visa de forma alguma funcionar como mecanismo de censura. Trata-se apenas de restringir o uso indevido de informação que não possua utilidade nem interesse público. É por esta razão que, quando o interesse na informação for justificado, a divulgação será permitida e legítima.

Assim, ensina Martinez:

Não se pode perde de vista que a regra é o direito à informação atual, desde que haja evidente interesse coletivo. Ocorre que a ação do tempo transforma a notícia atual em pretérita, e sua importância sofre erosão de sua força e necessidade, podendo tornar a notícia desinteressante sob o prisma do interesse público. Assim o direito ao esquecimento ganha força, protegendo-se a memória individual.³⁹

Alguns exemplos de assuntos que possam ser dotados de utilidade pública podem ser destacados, como casos que envolvam segurança pública, saúde, dados fiscais ou criminais.

Vistos estes critérios, ainda resta mais um a ser analisado. Para que a informação possa ser rememorada, não basta analisar somente o domínio público e a utilidade da informação, também é necessário analisar a atualidade da informação.

Neste sentido, retoma-se o conceito de que as informações têm um “prazo de validade” para ser acessadas, como a exemplo do direito penal no que diz respeito ao

³⁸ MARTINEZ, Pablo Rodriguez. **Direito ao esquecimento**. A proteção da memória individual na sociedade da informação. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris 2014, p.182.

³⁹ MARTINEZ, Pablo Rodriguez. **Direito ao esquecimento**. A proteção da memória individual na sociedade da informação. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris 2014, p.186.

instituto da reabilitação, e no próprio direito civil, como já mencionado, sobre registros de inadimplência.

Este é o âmbito de eficácia do direito ao esquecimento, pois não se pode admitir que as informações pretéritas permaneçam disponíveis, a qualquer tempo e de forma ilimitada, sem a observância de parâmetros mínimos de proteção da memória individual.

7 CONCLUSÃO

As modificações tecnológicas geraram um grande avanço no modo de vida da civilização moderna, facilitaram os meios de comunicação, o seu armazenamento, bem como aumentaram a velocidade da transferência de dados, o que transformou a Internet em elemento essencial para pesquisas, estudos e lazer.

A despeito das inúmeras vantagens, o ilimitado armazenamento de dados gerou para o indivíduo uma insegurança muito grande, uma vez que possibilitou que informações pretéritas, esquecidas pela sociedade e sem qualquer utilidade pública, fossem rememoradas e atingissem a memória individual do indivíduo.

Desta forma, no presente trabalho estudamos os direitos da personalidade, que em razão de não serem taxativos, podem surgir na medida em que o tempo passa e o ser humano se modifica.

Nesse sentido, restou demonstrado que o direito ao esquecimento nasceu como um direito da personalidade autônomo, que possui bem jurídico próprio, uma vez que seu objetivo jurídico de proteção é completamente diferente dos demais direitos da personalidade.

Observou-se que o direito ao esquecimento se caracteriza como um direito de defesa, por meio do qual o indivíduo pode negar acesso a sua informação pessoal e se opor à sua divulgação, em razão do decurso do tempo e da falta de interesse público.

Tendo em vista que não existem direitos absolutos, o direito ao esquecimento pode ser mitigado desde que haja relevância pública e atualidade na informação, em virtude de interesse público, que, nesses casos, se sobrepõe ao interesse privado.

Além disso, a pesquisa ressaltou que apesar de não ser caracterizado formalmente como um direito da personalidade, o direito ao esquecimento conta com previsão no ordenamento jurídico brasileiro, haja vista os institutos da reabilitação e a limitação da utilização de informações cadastrais negativas e restritivas de crédito previstas no CDC.

Com o fito de analisar as aplicações práticas do direito ao esquecimento na jurisprudência, destacaram-se os casos célebres que envolveram a proteção da memória individual, nos quais ora o direito ao esquecimento prevalecia, como no caso que ficou conhecido como a “Chacina da Candelária”, ora a liberdade de expressão e informação

se sobrepunha, consoante decisão que julgou os casos da “Aída Curi”, “Xuxa vs Google Search” e o caso “Tropa de Elite”.

Nesse sentido, passou-se ao exame da técnica da ponderação como mecanismo de solução do confronto entre a liberdade de expressão e informação e a proteção da memória individual, por meio da qual se verificou no caso concreto o grau de realização e de sofrimento de cada princípio, para se retirar a máxima efetividade de cada um deles.

A partir da análise da referida técnica de solução, observou-se que os critérios atualmente utilizados pela doutrina e pela jurisprudência (pessoa pública; local público; fato criminoso e fato histórico) são insuficientes e incompletos para solucionar o choque entre os princípios em questão, o que levou o estudo a destacar novos critérios, que foram adaptados para servir de balizas, de maneira organizada e condicionante.

Com efeito, a doutrina destaca cinco novos critérios: domínio público; preservação do contexto original da informação pretérita; preservação dos direitos da personalidade na rememoração; utilidade na informação e atualidade da informação.

O julgador, por meio dos novos parâmetros, teria um caminho mais fácil para analisar o caso concreto, no qual cada etapa superada significaria a provável prevalência do direito de expressão e informação e, por outro lado, se os cinco critérios não fossem superados, seria priorizada a proteção da memória individual.

Em suma, a pesquisa analisou o caráter autônomo do direito ao esquecimento, sua aplicação e sua proteção jurídica (memória individual), objetivou estudar as novas balizas que poderiam ser utilizadas pelos julgadores nos casos concretos em que esteja presente o direito ao esquecimento, uma vez que a memória individual é fundamental e merece ser tratada de forma diferenciada.

Portanto, conclui-se que o método moderno de solução de conflitos entre normas constitucionais possui critérios insuficientes para resolver o choque entre os direitos em questão, razão pela qual o conflito entre a liberdade de expressão e o direito ao esquecimento merece ser avaliado sob a ótica dos novos critérios, que permitem um exame mais prático, direto e que leva em consideração a proteção específica do direito ao esquecimento.

8 REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal 1**. São Paulo: Saraiva 2012

CHEHAB, Gustavo Carvalho. **O direito ao esquecimento na sociedade da informação.**

Disponível em: Revista dos Tribunais. Vol. 952/2015. p. 85 – 119. Fev/2015

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 1996

MARTINEZ, Pablo Dominguez. **Direito ao Esquecimento: a proteção da Memória individual na sociedade da informação.** Rio de Janeiro: LúmenJúris 2014

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10.ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2009.

SCHEIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014

SCHREIBER, Anderson. **Direito e mídia.** 1. ed. São Paulo: Atlas, 2013

Disponível em:

<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI245876,21048->

[Google+nao+deve+retirar+resultados+de+busca+relacionados+a](#)

Disponível em:

<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI158370,11049->

[Google+nao+precisa+retirar+de+suas+buscas+imagens+e+videos+de+Xuxa+nua](#)

Disponível em:

<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI208402,21048->

[Google+nao+deve+eliminar+dos+resultados+imagens+e+videos+de+Xuxa+nua](#)

Disponível em:

<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI207237,31047->

[Para+STJ+Google+e+mero+provedor+de+pesquisa+e+servico+nao+inlui](#)

COMENTÁRIOS ÀS HIPÓTESES DE COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA DIRETAMENTE PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988¹,

Tamirys da Costa Onofre

1 INTRODUÇÃO

O instituto da compensação tributária é tema de férteis debates na doutrina e jurisprudência em tempos hodiernos. Trata-se de um instituto que assumiu grande importância para a área jurídica, principalmente no Direito Tributário.

Com a banalização dos precatórios, principalmente com a adoção do lapso temporal extremamente longo, o contribuinte praticamente não se vê satisfeito com a forma prevista para o recebimento do crédito devido pelo Ente Público. É nesse cenário, que a compensação de valores devidos a título de tributo com precatórios ganha sucesso na seara jurídica.

A legislação atual vem trazendo muitas limitações ao contribuinte. Isto, como consequência traz instabilidade à segurança jurídica e morosidade aos processos. Fere princípios basilares do nosso ordenamento jurídico, que visa garantir os direitos positivados aos cidadãos buscando sempre aprimorar as resoluções dos conflitos de maneira mais efetiva.

Hoje, são impostas restrições pelo Ente tributante, de forma a inibir o exercício do direito à compensação de tributos com precatórios. Por vezes, de forma injustificável. Além disso, temos, por vezes, um Judiciário que não tem assegurado devidamente o direito do contribuinte, dando razão às sujeições impostas e, por vezes, impondo novas restrições.

Embora haja algumas pesquisas sobre o tema, tal situação ainda não está de fato resolvida. Assim, ganha relevância o estudo da problemática, tendo em vista o grande

¹ Artigo científico apresentado ao Curso de Graduação em Direito das Faculdades Integradas Hélio Alonso como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. André Brugni Aguiar.

papel do Direito nas relações sociais, normatizando de forma clara e coerente com os princípios norteadores.

Nesse diapasão, o presente trabalho traz explicações acerca da compensação tributária disposta na Constituição Federal, discutindo alguns pontos que geram conflitos quanto ao seu entendimento.

Vale ressaltar que a pesquisa tem um escopo limitado, não possuindo a pretensão de exaurir todas as possíveis hipóteses polêmicas em relação ao tema.

O foco de estudo serão os regimes positivados na Lei Maior, abordando a Constitucionalidade da *compensatio* prevista na Carta Política por iniciativa da Fazenda, assim como a realizada por iniciativa do contribuinte. Quanto à última, transparece: a necessidade de norma que a regulamente. E aborda-se a utilização de precatórios alimentares, a limitação temporal de sua aplicação e a compensação entre Entes Públicos diversos.

O artigo busca analisar e explicar as questões propostas, podendo desta forma ser vista como uma pesquisa explicativa. Tem por método uma pesquisa bibliográfica e documental, onde são utilizadas fontes de autores renomados. Foi embasado também em uma análise da Constituição de 1988, que abarca princípios norteadores do instituto estudado, bem como do Código Tributário Nacional e de legislações esparsas que tratam tema. Investigou-se, outrossim, o posicionamento dos tribunais e outros artigos elaborados acerca do tema.

2 NOÇÕES GERAIS SOBRE OS INSTITUTOS: COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA E PRECATÓRIO

2.1 O Instituto da Compensação Tributária

As origens do milenar instituto da compensação se vinculam ao Princípio da Equidade, segundo o qual seria incongruente que alguém pudesse, sem restrições, sustentar ação para perseguir a satisfação de um crédito contra quem figurasse como seu credor em outra relação jurídica.

No Direito Romano, Modestino já a definira, no livro 16, título II, do *Digesto*: “*Compensatio est debitit et credititi inter se contributio*” - compensar é promover o encontro de contas, no qual credor e devedor saldaram mutuamente suas respectivas dívidas e se liberam reciprocamente de suas respectivas obrigações.

Naqueles remotos idos, todavia, o instituto tinha sua fonte legitimação tratada de maneira dúbia. O fato não escapou à doutrina brasileira, segundo a qual:

(...) não vigia naquele direito pacificidade na maneira de sua atuação. No período clássico especialmente, houve certa timidez no estabelecimento de sua extensão, operando ela como o resultado de uma convenção entre as partes, e não como uma forma de extensão legal. Foi só na época justinianéia que se chegou a encarar a *compensatio* como um meio extintivo da obrigação, independente da vontade dos sujeitos. Foi, porém, o próprio Justiniano quem lhe impôs o mecanismo de operar de pleno direito, completando destarte a evolução romana do instituto.²

Conforme se pode constatar desse fato, há muito existem pelo menos dois prismas sob os quais se pode enxergar a fonte jurídica da *compensatio*: de um lado o que considera tal fonte como **convencional**, e de outro, o que vê a fonte na **lei**.

No Brasil, há muito vige o entendimento lastreado na força legal da compensação. Ainda sob a égide de ordenamento anterior, Pontes de Miranda já considerava a compensação como “um direito formativo extintivo, porque uma vez contraposto ao direito de crédito contra o seu titular extingue automaticamente esse direito”³.

De resto, esse entendimento é haurível dos termos do vigente Código Civil brasileiro, que, em seus artigos 368 e 369, assim dispõe:

Art. 368. Se duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra, as duas obrigações extinguem-se, até onde se compensarem.

Art. 369. A compensação efetua-se entre dívidas líquidas, vencidas e de coisas fungíveis.⁴

Tais dispositivos denotam que a compensação ocorre *ex vis legis*, independentemente de qualquer convenção, prévia ou posterior à coexistência das dívidas recíprocas. E mais: parece denotar que **independe de qualquer norma específica**, bastando a situação de fato de dívida recíproca. A única fonte legal necessária à compensação seria a sua simples previsão como modo de extinção das obrigações, nos supracitados dispositivos do Código Civil.

Nesse diapasão, a compensação nada mais seria do que uma remuneração **automaticamente** contrabalançada, quando o devedor seja concomitantemente credor de seu credor - observando-se, porém, os requisitos de que as dívidas sejam líquidas, vencidas e de coisas fungíveis. Trata-se de mecanismo cuja pretensão seria a de constituir

²PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. 2 v.

³MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsó, 1971. 24 v. 366 p.

⁴BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 10 de maio 2016.

solução justa, objetivando a beneficiar cada parte na medida própria - o que bem pode ser tomado como fundamento axiológico para a prescindibilidade de convenção.

Ressalte-se que, em seu texto original, o Código Civil de 2002 continha disposição expressa prevendo que o mesmo diploma regeria inclusive a aplicação da compensação no âmbito tributário. *In verbis*, o art. 374 do referido código estabelecia que “a matéria da compensação, no que concerne às dívidas fiscais e parafiscais, é regida pelo disposto neste capítulo”⁵.

No entanto, tal dispositivo foi revogado pela Lei nº 10.677, de 22.5.2003.

Apesar de continuar a ser manejado quando há necessidade de fundamentar e esclarecer o instituto, a revogação parece denotar que, a partir de então, o Código Civil deixou de regulamentar a compensação **tributária**, assumindo tal tarefa o Código Tributário Nacional e as legislações esparsas que albergam temas tributários.

Nas normas gerais tributárias atualmente vigentes no Brasil, encontra-se a compensação como uma forma de **extinção** do crédito tributário, conforme disposto no artigo 156, II do CTN.

No mesmo código, o seu artigo 170 estabelece:

Art. 170.

A lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda pública.

Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial.⁶

Nota-se assim que, para a ocorrência do instituto na seara tributária, não é necessária uma convenção, mas não basta a simples previsão legal civilista: é necessária a existência de uma **lei específica** regendo sua aplicação e garantias (a par da situação de fato caracterizada pela coexistência entre um crédito tributário e um crédito contra a Fazenda, com titularidades invertidas). Além disso, à Fazenda foi assegurada explicitamente a vantagem de compensar até suas dívidas vincendas, o que não ocorreu em relação aos devedores de tributos.

Por outro lado, o art. 170-A, introduzido no CTN pela Lei Complementar nº 104/2001, criou uma condição a mais para a compensação tributária: não haver a pretensão de aproveitar crédito tributário objeto de impugnação ajuizada e ainda não

⁵Idem.

⁶BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 10 de maio 2016.

decidida em definitivo. Tal dispositivo tem sido utilizado na jurisprudência para impedir que contribuintes obtenham judicialmente a compensação em ação de repetição de indébito tributário, quando ainda não tenha transitada em julgado a decisão sobre haver ou não indébito⁷.

Ressalte-se que, também segundo a jurisprudência que zela pela interpretação da lei federal, o art. 170-A do CTN não veda ao contribuinte a possibilidade de, em tributos sujeitos a lançamento por **homologação**, lançar em sua escrita a compensação de pagamentos que considere indevidos, já que o Fisco terá cinco anos para manifestar sua discordância, conforme previsto no art. 150, § 4º, do mesmo código.

Outros entendimentos jurisprudenciais dignos de nota são: (1) aquele que permite ao contribuinte suspender a exigibilidade de créditos tributários que pretenda compensar com indébitos ainda sob discussão⁸; (2) o que permite ao Fisco compensar *ex officio* indébitos tributários com créditos tributários que não estejam com exigibilidade suspensa⁹; e (3) o que faculta ao contribuinte “optar por receber, por meio de precatório ou por compensação, o indébito tributário certificado por sentença declaratória transitada em julgado”¹⁰.

Mas antes mesmo do surgimento do art. 170-A, com a promulgação da EC nº 30 em 2000, surgira em nosso ordenamento jurídico uma nova modalidade de aplicação da compensação tributária, introduzida nos Atos de Disposições Constitucionais Transitórias. Essa modalidade, algo diversa daquela disposta no CTN, possui, como se evidencia, força constitucional e **não explicita a necessidade das condições exigidas no CTN**, como a da lei específica autorizadora de aplicação e estabelecadora das respectivas garantias. Mais adiante, outra Emenda, a de nº 62, traria a possibilidade de compensação *ex officio* pela Fazenda Pública. Tais fatos, bastante dignos de nota, merecem ser examinados com mais detalhes em momento oportuno.

2.2 O Instituto do Precatório

O termo precatório advém do verbo latino *precari*, com o significado de rogar,

⁷Esse entendimento está na origem da Súmula 212 do STJ: “A compensação de créditos tributários não pode ser deferida por medida liminar.” Agregue-se que a Súmula 213 da mesma Corte afirma ser o mandado de segurança meio apto a declarar o **direito** à compensação tributária, mas não para **convalidar** a compensação realizada pelo próprio contribuinte em sua escrituração (a Súmula 460 do STJ o veda expressamente).

⁸CEARÁ. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial 575.867/CE. Rel.: min. Teori Albino Zavascki. 1ª turma. J: 05/02/2004, DJ 25/02/2004.

⁹PARANÁ. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial 1.213.082/PR. Rel.: min. Mauro Campbell Marques. 1º seção. J: 10/08/2011, Dje: 18/08/2011.

¹⁰BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Súmula nº461. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br>>. Acesso em: 13 de maio 2016.

suplicar. Volta-se, portanto, para um objeto que deva ser concedido a quem de direito mediante súplica.

No Brasil, o precatório está previsto no art. 100 da Constituição Federal, em cujo caput assim se dispõe:

Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.¹¹

Define-se como precatório a requisição de pagamento decorrente de decisões judiciais, oriundas de litígios contra a Fazenda Pública vencida após trânsito em julgado. Configurada a definitividade do pronunciamento judicial contra a Fazenda, o juiz da execução expede a sentença ao Presidente do Tribunal, que, por sua vez, comunicará ao Poder Executivo. Este, assim comunicado, deverá, por força do § 5º¹² do art. 100 da Constituição Federal, incluir, no orçamento do próximo exercício (ou do seguinte, se o precatório for apresentado ao Tribunal após 1º de julho) provisão para pagamento da quantia determinada a quem de direito.

Conforme De Plácido e Silva a referida definição tem por objeto:

(...) a requisição, ou propriamente, a carta expedida pelos juízes da execução da sentença, em que a Fazenda Pública foi condenada a certo pagamento, ao Presidente do Tribunal, a fim de que, por seu intermédio, se autorizem e se expeçam as necessárias ordens de pagamento às respectivas repartições pagadoras (...). Pelo precatório é que se formula o processo para a requisição do pagamento devido a ser feito pelo presidente do Tribunal a quem se dirigiu. E a este cabe ordenar à repartição competente a satisfação do pagamento em cumprimento à execução promovida.¹³

No que tange à natureza jurídica, é legítimo considerar o precatório como um ato administrativo, mesmo que na prática seja exercido pelo Poder Judiciário. O referido Poder atua aqui em função atípica, funcionando como Administração Pública nesse mister. As atividades do Poder Judiciário, nesse âmbito, não têm cunho decisório, inclusive porque é necessário que a prestação jurisdicional se encerre em definitivo para que possa se dar início ao processo de satisfação do crédito contra a Fazenda Pública por meio do precatório.

¹¹BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 15 de maio 2016.

¹²§ 5º É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos, oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciais apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente.

¹³SILVA, De Plácido E. **Vocabulário Jurídico**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

Entre outras funções, este mecanismo objetiva assegurar o direito do credor ao montante devido pelo Ente Público, tendo por base uma ordem cronológica conforme a expedição. Por estabelecer a ordem cronológica, tem também a função de, diante de diversas sentenças judiciais condenatórias a serem satisfeitas por uma mesma Fazenda Pública, garantir Princípios Constitucionais como o da Impessoalidade, Efetividade e Moralidade.

Outra função importante do sistema de precatórios diz respeito ao Princípio da Supremacia do Interesse Público. Com base no referido Princípio e com o intuito de assegurar juridicamente os bens públicos, tais bens, no Brasil, devem ser, via de regra, indisponíveis e inalienáveis, não sendo, por este motivo, permitida a utilização destes como meio de saldar as dívidas do Estado em excussão judicial. Tal premissa exsurge, em parte, da própria letra do retrocitado *caput* do art. 100, da Carta Política que, contém o advérbio **exclusivamente**, referindo-se ao pagamento. Parece razoável entender que, se o pagamento só pode ser efetuado por precatório, não seria possível, ao menos via de regra, obtê-lo a partir da excussão e alienação judicial de bens da Fazenda.

Ainda na Carta Magna, temos:

Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinqüenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. (...)

§ 3º Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião. (...)

Art. 191. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinqüenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade. Parágrafo único. Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.¹⁴

Os indicados parágrafos dos arts. 183 e 191 indicam a imprescritibilidade dos bens públicos, indício a mais de que, para o constituinte, há a necessidade proteção especial contra sua mudança de titularidade - seja pela via derivada, seja pela via originária.

Por sua vez, o vigente Código Civil assim estabelece:

Art. 100. Os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar.

Art. 101. Os bens públicos dominicais podem ser alienados, observadas as exigências da lei.

Art. 102. Os bens públicos não estão sujeitos a usucapião.¹⁵

¹⁴BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 15 de maio 2016.

¹⁵BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 10 de maio 2016.

Assim, temos que bens públicos só podem ser alienados se dominicais (isto é, os que não são de uso comum do povo nem estão afetados a uma finalidade pública específica) e na forma da lei. Não existindo lei a permitir sua alienação em sede de execução contra a Fazenda, esta é vedada.

A respeito das funções do precatório, inclusive na proteção contra uma mudança forçada de titularidade dos bens públicos, preleciona Antônio Flavio de Oliveira:

É o precatório justificado como forma moralizadora do pagamento dos débitos judiciais do Poder Público, sem que haja preferência ou privilégios subjetivos de cunho subjetivo e, principalmente, sem a disposição, para o mister, de bens que integrem o patrimônio público, além de permitir, em razão dos procedimentos orçamentário-financeiros envolvidos na sua concretização, o ordenamento dos gastos públicos.¹⁶

Ponderando-se o Princípio da Supremacia do Interesse Público, que justifica a inalienabilidade em excussão judicial, com o supracitado Princípio da Equidade, que ampara a compensação, surgiu a necessidade de uma solução normativa que, harmonizando tais princípios, garantisse, ao sujeito passivo tributário credor de precatório contra a Fazenda, a compensação deste com suas dívidas tributárias. É sob esse prisma que devemos examinar as inovações trazidas por Emendas Constitucionais ao tema da compensação tributária.

3 DOS REGIMES DE COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA COM PRECATÓRIOS

Em 2000, foi promulgada a EC nº 30, a qual acrescentou ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias o art. 78, com a seguinte redação:

Art. 78. Ressalvados os créditos definidos em lei como de pequeno valor, os de natureza alimentícia, os de que trata o art. 33 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e suas complementações e os que já tiverem os seus respectivos recursos liberados ou depositados em juízo, os precatórios pendentes na data de promulgação desta Emenda e os que decorram de ações iniciais ajuizadas até 31 de dezembro de 1999 serão liquidados pelo seu valor real, em moeda corrente, acrescido de juros legais, em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de dez anos, permitida a cessão dos créditos.

§ 1º É permitida a decomposição de parcelas, a critério do credor.
§ 2º As prestações anuais a que se refere o *caput* deste artigo terão, se não liquidadas até o final do exercício a que se referem, poder liberatório do pagamento de tributos da entidade devedora.

¹⁶OLIVEIRA, Antônio Flavio de. **Precatórios: aspectos Administrativos, Constitucionais, Financeiros e Processuais**. 1.ed. 2.tiragem. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

§ 3º O prazo referido no caput deste artigo fica reduzido para dois anos, nos casos de precatórios judiciais originários de desapropriação de imóvel residencial do credor, desde que comprovadamente único à época da imissão na posse. §

4º O Presidente do Tribunal competente deverá, vencido o prazo ou em caso de omissão no orçamento, ou preterição ao direito de precedência, a requerimento do credor, requisitar ou determinar o seqüestro de recursos financeiros da entidade executada, suficientes à satisfação da prestação.¹⁷

Conforme se evidencia, o § 2º do novo artigo inovou ao atribuir **eficácia liberatória** ao detentor do precatório que tivesse prestações vencidas e não pagas. Permitiu-se, assim, que o contribuinte detentor de precatório nas condições supracitadas realizasse um encontro de contas com o ente tributante, independente – ao menos a nova norma constitucional não o prevê expressamente – de lei específica a regular sua aplicação e garantias.

Mais acima, foi realçado que, de acordo com o ordenamento infraconstitucional, a compensação tributária difere da civil no que tange a suas premissas jurídicas. Na seara civil, onde vicejam as relações jurídicas horizontais, a natureza jurídica das compensações traduz um direito potestativo (um poder inerente ao vínculo jurídico nas obrigações), operando-se de pleno direito. Na esfera tributária, dependeria de lei **específica** que a autorize e da reunião de algumas outras condições. Dentro dessa moldura hermenêutica, Eduardo Marcial Ferreira assevera estritamente que “a compensação haveria de depender de expressa previsão legal”¹⁸.

Porém, para Hugo de Brito Machado:

O direito de compensar é inerente à relação jurídica obrigacional. Decorre do próprio direito de crédito, colocado à luz do princípio da isonomia. [...]. Admitir essa oposição seria privilegiar um dos sujeitos na relação relativamente ao outro, o que não se pode admitir em um Estado de Direito, onde reina soberano o princípio da isonomia. Por isso que afirmamos que o direito à compensação independe de previsão legal específica, vale dizer, independe de um dispositivo legal que assegure como um direito autônomo. Mesmo admitindo que no ordenamento jurídico não exista dispositivo algum que se refira ao direito à compensação, esse direito existe como decorrência do direito de crédito visto à luz do princípio da isonomia.

¹⁹

Conforme facilmente se depreende, a primeira corrente se inclina na direção do regime de compensação inculcado no art. 170 do CTN, enquanto a segunda, parece

¹⁷BRASIL. **Emenda Constitucional nº 30**, de 13 de setembro de 2000. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 10 de abril 2016.

¹⁸MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários ao Código Tributário Nacional**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. 2v. 428p.

¹⁹MACHADO, Hugo de Brito. **Comentários ao Código Tributário Nacional**. São Paulo: Atlas, 2005. 3v.

coadunar-se com a nova modalidade de compensação instituída no art. 78 do ADCT - que se traduz num instituto de origem diretamente constitucional, o qual não se confundiria com a compensação de natureza legal prevista no CTN.

Por outro lado, em 2009, foi promulgada a Emenda Constitucional n° 62, que acarretou grandes mudanças ao sistema de precatórios, via alterações no texto do art. 100 da CF e acréscimo do art. 97 ao ADCT. Em apertada síntese, as alterações então realizadas dificultaram o recebimento dos precatórios pelos credores e tornaram mais vantajosa a situação da Fazenda Pública, seja através de significativa ampliação nos prazos de pagamento (como evidenciado, por exemplo, no § 14 do citado art. 97 das disposições constitucionais transitórias), seja por via da instituição da possibilidade de a Fazenda Pública compensar *ex officio* o precatório com o valor das dívidas tributárias em condições excepcionalmente favoráveis. Este último fato exsurge dos §§ 9° e 10 acrescentados pela EC 62 ao art. 100 do ADCT. *In verbis*:

§ 9° No momento da expedição dos precatórios, independentemente de regulamentação, deles deverá ser abatido, a título de compensação, valor correspondente aos débitos líquidos e certos, inscritos ou não em dívida ativa e constituídos contra o credor original pela Fazenda Pública devedora, incluídas parcelas vincendas de parcelamentos, ressalvados aqueles cuja execução esteja suspensa em virtude de contestação administrativa ou judicial.

§ 10 Antes da expedição dos precatórios, o Tribunal solicitará à Fazenda Pública devedora, para resposta em até 30 (trinta) dias, sob pena de perda do direito de abatimento, informação sobre os débitos que preencham as condições estabelecidas no § 9°, para os fins nele previstos.²⁰

Não por acaso, a EC 62 passou a ser cognominada como “a Emenda do Calote” e tornou-se alvo de diversas ações diretas de inconstitucionalidade, sob a alegação da violação de diversos Princípios Constitucionais. Destacando-se, entre elas, a ADI 4357/DF, a ADI 4425/DF, a ADI 4400/DF e a ADI 4372/DF.

Colocadas as novas modalidades de compensação tributária introduzidas no ordenamento jurídico pátrio por meio dessas duas Emendas, passamos sua adequação à ordem constitucional estabelecida em 1988.

²⁰BRASIL. **Emenda Constitucional n° 62**, de 9 de dezembro de 2009. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 10 de abril 2016.

4 DA CONSTITUCIONALIDADE DA COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA COM PRECATÓRIOS POR INICIATIVA DO CONTRIBUINTE

Conforme já realçado, a EC n° 30/2000 introduziu, através do § 2° do art. 78 dos ADCT, a possibilidade de compensação tributária *sponte propria* sem necessidade de lei específica reguladora. Pelo presente dispositivo, se o Ente Político devedor fica inadimplente quanto ao precatório no respectivo exercício financeiro de pagamento, isso implicará no direito conferido ao contribuinte de extinguir seu débito tributário com o precatório que possui.

Destaca Mosquera²¹ que o poder liberatório conferido pelo referido dispositivo do ADCT ao credor do precatório está calcado no fato de que o encontro de contas pressupõe uma característica em comum entre os créditos recíprocos, que é a de poderem ser quitados através de uma expressão monetária.

Harada²², por sua vez, enxerga nesse mecanismo não uma compensação, mas outra forma de extinção do crédito tributário: a dação de título em pagamento, posto que a compensação somente poderia se dar caso as duas dívidas fossem expressas em dinheiro. Não é demais lembrar que a dação de título em pagamento não está entre as causas extintivas elencadas pelo art. 156 do CTN, as quais, segundo o art. 141 do mesmo código, seriam taxativas. Ocorre que o STF já teve oportunidade de manifestar-se no sentido da não taxatividade da lista do indigitado art. 156, vez que tal lista contempla a hipótese extrema da remissão, e que quem pode o mais, que é reemitir, pode o menos, que é dar algo em pagamento. Assim, lei do Ente Tributante pode prever como forma de extinção do crédito tributário hipótese não listada no art. 156 do CTN²³.

Seja qual for a natureza do instituto, cabe destacar que o §2° do art. 78 do ADCT é uma norma Constitucional de eficácia plena e aplicação imediata. Segundo Paulo Roberto Lyrio Pimenta:

(...) a utilização de créditos dos precatórios a que se refere o art. 78 do ADCT pelo contribuinte em face de qualquer ente federado não necessita da edição de lei regulamentadora. O desfrute do direito

²¹MOSQUERA, Roberto Quiroga. **Direito Monetário e tributação da moeda**. São Paulo: Dialética, 2006. 78p.

²²HARADA, Kiyoshi. **Precatórios judiciais e compensação tributária**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos>>. Acesso em: 5 de maio 2016.

²³BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADI: 2405 RS. Tribunal Pleno. Rel.: min. Carlos Britto. J: 06/11/2002, Dj: 17/02/2006.

subjetivo conferido ao administrado não depende, pois, de regulamentação (...)²⁴

A eficácia plena e do dispositivo exsurge de seu próprio texto, que não exige qualquer outro ato normativo para ser aplicada. José Afonso da Silva, em doutrina amplamente respeitada, há muito já definiu as normas de eficácia plena como aquelas que “não necessitam de providência normativa ulterior para sua aplicação”²⁵. São ainda, de aplicação imediata, na medida em que não necessitam, para essa aplicação, de instrumentos a serem estabelecidos por uma lei integradora²⁶.

Em face dessas características, depreende-se que o poder liberatório exercitado pelo sujeito passivo tributário através dos precatórios não pode ser restringido por uma lei infraconstitucional.

No dizer de José Otávio de Viana:

*O poder liberatório como consequência equipara-se a todas as formas de extinção de obrigações aqui enumeradas. Tendo em vista, no entanto, que se trata de direito oponível à Fazenda, a este deve ser dado tratamento semelhante às formas de extinção das obrigações tributárias constantes no CTN.*²⁷

Destarte, o art. 78 dos ADCT prescinde de lei regulamentadora e não se subordina ao art. 170 do CTN, inclusive porque este possui *status* infraconstitucional.

De qualquer forma, vários entes federativos já editaram sua própria legislação sobre o respectivo tema. Como exemplo, podemos citar a Lei 5.647/2010 do Estado do Rio de Janeiro e a Lei 19.407/2010 elaborada pelo Estado de Minas Gerais, entre outras, que expressamente admitem a compensação tributária com precatórios vencidos e não pagos.

Vale lembrar, a essas alturas, que o *caput* do art. 78 estabelece um requisito temporal para que a compensação ali prevista seja autorizada: é preciso que se trate de precatórios não pagos ao tempo da promulgação da EC 30/2000 ou que decorram de ações iniciadas até 31/12/1999. Caso não se encontre no referido intervalo, há de se concluir pelo não enquadramento do precatório no instituto constitucional ora em comento. Destarte, a compensação tributária, nesses casos, não possui status constitucional e passa a depender de regulamentação legal específica, nos termos do art. 170 do CTN.

²⁴PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **O pagamento de tributos por meio de créditos relativos aos precatórios judiciais**. São Paulo: Revista Dialética, 2010. 177 v. 121-129 p.

²⁵SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1998. 262 p.

²⁶_____. **Comentário contextual à Constituição**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2007. 408 p.

²⁷VAZ, José Otávio de Vianna. **O Pagamento de Tributos Por Meio de Precatórios**. 1.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

5 DA INCONSTITUCIONALIDADE DA COMPENSAÇÃO DE TRIBUTOS COM PRECATÓRIOS POR INICIATIVA DA FAZENDA PÚBLICA

A inserção dos §§ 9º e 10 no artigo 100 da CF parece ter pretendido introduzir no ordenamento pátrio uma espécie de atribuição de direito de autoexecutoriedade aos entes tributantes, na medida em que pretenderia autorizá-los a abater, do pagamento do precatório devido ao contribuinte, os créditos que ao mesmo tempo ache lhe serem devidos, **ainda que estivessem com exigibilidade suspensa**, exceção feita apenas aos casos derivados de contestação administrativa ou judicial. É o que se depreende, *a contrario sensu*, da ressalva existente ao final do indigitado § 9º.

Confrontando-se esse dispositivo com o art. 151 do CTN, que lista as causas suspensivas da exigibilidade do crédito tributário, concluir-se-ia-se que teriam perdido, na prática, sua força suspensiva as hipóteses de moratória (inciso I) e de parcelamento (inciso VI). O depósito (inciso II) só faz sentido quando aliado, concomitante ou futuramente, a um litígio administrativo judicial, o que o torna beneficiário da mencionada ressalva ao final do art. 9º. Ressalva em que ocorre clara subsunção no caso das impugnações administrativas (inciso III) e das medidas judiciais (incisos IV e V).

Note-se, quanto ao parcelamento, que o § 9º dirimiu qualquer dúvida que porventura pudesse haver, pois enunciou explicitamente a possibilidade de compensação das parcelas vincendas.

Nada a obstar até aqui, na medida em que a norma trazida pela EC 62 seria de hierarquia superior do CTN. A questão é – como adiante se verá – a compatibilidade dos §§ 9º e 10 com as normas constitucionais originárias.

Outra enunciação expressa digna de nota no indigitado § 9º é a locução “independendo de regulamentação”. Assim, para a realização dessa espécie de compensação, o artigo em questão não parece fazer restrições.

Na prática, antes da expedição do precatório, o Tribunal verifica junto à Fazenda Pública se o credor do precatório possui débitos. Em caso positivo, o valor deste débito informado é abatido do valor a ser pago pela Fazenda Pública, a título de compensação, e o precatório já é emitido com o abatimento.

É notório, todavia, o **desequilíbrio na distribuição dos ônus**. O contribuinte, para ver seu direito de crédito satisfeito, enfrenta toda a via judicial a fim de comprovar seu direito. Já o Ente Tributante poderá tomar, pela via da compensação *ex officio*, o que acha lhe ser devido, independente de lei e **antes de qualquer pronunciamento judicial**.

Consequentemente, resta caracterizada clara a violação ao princípio da isonomia, insculpido no art. 5º, *caput* e inciso I, da Constituição Federal, e ao da efetividade da jurisdição, decorrente do inciso XXXV do mesmo artigo. Sem falar nos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, já que o sujeito passivo tributário poderia ser, na prática, privado de um direito patrimonial (representado pelo precatório) sem oitiva prévia da justiça. Todos esses princípios consagrados em normas constitucionais originárias.

Diante dessa obscuridade de fundamentos jurídicos da EC 62, foi de alguma valia a promulgação da Lei Federal 12.431/2011, que, através de seus arts. 30 e 31, veio a delimitar a compensação de ofício prevista nos §§ 9º e 10 do art. 100 da CF, conferindo ao credor do precatório maior segurança jurídica. Entre outros pontos, ficou estabelecido um **procedimento judicial prévio**, no qual o juízo condenatório definitivo contra a Fazenda, antes das providências diretas para emissão do precatório, a intima a apresentar sua pretensão de compensação e, na sequência, intima o devedor tributário a manifestar-se, ocasião na qual este pode alegar uma lista taxativa de causas impeditivas²⁸. De notar-se que, segundo o texto legal, a única causa suspensiva da exigibilidade nos termos do art. 151 do CTN que não terá força impeditiva contra a compensação *ex officio* é o parcelamento. Não há referência à moratória.

No entanto, não bastou o advento da lei para sanar as dúvidas sobre a constitucionalidade dos §§ 9º e 10 introduzidos no art. 100 da Carta Política. Tanto que, no julgamento das supracitadas ações diretas de inconstitucionalidade, o STF decidiu, em 2013, pela procedência dos pedidos. Para o Pretório Excelso²⁹ conforme acórdão da ADI 4357-DF, os dispositivos caracterizaram embaraço à efetividade da jurisdição, bem como violação à coisa julgada material ao princípio da separação dos Poderes e à isonomia - esta última na medida em que confere à Fazenda Pública uma superioridade processual.

Apesar, de a decisão pela inconstitucionalidade ter sido proferida em 2013, apenas em 2015 foi modulada a eficácia temporal do acórdão, pois os ministros haviam decidido que tal modulação seria estabelecida em momento oportuno, após a provocação dos interessados. Enquanto isso, os dispositivos declarados inconstitucionais continuariam a

²⁸Art. 31. Recebida a informação de que trata o § 3o do art. 30 desta Lei, o juiz intimará o beneficiário do precatório para se manifestar em 15 (quinze) dias.

§ 1º A impugnação do beneficiário deverá vir acompanhada de documentos que comprovem de plano suas alegações e poderá versar exclusivamente sobre: I - erro aritmético do valor do débito a ser compensado; II - suspensão da exigibilidade do débito, ressalvado o parcelamento; III - suspensão da execução, em virtude do recebimento de embargos do devedor com efeito suspensivo ou em virtude de outra espécie de contestação judicial que confira efeito suspensivo à execução; ou IV - extinção do débito.

§ 2º Outras exceções somente poderão ser arguidas pelo beneficiário em ação autônoma.

²⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI: 4357 DF. Rel.: min. Ayres Brito. J.: 11/04/2013, Dje: 069, divulgado 15/04/2013, publicado:16/04/2013.

produzir efeitos. Efetuadas as referidas provocações, o respectivo julgamento, em 25 de março de 2015, definiu que eficácia da declaração de inconstitucionalidade alcançaria apenas as compensações tributárias efetuadas após tal data. Dessa forma, foram validadas as compensações realizadas até então. Ainda na ocasião, o Plenário da Corte Suprema delegou ao Conselho Nacional de Justiça a elaboração de proposta normativa que possibilite a compensação dos precatórios vencidos, próprios ou de terceiros, com créditos inscritos em dívida ativa até a presente data do julgamento, desde que haja interesse do credor do precatório.

6 A COMPENSAÇÃO DE DÍVIDAS TRIBUTÁRIAS ATRAVÉS DE PRECATÓRIOS DE NATUREZA ALIMENTAR

Uma questão controvertida na doutrina e na jurisprudência diz respeito à possibilidade de o sujeito passivo tributário utilizar precatórios de natureza alimentar para realizar a compensação prevista no § 2º do art. 78 do ADCT.

O entendimento pela impossibilidade deriva de a própria letra do *caput* do art. 78 excepcionar este tipo de precatório do regime nele previsto. Sobre o tema, assim já se pronunciou o STJ no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 1.189.821/PR:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRECATÓRIO. COMPENSAÇÃO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. SÚMULA Nº 7/STJ. PRECATÓRIO DE NATUREZA ALIMENTAR. PODER LIBERATÓRIO DOS TRIBUTOS. ARTIGO 78, PARÁGRAFO 2º, DO ADCT. COMPENSAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. (...) 3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme em que os precatórios de natureza alimentar não estão sujeitos ao poder liberatório do pagamento de tributos, na forma do parágrafo 2º do artigo 78 do ADCT, tendo em vista que expressamente ressaltados pelo *caput* do artigo, de modo que não podem ser usados para compensação de débitos tributários.³⁰

A própria interpretação conforme a Constituição parece levar à conclusão de que os precatórios de natureza alimentar não se enquadram no § 2º do art. 78 do ADCT e que, realmente, a eles não é conferido, ainda que em face de inadimplência fazendária, o poder liberatório de tributos. É que a natureza especialíssima do precatório de natureza alimentar fez com que o constituinte o excluísse da ordem cronológica que, de resto, deve ser obedecida no pagamento de precatórios (§ 2º do art. 100 da Constituição Federal), reforçando, assim, a premissa de que se trata de pagamento necessário à própria

³⁰PARANÁ. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 1189821/PR. Rel.: min. Hamilton Carvalhido. 1º Turma. J.: 17/12/2009, DJe de 02/02/2010.

subsistência do credor, caracterizando seu pagamento como um direito **indisponível**. Portanto, não faria sentido que dele pudesse o titular abrir mão, ainda que voluntariamente e ante a inadimplência fazendária, para saldar dívida tributária.

Consigne-se existirem julgados a defender a admissibilidade da compensação ora tratada através de precatórios alimentares. Nesses casos, a linha de raciocínio, por paradoxal que seja, se apoia também no § 2º do art. 100 da Carta Magna, só que enxergando, na insubmissão desses precatórios à ordem cronológica, não uma vedação à sua compensação, mas sim a atribuição no fato de que esses instrumentos de cunho alimentar, embora não se submetam à ordem cronológica comum de pagamento, se submetem a uma ordem cronológica específica, entre outros precatórios alimentares. A utilização em compensação tributária não afetaria a citada ordem cronológica de apresentação e reafirmaria a intenção do legislador de dar tratamento especial a esses casos em que entende a necessidade de uma satisfação mais célere.

Defende esta última corrente o Des. Edison Macedo Filho, do TJ-PR, como fez ao proferir seu voto na apelação transcrita a seguir.

Pondera-se, para tanto, que a ressalva presente no início do caput do artigo 78 do ADCT diz respeito somente à exclusão do precatório alimentar do parcelamento em dez anos, uma vez que, tendo em vista a sua característica de urgência, teria preferência no pagamento, situação em que não necessitaria o autor/credor ceder seu crédito para receber, pelo menos em parte, aquilo que lhe é de direito. Assim, verifica-se que interpretação contrária a esta não tem fundamento e contraria o espírito constitucional, uma vez que o crédito alimentar, preferencial que é, deveria ser pago antes dos demais. Entretanto, em assim não procedendo a Administração Pública, perfeitamente possível que o credor de precatório alimentar ceda seus direitos creditórios, e que seja admitida a sua compensação com tributos, sob pena de incorrer numa situação de desigualdade entre o credor teoricamente mais necessitado e o detentor dos créditos não alimentares, bem ao contrário do que se busca.³¹

O tema estava submetido ao STF em sede de repercussão geral, no RE 566.349/MG sob relatoria da Ministra Carmen Lúcia. No entanto, durante o processo ocorreu a perda do objeto, diante do pagamento do precatório realizado pelo Estado de Minas Gerais. Assim, como consequência, permanece a lacuna sobre a compensação de precatórios alimentares.

³¹PARANÁ. **Tribunal de Justiça do Estado do Paraná**. Apelação nº 481.153-2. 2ª Câmara Cível. Relator: des. Edison Macedo Filho. J.:19/08/2008 DJ: 7694.

7 POSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA COM PRECATÓRIOS DE ENTES POLITICOS DIVERSOS

Os 2º do art. 78 do ADCT utiliza a expressão: “poder liberatório do pagamento de tributos da entidade devedora”. Segundo uma interpretação literal, “tributos da entidade devedora” leva a crer que há uma identidade entre o ente competente para tributar e o contribuinte que deseja compensar seu crédito daquela entidade tributante.

Essa linha de entendimento coaduna-se com a jurisprudência do STJ, conforme aclarado a seguir:

TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO DE ICMS COM PRECATÓRIOS CEDIDOS DO DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM DO PARANÁ - DER/PR. PRECEDENTES 1. Inviável a compensação tributária quando inexistir identidade entre o devedor do precatório e o Estado credor do tributo, ausente lei estadual autorizadora. Precedentes. 2. Recurso ordinário conhecido e não provido.³²

Na ocasião, tratava-se de pretensão de particular, cessionário de precatório contra autarquia do Estado do Paraná, de compensá-lo com dívidas de ICMS para com o Estado do Paraná. O STJ considerou inviável tanto a compensação pelo cessionário se não autorizada por lei estadual, como a compensação com ente diverso daquele que é o devedor do precatório.

No entanto, o STF possui entendimento diverso quando se trata da possibilidade de compensação de tributos com precatórios pertencentes aos entes da Administração Indireta. A linha de raciocínio tem seu fundamento de validade no fato de que essas entidades foram criadas através de atos normativos editados pelo próprio ente competente para a instituição do respectivo tributo.

A própria Corte Suprema já reconheceu a possibilidade de se utilizar precatório de uma autarquia vinculada ao Estado membro para a extinção de crédito tributário da própria Fazenda Estadual, como visto no voto proferido no MS 4540523 PR 0454052, sob Relatoria do Ministro Paulo Habith:

Ademais, entendo ser possível a compensação tributária entre pessoas jurídicas distintas, uma vez que o fato de o devedor ser diverso do credor não é relevante, vez que ambos integram a Fazenda Pública do mesmo ente federado (Lei n. [6.830/80](#)). Além disso, a [Constituição](#) do Brasil não impôs limitações aos institutos da cessão e da compensação e o poder liberatório de precatórios para pagamento

³²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança nº 31.165/PR. Rel.: min. Eliana Calmon. 2ª Turma. J.: 26/8/2010, DJ: 8/9/2010.

de tributo resulta da própria lei (art. 78, caput e § 2º, do ADCT à [CB/88](#)).³³

Pelo exposto, de acordo com o entendimento jurisprudencial, a única hipótese em que se pode compensar a dívida tributária através de precatórios de outro credor é aquela em que se trate de descentralização administrativa do respectivo ente político criador. Logo, tratando-se de descentralização política (da União para o Distrito Federal, por exemplo), inexistente a possibilidade de compensação de tributos com o uso de precatórios.

8 CONCLUSÃO

Pelo exposto ao longo das seções deste trabalho, concluiu-se que a Compensação de Tributos com Precatório por iniciativa da Fazenda Pública foi declarada inconstitucional pelo STF, tendo a sua decisão, cujo teor não é isento de críticas, produzido efeitos *ex nunc*. Com isso, as compensações efetuadas pela Administração Fazendária até a prolação da decisão continuaram com seus efeitos preservados. Ficando ainda a cargo do Conselho Nacional de Justiça regulamentar a possibilidade da forma de usar esse instituto por iniciativa do Ente Tributante quando houver interesse do particular.

Outrossim, para a *compensatio* com status Constitucional por iniciativa do particular, não resta dúvidas quanto a sua aplicabilidade de forma plena, desde que siga o regramento trazido no próprio corpo constitucional.

Tem-se, ainda, que a compensação regulada pelo CTN não se confunde com a instituída na Constituição Federal e nos ADCT. Aquela vigorará quando não identificados, no caso prático, os requisitos impostos pela compensação tributária com precatórios de status constitucional. Sendo defeso, desta forma, qualquer comando legal que restrinja ou mitigue a compensação de tributos por precatórios instituída pelo Poder Constituinte Derivado e não atingida pela supracitada declaração de inconstitucionalidade do STF.

No que tange à possibilidade de compensação tributária utilizando precatório alimentar, aguardava-se o posicionamento da Corte sobre o tema através do RE 566.349/MG. No entanto, diante da perda do objeto durante o processo persistem as lacunas. Seria de bom alvitre, a possibilidade do STF avocar em sede de repercussão geral outro RE com a mesma vertente, a fim de trazer soluções.

³³PARANÁ. **Tribunal de Justiça do Estado do Paraná**. Recurso em Mandado de Segurança nº 454.052-3/PR Rel.: min. Paulo Habith. 3ª Câmara Cível em Composição Integral. J.: 27/4/2010, DJ 424.

De outra banda, a compensação tributária perante um Ente Tributante utilizando-se de precatórios de outro Ente só será cabível quando tratar de descentralização administrativa, sendo defeso quando o caso envolver Entes advindos de descentralização política.

Posto isso, o fundamento de validade da compensação de precatório é o princípio da efetividade da atividade jurisdicional. A efetividade processual também significa, antes de tudo, o perfeito alcance da finalidade do processo visto como instrumento ativo da distribuição da justiça e, mais do que isso, como forma de pacificação e modificação social, garantindo soluções ao mesmo tempo jurídicas e legítimas.

Desta forma, a compensação tributária por precatórios serve, em última análise, como instrumento de eficiência e celeridade na resolução dos litígios e na busca de uma segurança jurídica nas relações entre o contribuinte e o Estado.

9 REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 10 de maio 2016.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 30**, de 13 de setembro de 2000. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 10 de abril 2016.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 62**, de 9 de dezembro de 2009. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 10 de abril 2016.

BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 10 de maio 2016.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 10 de maio 2016.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso em Mandado de Segurança nº 31.165/PR. Rel.: min. Eliana Calmon. 2ª Turma. J.: 26/8/2010, DJ: 8/9/2010.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Súmula nº 461. Disponível em: <

<http://www.conteudojuridico.com.br>>. Acesso em: 13 de maio 2016.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADI: 2405 RS. Tribunal Pleno. Rel.: min. Carlos Britto. J: 06/11/2002, Dj: 17/02/2006.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADI: 4357 DF. Rel.: min. Ayres Brito. J.: 11/04/2013, Dje: 069, divulgado 15/04/2013, publicado:16/04/2013.

CEARÁ. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial 575.867/CE. Rel.: min. Teori Albino Zavascki. 1 turma. J: 05/02/2004, DJ 25/02/2004.

HARADA, Kiyoshi. **Precatórios judiciais e compensação tributária**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos>>. Acesso em: 5 de maio 2016.

MACHADO, Hugo de Brito. **Comentários ao Código Tributário Nacional**. São Paulo: Atlas, 2005. 3v.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários ao Código Tributário Nacional**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. 2v. 428p.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. 3.ed. Rio de Janeiro: Borsóí, 1971. 24 v. 366p.

MOSQUERA, Roberto Quiroga. **Direito Monetário e tributação da moeda**. São Paulo: Dialética, 2006. 78p.

OLIVEIRA, Antônio Flavio de. **Precatórios: aspectos Administrativos, Constitucionais, Financeiros e Processuais**. 1.ed. 2.tiragem. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

PARANÁ. **Superior Tribunal de Justiça**. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento118.982-1/PR. Rel.: min. Hamilton Carvalhido. 1º Turma. J.: 17/12/2009, DJe de 02/02/2010.

PARANÁ. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial 121.308-2/PR. Rel.: min. Mauro Campbell Marques. 1º seção. J: 10/08/2011, Dje: 18/08/2011.

PARANÁ. **Tribunal de Justiça do Estado do Paraná**. Apelação nº 481.153-2/PR. 2ª Câmara Cível. Relator: des. Edison Macedo Filho. J.:19/08/2008 DJ: 7694

PARANÁ. **Tribunal de Justiça do Estado do Paraná**. Recurso em Mandado de Segurança nº 454.052-3/PR Rel.: min. Paulo Habith. 3ª Câmara Cível em Composição Integral. J.: 27/4/2010, DJ 424.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. 2v.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **O pagamento de tributos por meio de créditos relativos aos precatórios judiciais**. São Paulo: Revista Dialética, 2010. 177 v. 121-129 p.

SILVA, De Plácido E. **Vocabulário Jurídico**. 4ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1998. 262 p.

_____. **Comentário contextual à Constituição**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2007. 408 p.

VAZ, José Otávio de Vianna. **O Pagamento de Tributos Por Meio de Precatórios**. 1.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

A PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL E AS EXCEÇÕES AO DIREITO DE EXCLUSÃO¹,

Thiago Guimarães Martins

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo científico terá como objetivo abordar as provas ilícitas no processo penal brasileiro e as exceções ao direito de exclusão. Embora, haja proibição expressa no texto constitucional da admissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, serão apontadas hipóteses em que a prova ilícita será admitida, afastando, assim, essa proibição da prova ilícita e sua consequente exclusão.

A prova tem um papel fundamental no direito processual brasileiro, que é o de trazer à tona a verdade dos fatos, devendo assim, em sua colheita, respeitar o modo como se a obtém. Porém, é admissível, em alguns casos, a relativização de direitos para a possível utilização de provas proibidas.

Portanto, neste trabalho, haverá pesquisas jurisprudenciais e doutrinárias a respeito do tema, com maior enfoque nos casos de admissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, mostrando as teorias ligadas a ela e os momentos de sua aplicação.

De início, será analisada a prova ilícita e as derivadas dela, utilizando-se conceitos doutrinários e jurisprudência sobre o assunto.

Na sequência, faz-se uma abordagem sobre as exceções ao direito de exclusão. Nessa parte serão apresentadas as hipóteses de admissibilidade da prova ilícita e das derivadas dela. Contudo, não será possível esgotar o tema, tendo em vista a complexidade que este tem devido a relativização de direitos fundamentais.

¹ Artigo Científico apresentado ao Curso de Graduação em Direito das Faculdades Integradas Hélio Alonso, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Carolina Médici.

2 A PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

De início, para um melhor entendimento do assunto a seguir, faz-se necessário conceituar prova. Segundo Luiz Francisco Torquato Avolio, em seu livro **Provas Ilícitas**: “*Prova é todo elemento integrador da convicção do juiz com os fatos da causa*”².

O doutrinador ensina que meio de prova é tudo aquilo que pode ser levado ao juiz para convencê-lo sobre os fatos trazidos a ele.

Na mesma linha de raciocínio, o Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Leonardo Barreto, em sua obra, **Processo Penal: Parte Geral**, conceitua prova como uma forma de convencer o juiz sobre os fatos impostos, porém ele acrescenta algo a mais em seu conceito, incluindo o princípio da busca da verdade real, que é demonstrar a verdade do mundo real, a dos fatos:

Prova é todo meio de se demonstrar, evidenciar uma verdade. No caso particular do processo penal, a prova tem estreita ligação com o princípio da busca da verdade real (já analisado no capítulo deste trabalho, para onde se remete o leitor), a exigir a obtenção da verdade dos fatos, a verdade do mundo real, diferente do que ocorre com o processo civil, em que se verifica a procura tão somente da verdade formal, a verdade dos autos.³

Assim, pode-se concluir que prova é todo meio ou elemento que é levado ao juiz para fazê-lo acreditar que o fato levantado é verdadeiro ou não.

Já conceituado prova, adentra-se ao tema da prova ilícita. A terminologia de prova ilícita ensina que esta é uma espécie do gênero prova proibida, porém o que será ilícito é o meio como ela é produzida. Então, sempre que afrontar norma constitucional e de direito material, será chamada de ilícita.

Fernando Capez, em seu livro **Curso de Processo penal**, leciona que:

Serão ilícitas todas as provas produzidas mediante a prática de crime ou contravenção, as que violam normas de Direito Civil, Comercial ou Administrativo, bem como aquelas que afrontem princípios constitucionais⁴.

Em seu conceito, Capez introduz, o que já é considerado por uma parte da doutrina, como prova ilícita tanto norma de direito material como de direito processual, além das que violam Constituição Federal de 1988.

² AVOLIO. Leonardo Francisco Torquato. **Provas Ilícitas**. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, 2015, p.33.

³ BARRETO. Leonardo. **Processo Penal: Parte Geral**. 4.ed. Bahia: Juspodivm, 2014, p.315.

⁴ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.364.

Essa controvérsia doutrinária sobre prova ilícita ser as que violam direitos materiais ou processuais será tratada no próximo subtítulo.

No processo penal Brasileiro, em regra, são inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos. Tal proibição está estampada no art. 5º, LVI, da CRFB/88⁵: “São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

2.1 ANÁLISE DO ART. 157, CAPUT DO CÓDIGO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

O art. 157, caput do CPP gera polêmica ao conceituar provas ilícitas: “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)”⁶.

A controvérsia está em seu final, quando diz que provas ilícitas são as que violam normas legais. Tal redação foi dada pela lei 11.690/2008, criando uma divisão doutrinária a respeito do que realmente a redação diz ser norma legal, se inclui norma de direito material apenas ou se abrange também norma de direito processual.

Para entender o tema, primeiramente faz-se necessário informar que quando uma prova fere uma norma de direito processual, ela é considerada ilegítima. Por outro lado, será ilícita se for de encontro à norma de direito material ou constitucional.

Nesse sentido, temos duas correntes: A primeira corrente defende que quando o legislador disse norma legal, ele incluiu tanto a de direito material quanto processual, então segundo adeptos a essa corrente, prova ilícita, com a nova redação, é qualquer norma, incluindo assim as provas ilegítimas em seu rol, devendo estas serem desentranhadas também do processo.

Temos Fernando Capez como um defensor dessa primeira corrente:

Finalmente, menciona-se que as provas ilícitas passaram a ser disciplinadas pela Lei 11.690/2008, a qual modificou a redação do art.157 do CPP...Portanto, a reforma processual penal distanciou-se da doutrina e jurisprudência pátrias que distinguiam as provas ilícitas das ilegítimas, concebendo como prova ilícita tanto aquela que viole disposições materiais como processuais⁷.

⁵ BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 10/09/20016.

⁶ BRASIL, **Código de processo penal**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em 12/09/20016.

⁷ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.364.

A segunda corrente aduz que deve ser feita uma interpretação restritiva, concluindo que quando se diz norma legal entende-se dizer respeito a norma de direito material, excluindo assim em seu conceito de provas ilícitas, as ilegítimas.

Deve prevalecer essa segunda corrente, pois quando o tema for a violação das provas ilegítimas, o regime jurídico aplicado a elas será o da teoria das nulidades, levando-as a nulidade ou impondo a sua renovação, conforme art. 573, *caput*, do CPP.

2.2 A PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO

Prova ilícita por derivação, também chamada de Teoria dos frutos da árvore envenenada, são aquelas que derivam de uma outra prova, a primária, sendo que esta prova pretérita foi obtida por meio ilícito, contaminando, assim, a prova subsequente, tornando-a ilícita também.

Nas palavras de Capez: “A doutrina e a jurisprudência, em regra, tendem também a repelir as chamadas provas ilícitas por derivação, que são aquelas em si mesmas lícitas, mas produzidas a partir de outra ilegalidade obtida”⁸.

O art. 157, §1º do CPP, em sua nova redação dada pela lei 11.690/08, traz consigo a proibição das provas ilícitas por derivação:

São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)⁹.

Desse modo, conclui-se que provas ilícitas por derivação são meios probatórios que, não obstante produzidos validamente em momento posterior, encontram-se afetados pelo vício da ilicitude originário, que a eles se transmitem em virtude do nexo causal. Ou seja, se a primeira prova for ilícita, todas as produzidas após esta, desde que presente o nexo de causalidade, será consideradas ilícitas também. Pois estão contaminadas graças à ligação que teve com a prova primária ilícita.

2.3 AS EXCEÇÕES AO DIREITO DE EXCLUSÃO

O direito à exclusão está inserido no art. 157, *caput*, CPP: “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas

⁸ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.364 e 365.

⁹ BRASIL, **Código de processo penal**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em 13/09/20016.

em violação a normas constitucionais ou legais. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)”.¹⁰

Para que se evite influenciar o magistrado a respeito das provas ilícitas, estas serão retiradas dos autos do processo somente quando precluir a decisão de desentranhamento, ou seja, quando não mais houver recurso contra essa decisão de exclusão das provas ilícitas do processo, então estas serão inutilizadas, em outras palavras, destruídas, conforme art. 157, § 3º do CPP: “Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)”.¹¹

Embora haja proibição das provas ilícitas e as derivadas delas, haverá casos em que elas serão admitidas no processo penal brasileiro, gerando assim sua não exclusão dos autos processuais.

São seis as hipóteses na doutrina e na jurisprudência de admissibilidade das provas obtidas por meio ilícito, dentre elas cinco já tiveram passagem no ordenamento jurídico brasileiro e uma ainda não teve sua aplicação vislumbrada no direito processual brasileiro.

São elas: falta denexo causal e as teorias da fonte independente, da descoberta inevitável, do encontro fortuito de provas, da prova ilícita em favor do réu, da tinta diluída, esta última é uma criação da suprema corte americana e ainda não teve sua aparição na jurisprudência pátria.

Recentemente, o Ministério Público Federal propõe algumas medidas contra a corrupção, entre elas uma diz respeito à relativização das provas ilícitas. O projeto de lei é o 4850/2016, conhecido como “10 Medidas contra a Corrupção”.

O assunto será inserido mais à frente, como uma hipótese autônoma de exceção ao direito de exclusão.

2.3.1 A FALTA DE NEXO CAUSAL

O nexocausal é a ligação necessária que existe entre a prova ilícita e a derivada dela, então sempre que comprovado esse nexocausal, a prova será inadmitida no processo. Temos um liame unindo dois polos, sendo o primeiro, provas obtidas por meio ilícito, e o segundo polo, outra prova obtida graças à primeira, tornando-as inadmissíveis.

Contudo, no art. 157, § 1º, CPP, traz hipótese que a falta de nexocausal faz com que a prova derivada da ilícita seja admitida:

¹⁰ BRASIL, **Código de processo penal**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em 13/09/20016.

¹¹ Idem.

São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008).¹²

Portanto, quando não evidenciado o nexo de causalidade, não há falar de prova ilícita e suas derivadas. Na verdade, é uma prova autônoma da primeira, sendo perfeitamente lícita se vícios que a impeça de ser valorada no curso do processo.

2.3.2 A TEORIA DA FONTE INDEPENDENTE

É uma teoria que mitiga a prova ilícita por derivação e tem sua origem no direito norte-americano.

Se a autoridade competente comprovar que obteve de forma legítima, novos elementos probatórios a partir de uma fonte independente, autônoma, de prova em que não foi contaminada pela ilicitude da prova principal, deverão ser considerados válidos.

Nesse sentido, leciona o doutrinador Paulo Rangel:

Fonte independente de prova (FIP) é aquela que foi obtida sem qualquer relação, direta ou indireta, com a prova ilícita. Trata-se de um meio de prova que tem vida própria, autônoma, lícita e que não é contaminada e nem contamina qualquer outra fonte de prova, exatamente pela sua licitude.¹³

Fonte independente de prova (FIP) é o que até então a jurisprudência chamava de prova absolutamente independente (PAI), ou seja, aquela que não tem conexão nenhuma com a prova ilícita, e que, independentemente da ilícita, nós chegaríamos nela pelos atos normais de investigação. Ela é alcançada pela atividade contínua do estado, durante a persecução penal (por isso a Lei usa a expressão: seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal). É a própria investigação criminal, através dos atos que lhe são próprios, que é capaz de nos conduzir ao fato objeto da prova.¹⁴

Na verdade, a prova foi produzida por fonte autônoma que não tem ligação alguma com a prova originária, por isso se trata de uma fonte absolutamente independente. Por esse motivo, as provas com vícios originários, não contaminam a prova posterior, se esta for produzida de forma autônoma, sem relação de dependência com a prova produzida ilicitamente.

Com previsão no art. 157, § 1º, CPP e conceituada, para maioria dos doutrinadores, em seu § 2º do supracitado artigo: “Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução

¹² BRASIL, **Código de processo penal**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em 20/09/20016.

¹³ RANGEL. Paulo. **Direito Processo Penal**. 23.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.485.

¹⁴ RANGEL. Paulo. **Direito Processo Penal**. 23.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.486.

criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)".¹⁵

O problema do legislador foi ter conceituado prova independente no § 2º, pois assim dividiu a doutrina em duas correntes: a primeira defende que o conceito de fonte independente está correto; Já a segunda corrente sustenta que o § 2º se refere à teoria da descoberta inevitável (que será estudada em tópico autônomo).

Para este artigo científico, será defendida a segunda corrente, com base no julgamento do STF no caso do “mensalão”, *In Verbis*:

SÉTIMA PRELIMINAR. DADOS DE EMPRÉSTIMO FORNECIDOS PELO BANCO CENTRAL. PEDIDO DIRETO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. REQUISICÃO FEITA PELA CPMI DOS CORREIOS. POSTERIOR AUTORIZAÇÃO DE COMPARTILHAMENTO COM O MINISTÉRIO PÚBLICO PARA INSTRUÇÃO DO INQUÉRITO.

LEGALIDADE. Não procede a alegação feita pelo 5º acusado de que os dados relativos aos supostos empréstimos bancários contraídos com as duas instituições financeiras envolvidas teriam sido colhidos de modo ilegal, pois o Banco Central teria atendido diretamente a pedido do Procurador-Geral da República sem que houvesse autorização judicial. Tais dados constam de relatórios de fiscalização do Banco Central, que foram requisitados pela CPMI dos Correios. No âmbito deste Inquérito, o Presidente do Supremo Tribunal Federal determinou o "compartilhamento de todas as informações bancárias já obtidas pela CPMI dos Correios" para análise em conjunto com os dados constantes destes autos.

Por último, o próprio Relator do Inquérito, em decisão datada de 30 de agosto de 2005, decretou o afastamento do sigilo bancário, desde janeiro de 1998, de todas as contas mantidas pelo 5º acusado e "demais pessoas físicas e jurídicas que com ele cooperam, ou por ele são controladas". Preliminar rejeitada.¹⁶

Nesse julgado aconteceu a quebra do sigilo bancário feita diretamente pelo Procurador Geral da República. Porém, o Pretório excelso entendeu que a prova era lícita, pois a própria CPI encarregada da investigação também havia determinado essa quebra, em outras palavras, existia a presença de um meio de prova lícito, que por consequência autorizava o uso dos elementos de provas ali colhidos, caracterizando assim uma descoberta inevitável.

¹⁵ BRASIL, **Código de processo penal**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em 20/09/20016.

¹⁶ BRASIL, **Inq: 2245 MG**, Relator: JOAQUIM BARBOSA, publicado em 09/11/2007. Disponível em <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14776480/inquerito-inq-2245-mg-stf>>. Acesso em 01/10/20016.

2.3.3 TEORIA DA DESCOBERTA INEVITÁVEL

Essa teoria é uma exceção da teoria da fonte independente. Veio do direito norte-americano no caso *Nix vs. Williams*. Williams II (1984).

Induz que o direito processual brasileiro não deve reconhecer a ilicitude da prova quando demonstrado que a prova seria produzida de qualquer maneira independentemente da ilicitude congênita.

O STJ, *in casu*, aplica essa teoria para a admissão da prova ilícita:

HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. CONDENAÇÃO. OBTENÇÃO DE DOCUMENTO DE TRANSFERÊNCIA BANCÁRIA. SIGILO BANCÁRIO. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. PROVA SUPOSTAMENTE ILEGAL. ILICITUDE DAS DEMAIS PROVAS POR DERIVAÇÃO. PACIENTES QUE NÃO PODEM SE BENEFICIAR COM A PRÓPRIA TORPEZA. CONHECIMENTO INEVITÁVEL. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA.

7. Acolhimento da teoria da descoberta inevitável; a prova seria necessariamente descoberta por outros meios legais. No caso, repita-se, o sobrinho da vítima, na condição de herdeiro, teria, inarredavelmente, após a habilitação no inventário, o conhecimento das movimentações financeiras e, certamente, saberia do desfalque que a vítima havia sofrido; ou seja, a descoberta era inevitável.

8. Ordem denegada. (STJ: HC 52995 AL 2006/0011608-1; Relator: Ministro OG Fernandes; Julgamento: 16/09/2010; Órgão julgador: T6 – Sexta Turma; Publicação: DJE 04/10/2010)¹⁷

Conclui-se que só se deve aplicar essa teoria com base em dados concretos, demonstrando assim que havia uma investigação e que fatalmente a prova seria descoberta, em hipótese alguma poderá ser aplicada com base em dados especulativos.

2.3.4 TEORIA DO ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS (SERENDIPIDADE)

Se, no curso de uma investigação, a autoridade policial ou ministerial descobrir elementos de informação ou fontes de provas relacionadas a outros delitos e pessoas, tais elementos serão considerados válidos, desde que o encontro tenha sido casual, de maneira fortuita.

A prova originária é feita de maneira regular, autorizada para investigação de outro crime, porém, pelo andamento das investigações, se depara com outro(s) crime(s). Exemplificando, de acordo com Leonardo Barreto:

A princípio, esse encontro fortuito implica na produção de prova ilícita. É o caso, por exemplo, de uma busca e apreensão domiciliar autorizada no bojo da apuração de um crime contra a fauna, visando apreender animais silvestres, que, no entanto, resulta na descoberta por parte dos

¹⁷ BRASIL, HC 52995 AL 2006/0011608-1; Relator: Ministro OG Fernandes, Publicado em 04/10/2010. Disponível em <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16947786/habeas-corporus-hc-52995-al-2006-0011608-1>>. Acesso em 01/10/2016.

policiais de drogas e armas escondidas nas gavetas ou armários da residência (OLIVEIRA, 2008, p. 314).

Neste mesmo exemplo, porém, os policiais poderão efetivar a prisão dos envolvidos, mas não por força do mandado judicial (haveria aqui prova ilícita) e sim em decorrência do cometimento de um crime em flagrante, o qual permite o ingresso no domicílio alheio a qualquer hora do dia ou da noite para a efetivação desta modalidade de prisão cautelar (art. 5º, XI, CF).¹⁸

Com isso, conclui-se que a prova primária é lícita, pois está autorizada pela autoridade judiciária para sua realização e o encontro causal ou fortuito de outras provas que não eram objeto de investigação é mero desdobramento daquela, sendo assim admitida pela jurisprudência processual brasileira.

Outro tema relevante é a utilização da prova obtida em encontro fortuito em outro processo, denominando assim, a prova emprestada. A prova emprestada poderá ser utilizada em outro processo, desde que seja o mesmo réu do processo originário, observado o contraditório e a ampla defesa e a prova tenha sido obtida de forma lícita. O encontro fortuito de provas é uma exceção da prova ilícita por derivação, sendo assim possível ser utilizada como prova emprestada.

2.3.5 TEORIA DA TINTA DILUÍDA

Também conhecida como Limitação da Mancha Purgada, do Nexo Causal Atenuado ou Vícios Sanados, com origem na Suprema Corte norte-americana, conhecida no caso *Wong Sun vs. US* (1963).

A teoria ensina que por mais que tenha havido uma contaminação nas provas, possa ser que consiga apagar esta mancha.

Para a Tinta Diluída, não se aplica a teoria dos frutos da árvore envenenada se o nexos de causalidade, entre a prova originária e a derivada, for atenuado por consequência de circunstâncias supervenientes na cadeia probatória, pelo decurso temporal, pela relevância da ilegalidade, ou pela confissão de um dos envolvidos. Nesse caso, mesmo havendo a contaminação da prova derivada, essa contaminação será afastada para que seja aproveitada a prova no processo.

Não há evidências da aplicação desta teoria no processo brasileiro, porém observa-se que uma das 10 medidas contra a corrupção, proposta pelo MPF, altera o art. 157, do CPP, incluindo um novo parágrafo 2º, inciso IV, que por sua vez é a Teoria da Mancha Purgada:

¹⁸ BARRETO. Leonardo. **Processo Penal : Parte Geral**. 4.ed. Bahia: Juspodivm, 2014, p.332.

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação de direitos e garantias constitucionais ou legais.

§ 2º Exclui-se a ilicitude da prova quando:

IV – a relação de causalidade entre a ilicitude e a prova dela derivada for remota ou tiver sido atenuada ou purgada por ato posterior à violação.¹⁹

Embora não haja indícios da aplicação dessa teoria pelo STF e STJ, uma parte dos doutrinadores brasileiros defende que ela aparece no art. 157, § 1º, do CPP, *in verbis* (parte grifada): §1: São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.²⁰

Na verdade, o artigo citado anteriormente, evidencia a teoria da fonte independente, que é certo não haver contaminação das provas originárias às secundárias, diferentemente da tinta diluída, na qual há a contaminação, porém é atenuada por questões de política criminal.

2.3.6 A PROVA ILÍCITA EM FAVOR DO RÉU

A proibição das provas obtidas por meios ilícitos representa um verdadeiro limitador ao *jus puniendi*, ou seja, limita o direito de punir do Estado. Mas, por outro lado, o juiz pode valer-se de provas ilícitas para proferir uma sentença absolutória.

O uso de provas obtidas por meios ilícitos em favor do réu no processo penal brasileiro tem duas justificativas, a primeira é a possibilidade da aplicação delas em favor do acusado, observando o princípio da proporcionalidade. A outra justificativa, é que a obtenção de provas ilícitas pelo acusado é um estado de necessidade, sendo assim uma excludente de ilicitude.

Se o acusado é realmente inocente, então o Estado não pode deixar de apreciar a prova ilícita obtida por ele, pois o princípio da não culpabilidade (Art. 5º, LVII, CF) junto com o princípio da ampla defesa (Art. 5º, LV, CF) devem preponderar sobre o *jus puniendi*. Assim, não pode haver condenação de um inocente no processo penal, o Estado não pode ter o interesse de punir injustamente alguém que não tenha cometido a infração penal.

Nesse sentido, Paulo Rangel:

¹⁹ BRASIL, **Projeto de Lei 4850/2016**. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=5197EC75C98BE15D55679CE15369ACE9.proposicoesWeb1?codteor=1448689&filename=PL+4850/2016>. Acesso em 01/10/20016.

²⁰ BRASIL, **Código de processo penal**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em 02/10/20016.

Dessa forma, é admissível a prova colhida com (aparente) infringência às normas legais, desde que em favor do réu para provar sua inocência, pois absurda seria a condenação de um acusado que, tendo provas de sua inocência, não poderia usá-las só porque (aparentemente) colhidas ao arripio da lei. Afirmamos ser aparente a infringência da lei por entendermos que o estado de necessidade exclui a ilicitude, pois a necessidade de salvar o interesse maior (liberdade de locomoção), sacrificando o menor (sigilo das comunicações telefônicas) em uma situação não provocada de conflito extremo, justifica a conduta do réu. Estará ele (réu) agindo de acordo com o direito e não de forma contrária.²¹

Segue a mesma linha a Suprema Corte brasileira:

CONSTITUCIONAL. PENAL. GRAVAÇÃO DE CONVERSA FEITA POR UM DOS INTERLOCUTORES: LICITUDE. PREQUESTIONAMENTO. Súmula 282- STF. PROVA: REEXAME EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO: IMPOSSIBILIDADE. Súmula 279-STF. I. - A gravação de conversa entre dois interlocutores, feita por um deles, sem conhecimento do outro, com a finalidade de documentá-la, futuramente, em caso de negativa, nada tem de ilícita, principalmente quando constitui exercício de defesa. II. - Existência, nos autos, de provas outras não obtidas mediante gravação de conversa ou quebra de sigilo bancário. III. - A questão relativa às provas ilícitas por derivação $\frac{3}{4}$ "the fruits of the poisonous tree" $\frac{3}{4}$ não foi objeto de debate e decisão, assim não prequestionada. Incidência da Súmula 282- STF. IV. - A apreciação do RE, no caso, não prescindiria do reexame do conjunto fático-probatório, o que não é possível em recurso extraordinário. Súmula 279-STF. V. - Agravo não provido.²²

2.3.7 MEDIDAS CONTRA A CORRUPÇÃO E A RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS OBTIDAS POR MEIO ILÍCITO

O projeto de lei 4.850/2016 propõe a ampliação das hipóteses de admissibilidade das provas obtidas por meio ilícito. Ele dá uma nova redação ao art. 157, do CPP:

São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação de direitos e garantias constitucionais ou legais.

§ 2º Exclui-se a ilicitude da prova quando: I – não evidenciado o nexo de causalidade com as ilícitas; II – as derivadas puderem ser obtidas de uma fonte independente das primeiras, assim entendida aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova; III – o agente público houver obtido a prova de boa-fé ou por erro escusável, assim entendida a existência ou inexistência de circunstância ou fato que o levou a crer que a diligência estava legalmente amparada; IV – a relação de causalidade entre a ilicitude e

²¹ RANGEL. Paulo. **Direito Processo Penal**. 23.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.487.

²² BRASIL, AG. REG. no AGRAVO DE INSTRUMENTO/ PR 503617; Relator: Ministro Carlos Velloso; Publicação: DJE 04/03/2005. Disponível em

<<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/766143/agregno-agravo-de-instrumento-ai-agr-503617-pr>>.

a prova dela derivada for remota ou tiver sido atenuada ou purgada por ato posterior à violação; V – derivada de decisão judicial posteriormente anulada, salvo se a nulidade decorrer de evidente abuso de poder, flagrante ilegalidade ou má-fé; VI – obtida em legítima defesa própria ou de terceiros ou no estrito cumprimento de dever legal exercidos com a finalidade de obstar a prática atual ou iminente de crime ou fazer cessar sua continuidade ou permanência; VII – usada pela acusação com o propósito exclusivo de refutar álibi, fazer contraprova de fato inverídico deduzido pela defesa ou demonstrar a falsidade ou inidoneidade de prova por ela produzida, não podendo, contudo, servir para demonstrar culpa ou agravar a pena; VIII – necessária para provar a inocência do réu ou reduzir-lhe a pena; IX – obtidas no exercício regular de direito próprio, com ou sem intervenção ou auxílio de agente público; X – obtida de boa-fé por quem dê notícia-crime de fato que teve conhecimento no exercício de profissão, atividade, mandato, função, cargo ou emprego públicos ou privados.²³

Fazendo uma análise minuciosa dos três primeiros incisos, o I é a falta de nexo causal, já previsto no código atual. O II também já é conhecido, pois é a teoria da fonte independente. Já no inciso III há uma novidade, pois favorece ao Estado a obtenção da prova ilícita quando o agente a obtiver sem saber que ela era ilícita, ou seja, agir de boa-fé, na ignorância ou cometer um erro de tipo invencível. Nesse inciso o desconhecimento do agente a respeito da ilicitude da prova gera validade, porém não entra no caso do erro de tipo vencível, que é aquele que era de fácil constatação da ilicitude do meio de obtenção da prova, e quando usada a má-fé do agente. Outrossim, a respeito da boa-fé, esta já é aplicada nos Estados Unidos, conhecida lá como Teoria da boa-fé.

No inciso IV, propõe a teoria da mancha purgada ou tinta diluída ou nexo causal atenuado, já exposta nesse artigo (ver tópico 2.3.5.). Tal teoria, como antes falada, não foi aplicada, ainda, no processo penal brasileiro, porém, caso o projeto seja aprovado, será hipótese autônoma de exceção do direito de exclusão da prova ilícita.

No V, a prova deixa de ser ilícita quando a decisão judicial posterior for anulada, salvo nos casos de anulação por abuso de poder, flagrante ilegalidade e má-fé. Ou seja, havia uma decisão judicial lícita, em que foi autorizada a atuação dos agentes públicos, que sob a proteção da legalidade obtiveram a prova. Porém, posteriormente, essa decisão judicial que autorizou o meio de obtenção da prova vem a ser anulada.

Em seu inciso VI, o legislador optou em usar a legítima defesa e o estrito cumprimento do dever legal, ambas as causas são excludentes de ilicitude e aparecem na PL como forma de admissão das provas ilícitas. No caso da legítima defesa, está é uma

²³ BRASIL, PL 4.850/2016. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2080604>>. Acesso em 03/10/20016.

garantia do cidadão, contudo, o estrito cumprimento do dever legal, é uma garantia do Estado, que tem um dever legal, podendo também em alguns casos se estender para aquele que tem o dever contratual, como no caso de um vigilante privado.

No VII usa-se em favor da acusação para combater estratégias maliciosas da defesa, ou seja, poderá obter e usar as provas ilícitas para desmascarar teses defensivas e demonstrar a verdade dos fatos. Nota-se que somente será permitida usar as provas ilícitas para refutar fatos inverídicos ou provas falsas da defesa. Deve ser demonstrado a estratégia ardil da defesa, caso contrário não haverá a utilização de provas ilícitas pela acusação.

O estado de necessidade é observado no inciso VIII, quando o acusado poderá usar as provas ilícitas em seu favor. É conhecida como Teoria da prova ilícita em favor do réu, já estudada no tópico anterior (2.3.6).

Outra novidade é poder usar as provas ilícitas para o exercício regular de direito, uma hipótese de excludente de ilicitude. Essa novidade vem estampada no inciso IX do referido projeto de lei.

O inciso X traz mais uma hipótese de exclusão da ilicitude da prova quando há uma confissão ou revelação de forma espontânea daquele que tem o dever de sigilo profissional. Esse inciso transcreve uma teoria famosa nos Estados Unidos, A Teoria do Risco. Segundo essa teoria, o profissional que tem o dever de sigilo, uma vez que é feita confissão ou revelação espontânea de uma infração a outra pessoa, que não tem o dever legal de não contar o segredo, assume o risco de que o assunto possa ter sido registrado e com isso gerando uma prova lícita.

Esse projeto de lei traz inúmeras discussões sobre seus conteúdos, conforme mostra a entrevista do ministro Gilmar Mendes à Globo:

É uma visão ingênua. É aquela coisa de delírio. Veja as dez propostas que apresentaram. Uma delas que diz que prova ilícita feita de boa-fé deve ser validada. Quem faz uma proposta dessa não conhece nada de um sistema. É um cretino absoluto. Quem tem coragem de apresentar uma proposta para uma sociedade já sofisticada como a do Brasil sofre de cretinismo. Imaginem vocês que amanhã se possa justificar o crime de tortura, porque foi feita de boa-fé - afirmou.²⁴

²⁴ BRASIL, **globo.com:** Publicação: 23/08/2016. Disponível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=2761E2B09BF839BA8630B9CD0788253C.proposicoesWeb2?codteor=1448689&filename=PL+4850/2016>. Acesso em 03/10/20016.

Com base nessas exposições, percebe-se que o MPF tem se baseado em teorias providas do direito norte-americano para combater a corrupção no Brasil. Com isso, há uma maior relativização dos princípios, dos direitos e das garantias para que a verdade seja alcançada e aquele que cometeu o delito, não saia impune.

3 CONCLUSÃO

A Prova é um conjunto de atividades desenvolvidas pelas partes no processo com o objetivo de convencer o juiz sobre os fatos submetidos a ele. É de suma importância esse convencimento, pois acarretará ao acusado sua absolvição ou condenação. Sabe-se que o sistema carcerário é bastante precário, a condenação de uma pessoa inocente gerará danos profundos em sua vida e que indenização nenhuma poderá repará-los.

No processo penal brasileiro, o ônus da prova, que é aquele encargo que recai sobre as partes no processo para provar a veracidade do que foi alegado, tem-se sua distribuição dividida em duas correntes. A primeira corrente, minoritária, diz que o ônus da prova recai exclusivamente para a acusação, devido ao princípio da presunção de inocência. Já a segunda corrente, majoritária, defende que o ônus da prova é da acusação e da defesa.

A acusação tem que provar a existência de fato típico, autoria ou participação, nexos causal, dolo ou culpa, ou seja, tem a finalidade de criar um juízo de certeza no julgador. Nota-se que não tem o dever de provar a existência da ilicitude, pois de acordo com a Teoria da Indiciabilidade (ou *ratio cognoscendi*), adotada no direito brasileiro, a existência do fato típico gera presunção de ilicitude.

Por outro lado, a defesa tem que provar o alibi, causas excludentes da ilicitude, da culpabilidade e da punibilidade, tem como finalidade suscitar uma dúvida no julgador.

Caso o juiz fique na dúvida sobre a culpabilidade do agente, este será julgado em favor do réu (princípio *in dubio pro reo*), se for nas excludentes de ilicitude, em favor da sociedade (*in dubio pro societate*).

Além disso, o sistema utilizado para a avaliação da prova é o do livre convencimento motivado, também conhecido como sistema da persuasão racional do juiz ou livre apreciação judicial da prova. Nesse sistema o juiz é livre para valorar quaisquer tipos de provas que estão nos autos processuais, porém ele é obrigado a fundamentar esse convencimento.

Nota-se que o juiz tem a escolha pra usar quais provas quiser, desde que fundamente sua decisão. Quando se depara com uma prova obtida de forma ilícita, o magistrado tem que desentranhá-la do processo.

Em regra, quando o magistrado se depara com uma prova ilícita, ele avalia de acordo com o princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, para que sejam preservados os direitos e garantias fundamentais e evitar a adoção de práticas probatórias ilegais. Entretanto, para se evitar uma injustiça, o juiz deve utilizar o princípio da proporcionalidade, fazendo uma ponderação de valores ali em conflito.

Do mesmo modo, quando se utiliza de prova vedada em razão do estado de necessidade do indivíduo, nesse caso, devem-se observar as mesmas regras dessa excludente de ilicitude estampada no art. 24, do CP. O bem protegido deve ser mais valioso ou igual ao bem sacrificado, não cabendo a hipótese de admissibilidade da prova ilícita se essa premissa for o contrário.

Essa ponderação só deve ser possível quando é o acusado contra o Estado e não o acusado contra outra pessoa. Não se deve utilizar as provas obtidas por meio ilícito contra uma pessoa, mas sim em favor dela. Em alguns casos são utilizadas provas ilícitas em favor da sociedade (*pro societate*), ou seja, Estado contra o acusado. Nesse caso, deve-se ter bastante cautela para não ferir direitos constitucionais do indivíduo, utilizando-se mais uma vez do princípio da proporcionalidade para ponderar direitos e garantias em conflitos.

As 10 medidas contra a corrupção terão que ser revistas e reformuladas para a realidade brasileira, tendo em vista ser um país onde a polícia é uma das mais violentas do mundo. Não se pode deixar na mão da autoridade que investiga o delito, amplos poderes, podendo ser utilizado de forma discricionária pelo Estado.

Pode ser citado como exemplo o inciso III, § 2º do PL 4850/16, que diz que a prova ilícita será válida se o agente público a colher de boa-fé ou se agir em erro. Ora, como um agente público, preparado e investido no cargo, pode usar do argumento de que não sabia que o que fazia era errado?

Não há de falar em validação da prova ilícita cometida por despreparo ou desconhecimento de sua realização de ofício, pois desse modo abriria muitos precedentes para agir em erro.

Embora a teoria da tinta diluída tenha coerência para ser aplicada no processo brasileiro, por fazer com que o nexos de causalidade da prova ilícita e da derivada dela seja atenuado em virtude, por exemplo, da confissão do acusado, não se pode aplicá-la, por atenuar de maneira desrespeitosa, direitos constitucionais.

Há de haver um equilíbrio entre acusação e defesa, paridade de armas, para que o sistema não seja feito voltado exclusivamente para condenar o acusado, mas sim para que seja dada oportunidade para se exercer a ampla defesa no processo penal. O perigo

do projeto de lei 4850/16 é dar amplos poderes para o Estado agir sem respeitar esse equilíbrio entre as partes e sem observar a Constituição da República Federativa do Brasil.

Admitir as provas ilícitas no processo penal brasileiro, salvo em algumas hipóteses em favor do réu, é uma afronta à constituição, visto que a carta maior tem que ser respeitada. Conquanto, a busca ao fim da corrupção seja um desejo de todos, ao menos em rega, não justifica extrapolar e relativizar direitos declarados e garantidos pela carta maior.

O assunto aqui presente não foi esgotado, em virtude da sua não pacificação na doutrina e jurisprudência, pois é um tema bastante delicado no processo brasileiro por envolver a mitigação de direitos fundamentais.

4 REFERÊNCIAS

AVOLIO. Leonardo Francisco Torquato. **Provas Ilícitas**. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, 2015.

BARRETO. Leonardo. **Processo Penal: Parte Geral**. 4.ed. Bahia: Juspodivm, 2014.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 16.ed. São Paulo: Atlas, 2012.

RANGEL. Paulo. **Direito Processo Penal**. 23.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

BRASIL, **Código de processo penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>.

BRASIL, **Inq: 2245 MG**, Relator: JOAQUIM BARBOSA, publicado em 09/11/2007. Disponível em <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14776480/inquerito-inq-2245-mg-stf>>.

BRASIL, **HC 52995 AL** 2006/0011608-1; Relator: Ministro OG Fernandes, Publicado em 04/10/2010. Disponível em <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16947786/habeas-corpus-hc-52995-al-2006-0011608-1>>.

BRASIL, **Projeto de Lei 4850/2016**. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=5197EC75C98BE15D55679CE15369ACE9.proposicoesWeb1?codteor=1448689&filename=PL+4850/2016>.

BRASIL, **AG. REG. no AGRAVO DE INSTRUMENTO/ PR 503617**; Relator: Ministro Carlos Velloso; Publicação: DJE 04/03/2005. Disponível em <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/766143/agregno-agravo-de-instrumento-ai-agr-503617-pr>>.

BRASIL, **globo.com**: Publicação: 23/08/2016. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=2761E2B09BF839BA8630B9CD0788253C.proposicoesWeb2?codteor=1448689&filename=PL+4850/2016>.

O DESCUMPRIMENTO DO PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA NO ORDENAMENTO LEGAL BRASILEIRO¹,

Fabianne Fernandes dos Santos

1 INTRODUÇÃO

Insculpido no ordenamento constitucional brasileiro no art. 145, § 1º, da Constituição Federal², o princípio da capacidade contributiva é certamente um dos vetores basilares para a interpretação e implementação do Sistema Tributário Nacional.

Neste sentido, já prelecionava Ruy Barbosa Nogueira, autor do anteprojeto Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/66): “O princípio da capacidade contributiva é um conceito econômico e de justiça social, verdadeiro pressuposto da lei tributária”.³

Assim, na tarefa de tributar, sem a qual não haveria como custear a estrutura de uma sociedade civilizada, o Estado deve necessariamente observar os ditames do supracitado princípio. Dentre os instrumentos que o Estado utiliza para obter seus recursos financeiros e realizar os objetivos sociais, o principal são os tributos. Fonte, esta que teve origem na antiguidade e que sempre esteve acompanhada da problemática acerca dos limites do poder de tributar – o que inclui a determinação de a quem tributar, e em que medida.

A moderna acepção do Direito, aliás, teve origem como reação ao abuso dos governantes na tributação desenfreada e sem critérios. A primeira limitação legal ao poder de tributar mais próxima dos atuais arcabouços jurídicos surgiu na Inglaterra com a criação da Carta Magna, em 1215, como reação do parlamento de nobres contra

¹ Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito das Faculdades Integradas Hélio Alonso, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito sob a orientação do Professor André Brugni.

² “Art. 145. (...)”

§ 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.”

³ NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Curso de Direito Tributário**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 12.

inovações tributárias efetuadas pelo chefe de governo (o monarca) sem aprovação parlamentar. Curiosamente, associa-se a esse mesmo contexto histórico a lenda de Robin Hood - um “herói” que roubava dos ricos para dar aos pobres, realizando de maneira indesejável o ideal de justiça distributiva perseguido pelo moderno princípio da capacidade contributiva.

Todavia, muito antes, desde o surgimento das grandes civilizações, o Estado, não raro, se utiliza do poder de tributar de forma abusiva no volume e de modo a privilegiar classes mais altas e a angariar recursos financeiros de forma desigual sem critério justo. A própria tributação, em si, surgiu inicialmente como imposição a povos vencidos na guerra e a camponeses explorados - de modo que, desde suas origens, o tributo tem tido um perverso parentesco com o caráter de castigo e de derrota social.

No Brasil, a Conjuração Mineira de Tiradentes foi a principal revolta contra o poder ilimitado de tributar do Estado. A cobrança do chamado quinto do ouro extraído nos garimpos, que deveria ser pago à coroa portuguesa como tributo, fez com que os locais se revoltassem.

Desde aqueles tempos, a situação evidentemente melhorou – apesar de altos e baixos no caminho. Atualmente, a Constituição Federal Brasileira, como a de todos os países democráticos, garante os direitos fundamentais dos contribuintes, impondo limites ao poder arrecadatório estatal. Não há dúvida de que o tributo tem grande significado social, por ser o maior responsável pelo desenvolvimento da cidadania, financiando programas e ações do governo nas áreas da saúde, previdência, educação, moradia, saneamento, meio ambiente, energia e transporte, dentre outras. Mas é preciso zelo para que os princípios constitucionais sejam devidamente observados, tanto no que tange à definição legal das fontes de arrecadação (em volume e em repartição do ônus social) como no que tange à efetiva aplicação dos recursos arrecadados em obras e serviços que atendam às necessidades da população menos favorecida. Esse zelo não se faz suficientemente presente no Brasil atual.

O primeiro princípio basilar que deveria ser observado está na Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, *caput*, que estabeleceu o princípio fundamental da igualdade:

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: (...) I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.⁴

⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.**

Este princípio obriga a que os iguais sejam ser tratados de forma igual e que os desiguais sejam tratados de forma desigual, na medida de suas desigualdades – desde que este tratamento desigual tenha seu suporte de validade na Constituição Federal, sempre em proveito daqueles que menos têm.

Todavia, mantém-se, há muito, na prática, uma ampla desigualdade social no Brasil. E garantia de tratamento materialmente isonômico não está entre as prioridades do Estado ao tributar, que vislumbra apenas o volume arrecadatório. A aplicação insuficiente do princípio da igualdade no campo tributário – que está ligada diretamente ao supracitado princípio da capacidade contributiva – não é posta em questionamento com destaque, e a população de classes sociais menos favorecidas pagam maior carga de tributos, independente da sua riqueza ou renda e do retorno quanto aos acessos a serviços públicos essenciais a esse segmento populacional.

A estrutura tributária do país leva à injustiça fiscal, que penaliza os pobres e a classe média, e está fortemente estada em tributos indiretos, que incidem sobre o consumo de bens e serviços, e não sobre a renda e a propriedade. Além disso, a forma legal de se aplicar o imposto de renda no País leva a uma situação em que a classe média, na faixa que recebe entre 20 e 40 salários mínimos, seja a que mais suporta tal imposição sobre pessoas físicas hoje no Brasil.

Os tributos são fundados em fatos geradores que são índices de riqueza econômica (impostos e, ordinariamente, contribuições e empréstimos compulsórios), ou são graduados pela retributividade dos contribuintes (taxas e contribuições de melhoria). Um tratamento tributário legal materialmente isonômico, no que tange ao primeiro grupo de tributos, deveria ser pautado na aplicação de alíquotas mais altas conforme a renda e patrimônio (tributos diretos) e mais baixas de acordo com o consumo (tributos indiretos), mormente quando o produto é essencial. Mas não é o que ocorre no Brasil.

A sociedade brasileira necessita, assim, de uma reforma tributária não só diga respeito à diminuição da carga tributária total e simplificação normativa, mas também à repartição mais equânime do ônus fiscal entre as diversas camadas do espectro social. Tudo isso sem prejuízo da melhoria no acesso aos serviços essenciais, cada vez menos disponíveis.

Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 20.10.16.

O presente estudo, partilhando desse sentimento, foca seus esforços na descrição do referido descompasso entre o constitucionalmente desejado e o efetivamente existente na seara tributária, pretendendo contribuir para uma reflexão ampla sobre a problemática da desigualdade social tributária no Brasil.

A pesquisa realizada é descritiva, teórica, desenvolvida de forma documental e bibliográfica, analisando-se por vezes a legislação brasileira e a forma como esta é aplicada aos contribuintes, no que se refere à manutenção dos princípios constitucionais de isonomia e da capacidade contributiva na repartição da carga tributária. Evidenciando, assim, a necessidade de uma reforma tributária com justiça fiscal, a fim de que se diminua o peso da carga tributária sobre os economicamente menos favorecidos e a classe média e, ainda assim, possibilite atender melhor às demandas sociais em serviços públicos.

2 O PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA

Não é recente o sentimento de que o custeio das despesas executadas pelo Estado para realização dos objetivos da sociedade deveria ponderar, de alguma forma, a condição econômica individual do administrado que com ele arca. E hoje, tal sentimento se encontra consolidado no Direito Positivo das modernas sociedades civilizadas – as quais tiveram origem no século XVIII.

Verdade que foi omissa, nesse ponto, a Declaração de Direitos de Virgínia de 1776, que precedeu a Revolução Americana. Mas esse ideal de justiça distributiva pela via tributária seria prestigiado pouco depois, ainda de forma incipiente, na parte final de um artigo na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão emergente da Revolução Francesa de 1789, na seguinte enunciação:

Art. 13.º Para a manutenção da força pública e para as despesas de administração é indispensável uma contribuição comum **que deve ser dividida entre os cidadãos de acordo com suas possibilidades.**⁵

Se é indiscutível a influência do Iluminismo europeu sobre a Declaração-reflexo da queda do absolutismo na França, não menos verdade é que seu influxo viria a contagiar posteriormente também o outro lado do Atlântico, inclusive ao Sul. A primeira Constituição brasileira, outorgada pelo imperador D. Pedro I em 25 de março de 1824, já previa, em seu art. 179, XV:

⁵ Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>> Acesso em 02.10.2016.

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.(...)

XV. Ninguém será exempto de contribuir pera as despesas do Estado **em proporção dos seus haveres**.⁶

Curiosamente, o supracitado sentimento foi abandonado pelas Cartas de 1934 e 1937, instaladas durante governos de Getúlio Vargas – estadista que, não raro, costuma ser apontado por historiadores como pioneiro brasileiro na defesa da justiça social.

Foi na quinta constituição brasileira, que restabeleceu os valores democráticos e individuais em 1946, que nosso ordenamento não só voltou a prestigiar a preocupação com a justiça fiscal como foi mais específico, passando a referir-se a uma *graduação* da carga tributária individual: Art 202 - Os tributos terão caráter pessoal, sempre que isso for possível, **e serão graduados conforme a capacidade econômica do contribuinte**.⁷

É de notar-se que o preceito exposto na Carta Magna de 1946 se refere a tributos em geral - e não apenas a impostos.

O preceito voltou a desaparecer do ordenamento constitucional brasileiro sob o regime militar, não se fazendo presente na Constituição de 1967 nem na Emenda que praticamente equivaleu a uma Carta Política nova em 1969.

Somente com a redemocratização, em 1988, a Constituição Federal brasileira voltou a prever o princípio, insculpido, desde então, no seu art. 145, § 1º, porém – ao menos no que tange à forma expressa - de maneira mais restrita, focada nos impostos:

Art. 145. (...) (...)

§ 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.⁸

A expressão “capacidade econômica do contribuinte” quer se referir à capacidade contributiva (distinta da capacidade econômica genérica, que incluiria até mesmo os estrangeiros em trânsito no Brasil). Por sua vez, a locução “sempre que possível” indica

⁶ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm> Acesso em 02.10.2016.

⁷ Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm >Acesso em 02.10.2016.

⁸ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em 20.11.2016.

que, havendo possibilidade operacional, a obediência à capacidade contributiva não é uma faculdade do aplicador do Direito – notadamente do legislador – mas sim uma obrigatoriedade.

A limitação aparente aos impostos se vincula ao fato de que, durante muito tempo, essa espécie tributária foi tida como a única onde caberia a graduação, vez que os únicos outros tributos então existentes - as taxas e as contribuições de melhoria - seriam exações retributivas, cujos princípios constitucionais específicos já levam à ponderação da condição individual do contribuinte no cálculo do *quantum* a cobrar de cada um.

Todavia, com base no novo ordenamento de 1988, o próprio STF já fixou o entendimento que existem atualmente outras espécies tributárias: as contribuições e os empréstimos compulsórios. E a Carta de 88 não indica, para tais exações, fatos geradores limitados a caráter retributivo. Razão pela qual não há motivo para que não se submetam, também elas, ao princípio da capacidade contributiva. Parte desse raciocínio pode ser inferido do julgado de 2009 do RE 573.675, em que o STF, examinando caso de variação da alíquota da COSIP (Contribuição para o Custeio da Iluminação Pública) em função do consumo domiciliar de energia, incluiu na ementa a seguinte explicação: II – a progressividade da alíquota, que resulta do rateio do custo da iluminação pública entre os consumidores de energia elétrica, não afronta o princípio da capacidade contributiva.⁹

Ainda mais longe foi o STF ao decidir que até mesmo tributos retributivos poderiam submeter-se eventualmente ao referido princípio, como se vê no seguinte excerto da ementa do acórdão do ARE 707.948 AgR, de 2015: 3. A Corte, em diversas oportunidades, se manifestou no sentido de que o princípio da capacidade contributiva se aplica também às taxas.¹⁰

Em nosso ordenamento atual, o princípio da capacidade contributiva deriva de outro vetor fundamental do sistema constitucional tributário: o princípio da igualdade tributária, insculpido no art. 150, II, da Carta Magna e do qual a capacidade contributiva é verdadeiro subprincípio. A Carta Magna formula a isonomia tributária nos seguintes termos:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
(...)

⁹ Disponível em:<

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000087596&base=baseAcor daos>> Acesso em 02.11.2016.

¹⁰ Disponível em:<

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000275675&base=baseAcor daos>> Acesso em 02.10.2016.

II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;¹¹

Portanto, o preceito quanto à observância da capacidade contributiva é um mecanismo para assegurar que o Estado trate igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, aplicando a justiça na tributação, pois desta forma é possível harmonizar a carga da arrecadação aos objetivos maiores da sociedade brasileira. É dessa forma que deveria informar todo o sistema jurídica infraconstitucional brasileiro.

O Brasil, por ser um Estado Democrático de Direito, deve ter como o maior objetivo o alcance de uma sociedade solidária, justa e livre que defenda através das leis as garantias fundamentais, baseadas nos "Princípio da Dignidade Humana" e "Princípio da Solidariedade". E para isso, consoante observação de FISCHER, é indispensável à cobrança de tributos, colocando ao lado dos princípios liberais da propriedade e da liberdade também os princípios do Estado Social, como o princípio da solidariedade.

E nesta busca por uma sociedade livre, justa e solidária a Constituição regula minuciosamente a matéria financeira, pois seu texto apresenta a criação do sistema tributário nacional, determina os limites ao poder de tributar, apresenta os princípios financeiros básicos, executa a partilha dos tributos e da arrecadação tributária e ainda disciplina a fiscalização e execução do orçamento público.¹²

Por tudo que se viu, o princípio da capacidade contributiva deve ser observado como um limite ao poder de tributar do Estado no ordenamento legal brasileiro. Ele é um critério técnico para aplicar, na prática, a tributação desigual entre os desiguais. Mas não pode ser visto como mera justificativa para a ampliação da tributação a todo custo.

Conforme destaca CARVALHO:

Deveras, todo o Capítulo I do Título II da Constituição Brasileira delimita o exercício das competências tributárias das pessoas políticas, impedindo-as de ingressarem nas áreas reservadas aos direitos 'à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade' dos

¹¹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 20 out. 2016.

¹² FISCHER, Octavio Campos. **A Escola Glorificadora da Finalidade: Contribuições & Reforma Tributária**. Revista de Direito Tributário da APET, São Paulo, a. 1, n. 02, p. 95-112, 2004. p. 102-103.

contribuintes”. Os limites aos poderes do Estado através dos direitos fundamentais são denominados de Estatuto do Contribuinte, tendo como função impedir que haja o desrespeito aos direitos dos contribuintes no momento da arrecadação de tributos, mesmo sendo esta a forma como o Estado obterá recursos para realização dos fins determinados na própria Constituição Federal.¹³

Princípios como os da isonomia tributária e da capacidade contributiva representam direitos e garantias do contribuinte, orientando a forma sob a qual a tributação deve incidir sobre determinado fato ou pessoa. Se todos são iguais, formal e materialmente, perante a lei, não pode o ônus fiscal recair essencialmente sobre a parte menos privilegiada da sociedade, ou de forma idêntica sobre partes desiguais da sociedade. Por outro lado, somente quando o critério de diferenciação for válido perante estes e outros princípios da Constituição Federal é que não estarão sendo desrespeitados os direitos por ela assegurados.

A capacidade contributiva costuma se sustentar em quatro critérios, técnicas ou subprincípios: personalização, proporcionalidade, progressividade e seletividade. Em conjunto, esses mecanismos de diferenciação da tributação objetivam à realização da noção fundamental de justiça fiscal.

O subprincípio da personalização confere ao indivíduo um caráter pessoal relativo à tributação, de modo que se busca aferir a real condição econômica que o administrado tem no que tange a contribuir. Aqui, o legislador deve observar a peculiaridade dos cidadãos considerando cada um individualmente. Trata-se de um ideal a atingir e que se confunde com a própria essência do princípio da capacidade contributiva. Nessa linha de entendimento, TORRES leciona:

A capacidade contributiva se subordina à ideia de justiça distributiva. Manda que cada qual pague o imposto de acordo com a sua riqueza, atribuindo conteúdo ao vestuto critério de que a justiça consiste em dar a cada um o que é seu (*suum cuique tribuere*) e que se tornou uma das “regras de ouro” para se obter a verdadeira justiça distributiva. Existe igualdade no tributar cada qual de acordo com a sua capacidade contributiva, mas essa tributação produz resultados desiguais por se desigualarem as capacidades contributivas **individuais**. Capacidade contributiva é capacidade econômica do contribuinte, como, aliás, prefere a CF/8, mantendo a tradição da CF/46 e coincidindo, também, com a da Espanha. É capacidade de pagar (*ability to pay*) como dizem os povos de língua inglesa. Significa que **cada um** deve contribuir na

¹³ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 142-143.

proporção de suas rendas e haveres, independentemente de sua eventual disponibilidade financeira.¹⁴

Na prática, porém, devido à necessidade de tratamento massivo exigido pela operacionalidade das leis, faz-se necessário aplicar os subprincípios da proporcionalidade, progressividade e seletividade. Conforme observa TORRES: “(...) o princípio da igualdade tributária alcança em maior grau de concretude quando são observados certos subprincípios constitucionais, tais como a progressividade, a proporcionalidade, a seletividade, entre outros”¹⁵

A técnica da proporcionalidade indica que a medida da riqueza de cada qual deve ser tributada na mesma proporção, de modo que naturalmente os mais ricos contribuirão mais, por possuírem uma base tributável maior. Já a da progressividade, que realiza de modo mais intenso o ideal distributivista, indica que tal medida deve ser tributada em proporções desiguais, com percentagem maior sobre os de riqueza maior.

É intuitivo que a proporcionalidade se realiza através da exata aferição da *base de cálculo*. Ao passo que a progressividade o faz através da variação quantitativa das *alíquotas* segundo a base de cálculo, de modo que se apliquem percentagens maiores para contribuintes de maior capacidade contributiva e valores menores para contribuintes de menor capacidade contributiva. No primeiro caso, a *base de cálculo* cresce reflexamente à riqueza, sem variação de alíquota, enquanto que, no segundo, as *alíquotas* também progredem nos seus valores, conforme a riqueza.

Existem, no mínimo, três impostos que admitem a progressividade de alíquotas no Brasil - ao menos expressamente autorizados como tal na Constituição. O primeiro é o Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza (IR), cuja progressividade está estabelecida de forma *peremptória* no art. 153, §2º, I, da Carta Política. O segundo é o Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural (ITR), cuja progressividade está determinada, igualmente de forma *obrigatória*, no art. 153, §4, I, da Lei Maior. Por fim, o Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU) admite, *facultativamente*, a juízo de cada Município, a progressividade fiscal prevista no art. 156, §1º, da Constituição de 1988.

¹⁴ TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro Tributário**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 83.

¹⁵ TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**: os direitos humanos e a tributação. v. III, Imunidades e isonomia, p. 335.

Originalmente, predominava no STF a visão de que, inexistindo autorização constitucional expressa, não se poderia aplicar a progressividade na exigência de imposto. Esteava-se essa posição na vetusta classificação doutrinária dos impostos em “reais” e “pessoais”, conforme fossem devidos por coisas ou pessoas. Classificação que esbarra no fato de que todo tributo deve ter, ordinariamente, um sujeito passivo em sua hipótese de incidência. Hoje, felizmente, o entendimento sobre necessidade de autorização constitucional expressa da progressividade parece a caminho da extinção, como se vê do seguinte excerto da ementa do acórdão do Pretório Excelso, em 2013, no RE 562.045 - onde o Estado do Rio Grande do Sul recorria em defesa da progressividade de suas alíquotas no Imposto sobre Transmissões *Causa Mortis* e Doações (ITCMD), que não possui autorização expressa para tal na Carta:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. LEI ESTADUAL: PROGRESSIVIDADE DE ALÍQUOTA DE IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS E DOAÇÃO DE BENS E DIREITOS. CONSTITUCIONALIDADE. ART. 145, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. PRINCÍPIO DA IGUALDADE MATERIAL TRIBUTÁRIA. OBSERVÂNCIA DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO.¹⁶

Por outro lado, deve ser destacado que a técnica da progressividade é limitada pelo princípio da vedação ao confisco, previsto no art. 150, IV, da Constituição Federal, para que assim não desestimize o desenvolvimento do crescimento econômico.

Outro limite seria o princípio da razoabilidade. O STF já se posicionou sobre o tema na Ação Direta Inconstitucionalidade 2.010/DF, onde se impediu que a União, através da incidência cumulada de altas alíquotas de IR e Contribuição Previdenciária, tributasse no total mais de 50% da renda do contribuinte:

EMENTA: “(...) O Poder Público, especialmente em sede de tributação (...), não pode agir imoderadamente, pois a atividade estatal acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade (...)”¹⁷

Há de notar-se que, no caso, a razoabilidade foi invocada para inibir algo que beirava o confisco - de modo que, no fundo, mais uma vez a baliza máxima da progressividade é revelada como sendo o art. 150, IV, da Constituição Federal.

¹⁶ Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000221817&base=baseAcordaos>. Acesso em 02.11.2016.

¹⁷ Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=ADI&numero=2010&origem=A.P.> Acesso em 02.11.2016.

Por fim, o subprincípio da seletividade, que permeia os assim chamados tributos indiretos, orienta no sentido de que as alíquotas devem considerar as diferenças existentes entre as diferentes espécies de mercadorias e produtos. Mais precisamente, o fato de que alguns são essenciais, e outros, supérfluos. Assim, os produtos essenciais à subsistência da população não podem ser excessivamente onerados, pois há o risco de torná-los inacessíveis às camadas economicamente desfavorecidas. Conseqüentemente, a alíquota deve ser maior quando o produto ou bem é supérfluo e menor quando ele é essencial.

Nesse ponto, cabe um esclarecimento sobre o que sejam tributos diretos e indiretos. Entende-se por tributos diretos ou pessoais aqueles em que é difícil – ou não tão fácil – ao sujeito passivo transferir o ônus tributário a terceiros. Neles, o contribuinte realmente arca com o ônus econômico da tributação – como parece ser o caso do imposto de renda. Já os indiretos seriam aqueles que, por sua natureza, comportam mais facilmente a transferência, para terceiros, do ônus econômico da tributação. Seriam aqueles a que faz referência o art. 166 do Código Tributário Nacional¹⁸. É intuitivo que os indiretos são tributos que incidam sobre o consumo – daí se constatando que se amoldam à aplicação da seletividade, em prol do consumo do que é essencial em detrimento daquele do que é supérfluo.

Em outra frente de análise sobre possibilidades de aplicação do princípio da capacidade contributiva, deve ser destacado que a Constituição Federal, ao estabelecer as competências tributárias, atribuiu à União, o poder de criar o tão polêmico Imposto Sobre Grandes Fortunas (IGF), previsto no seu art. 153, VII. O destaque é aqui feito porque, na medida em que já existem outros impostos sobre o patrimônio (IPTU, ITR, ITCMD, etc.), o IGF seria um agravamento, constitucionalmente autorizado, da tributação sobre o patrimônio quando se trata dos economicamente privilegiados. Portanto, um mecanismo jurídico apto a colaborar para o ideal da igualdade material, da capacidade contributiva e da justiça fiscal distributiva.

Referido inciso VII estabelece que o IGF somente pode ser criado por Lei Complementar, de modo que escapa ao âmbito das possibilidades de Medidas Provisórias e, conseqüentemente, depende do convencimento de mais de 50% dos senadores e deputados federais para existir. Nenhuma legislatura do Congresso Nacional se dignou,

¹⁸ “Art. 166. A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido o referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la.”

em quase quatro décadas, a criar este que continua a ser o único imposto previsto e não criado no País.

É sabido que os críticos do IGF – em geral com voz na grande mídia, cujos proprietários se encontram entre as maiores fortunas do País¹⁹ – sustentam que sua criação seria contraproducente, na medida em que levaria, em tese, contribuintes a abandonarem o País ou a reduzir investimentos e, portanto, o crescimento e o emprego. Nunca se divulgou suficientemente na mídia, porém, estudos estatísticos que amparassem essa “conclusão” com premissas concretas, aplicáveis a diferentes cenários

– inclusive os de recessão como a que ora se vive no Brasil.

Por fim, deve ser destacado que o próprio conjunto de opções, dentre as constitucionalmente previstas, escolhido pelo legislador no que tange à criação de tributos e definição de suas bases de cálculo e alíquotas pode ser uma forma de realização do princípio da capacidade contributiva. Isto porque referido princípio é prestigiado quando o conjunto dessas opções faz – apesar de haver vozes em contrário – com que o grosso da soma da carga tributária seja composto de tributos sobre patrimônio ou renda, não sobre o consumo.

Os tributos sobre patrimônio ou renda (que quase sempre se confundem com os diretos), possuem diversas autorizações constitucionais para tratamento desigual entre contribuintes desiguais, como visto acima. Já os tributos sobre o consumo (que quase sempre se confundem com os indiretos), até pela maior facilidade na transferência do ônus do encargo a terceiros, impedem aplicação prática do tratamento desigual, pela própria impossibilidade de se identificar, *a priori*, quem seria esse terceiro a arcar com o ônus econômico da tributação.

Consequentemente, carregar mais na tributação sobre o consumo do que na sobre patrimônio ou renda implica fazer o ônus fiscal recair majoritariamente sobre uma massa indistinta, onde os economicamente mais favorecidos tendem a enfrentar as mesmas bases de cálculo e alíquotas que os menos favorecidos, portanto desembolsando percentual muito menor de suas posses para arcar com tal ônus. Uma realização do inverso do princípio da capacidade contributiva.

Como se vê, portanto, existem diversas ferramentas à disposição do legislador brasileiro para a realização do princípio da capacidade contributiva: pessoalidade,

¹⁹ A esse respeito, ver notícia da revista Forbes, disponível em <http://www.forbes.com.br/listas/2016/03/31-maiores-bilionarios-brasileiros/>. Acesso em 3.11.2016.

proporcionalidade, progressividade, seletividade, IGF e conjunto da tributação preferencialmente incidente sobre patrimônio/renda são apenas algumas.

Contudo, apesar de no ordenamento brasileiro o referido princípio estar presente na ordem constitucional, em termos práticos tem se revelado insuficientemente explorado na busca da igualdade tributaria e, por conseguinte a justiça social, como se verá.

3 REPARTIÇÃO DA CARGA TRIBUTÁRIA NO PAÍS

O Sistema Tributário Nacional é o conjunto de normas constitucionais de natureza tributária, subordinados aos princípios constitucionais. Estes últimos são, assim como nos demais ramos do direito, o alicerce para a segurança jurídica, da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais.

No vigente capítulo do Sistema Tributário Nacional em nossa Carta Política (arts. 145 a 162), foram estabelecidas as competências arrecadatórias dos entes federativos e determinados os limites ao poder de tributar com vedações que equivalem a cláusulas pétreas. Entre tais vedações, algumas muito suscitados pela maior parte da comunidade jurídica, tais como os princípios da legalidade, isonomia, irretroatividade e anterioridade. Mas pode-se dizer que os três princípios basilares são outros: o das espécies tributárias limitadas (arts. 145, 148,

149 e 149-A da CF/1988), o da lei complementar (art. 146 da CF/1988) e o da capacidade contributiva (art. 145, § 1º, da CF/1988). Em conjunto, determinam que somente se podem criar tributos previstos na Carta Magna, obedecendo às normas gerais fixadas em Lei Complementar e buscando sempre que possível onerar majoritariamente os economicamente mais favorecidos.

A tributação constitucionalmente autorizada no Brasil incide essencialmente sobre espécies de três fatos geradores: consumo, patrimônio e renda. Existem, no entendimento atual do STF, pelo menos cinco espécies de tributos no sistema constitucional brasileiro vigente: (1) os impostos (art. 145, I, da CF), cujo fato gerador independe de atuação estatal específica, isto é, não esta relacionada a uma contraprestação específica, custeando a maior parte dos serviços “*uti universi*”; (2) as taxas (art. 145, II, da CF) em que o fato gerador está relacionado ao exercício regular de poder de polícia ou a um serviço público específico e divisível, isto é, em que se pode mensurar sua utilidade singular; (3) as contribuições de melhoria (art. 145, III, da CF), sobre a valorização imobiliária decorrente

de obra pública; (4) os empréstimos compulsórios (art. 148 da CF), cujo fato gerador não é definido pela Constituição Federal de 1988 e tão pouco pelo CTN, pois apenas preveem as circunstâncias que autorizam sua instituição e determinam a vinculação de sua arrecadação ao combate a tais circunstâncias; e (5) as contribuições especiais (art. 149 e 149-A da CF/88), igualmente indefinidas quanto a fato gerador na CF e no CTN, mas igualmente com determinação de arrecadação vinculada, subdividindo-se em contribuições sociais (cujas arrecadações devem se destinar a objetivos previstos no título VIII da Carta), interventivas (o mesmo, em relação a objetivos do título VII da Carta), profissionais (o mesmo, em relação a objetivos do art. 8º da Carta) e a para custeio da iluminação pública-COSIP (o mesmo, em relação à iluminação pública municipal).

No que tange a impostos, a distribuição das competências tributárias entre União, Estados e Municípios foi feita com base nas manifestações de riqueza, repartida da seguinte forma:

- União: (i) importação de produtos estrangeiros; (ii) exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados; (iii) renda e proventos de qualquer natureza; (iv) produtos industrializados; (v) operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários; (vi) propriedade territorial rural; e (vii) grandes fortunas, nos termos de lei complementar, nos termos do art. 153 da CF, além das competências tributária residual e extraordinária previstas no art. 154;
- Estados e DF: (i) transmissão causa mortis e doação de quaisquer bens ou direitos; (ii) operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior; e (iii) propriedade de veículos automotores, nos termos do art. 155 da CF;
- e Municípios e DF: (i) propriedade predial e territorial urbana; (ii) transmissão "inter vivos", a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição; e (iii) serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar, nos termos do art. 156 da CF.

Logo abaixo da Constituição, o Código Tributário Nacional, nascido em 1966, possui natureza jurídica de Lei Ordinária, mas é dotado de eficácia de Lei Complementar no que tange ao estabelecimento de normas gerais tributárias, pois foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 ante de mera incompatibilidade formal (o art. 146, III da Carta atual exige Lei Complementar para tratar de normas gerais de direito tributário) com a nova ordem.

Conforme visto acima, os tributos são indiretos quando, por sua natureza, ensejam o repasse para o consumidor. E assim o são porque incidem sobre o preço de produtos (e para o STJ, serviços)²⁰, e diretos quando, ao contrário, incidem mais diretamente sobre patrimônio (bens) e renda.

Postas essas premissas, passa-se à prática legal tributária brasileira, a partir do exame de suas consequências.

Apesar de haver um grande número de tributos no Brasil, a arrecadação concentra-se em poucos deles. E a tributação mais elevada ocorre justamente sobre o consumo de bens e serviços no país, através de exações tais como o ICMS, o IPI, o IRPJ, o ISS, o PIS, a COFINS e a CSLL (estes três últimos pertencendo à espécie das contribuições sociais, sendo que PIS e COFINS incidem ordinariamente sobre a receita). Tal perfil da tributação é **regressivo**, agravando desproporcionalmente as camadas menos favorecidas, na medida em que comprometem, em relação aos mais abastados, maior parte de suas rendas para comprar os mesmos bens e serviços.

Conforme análise da Receita Federal do Brasil²¹, à luz dos pagamentos compulsórios realizados por pessoas físicas e jurídicas, a carga tributária total no país somou 32,66% do

Produto Interno Bruto (PIB) em 2015, o equivalente a R\$ 1,9 milhões. Número que representa uma elevação de 0,24% em comparação com o ano anterior (que registrara o índice de 32,42%, isto é, R\$ 1,8 milhões).

Dessa carga tributária de 32,66% do PIB em 2015, a maior parte do bolo coube à União (22,29% do PIB), ficando em segundo lugar os tributos estaduais (8,28%) e, em terceiro, os municipais (2,08%).

O Governo Federal sobressai também no que tange à percentagem do total das receitas tributárias: nada menos que 68,26% delas provieram de sua tributação em 2015. Com destaque para as exações destinadas à Seguridade Social, que responderam por

²⁰ Não ignoramos que há autores, como Schoueri, para quem os impostos indiretos são aqueles que geram repasse jurídico, e não apenas econômico, do ônus tributário. Isto é, que permitem o creditamento do ônus tributário para abatimento no débito. Para essa escola, somente seriam impostos indiretos o IPI e o ICMS. Todavia, o entendimento reiterado do STJ (p. ex, no AgRg no AREsp 601339) de que o ISS é tributo indireto quando incide sobre o movimento econômico (preço) dos prestadores de serviço indica que o critério é apenas o repasse econômico, posição à qual nos filiamos.

²¹ BRASIL. **Secretaria da Receita Federal**. <<https://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/estudos-e-estatisticas/carga-tributaria-no-brasil/ctb-2015> > Acesso em 03.11.2016.

34,95 pontos percentuais, incluindo PIS (2,73%) e COFINS (10,37%). Enquanto isso, a tributação estadual alcançou patamar bem menor: 25,37% (quase toda concentrada no ICMS, responsável por 20,5%). Menos ainda o fez a tributação municipal: 6,37%, (com o ISS respondendo por 3,01%).

A análise, consoante à base de incidência, isto é, de acordo com os fatos geradores, demonstra que a principal fonte de arrecadação tributária no Brasil, em 2015, foram os tributos sobre bens e serviços, isto é, os tributos indiretos, que chegaram ao patamar de 16,28% do PIB. Um dos mais elevados percentuais quando comparado aos demais países, consistindo em quase metade da arrecadação tributária (49,7% em 2015) de acordo com o demonstrado nas tabelas que se seguem. A receita de tributos sobre bens e serviços sempre foi a mais elevada do país na análise histórica constante nas referidas tabelas, que tem por início o ano de 2002: nunca esteve abaixo de 48,45%, e o menor total arrecado em relação ao PIB foi no ano mais antigo, de 2002, quando alcançou 15,64%.

Quanto à da arrecadação dos tributos sobre a renda, aqueles em que o governo arrecada diretamente dos cidadãos e confere a manifestação de riqueza de cada qual, apurando o lucro, rendimentos e o ganho de capital, alcançou o valor total de 5,97 pontos percentuais do PIB em 2015 - o equivalente a meros 18,27% da arrecadação tributária total, sendo este numero um dos menores de todo o mundo.

Série Histórica - Receita Tributária por Base de Incidência - 2002 a 2015

Cód.	Tipo de Base	% da Arrecadação Total													
		2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
0000	Total da Receita Tributária	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%
1000	Tributos sobre a Renda	18,85%	18,37%	17,16%	18,66%	18,47%	19,10%	20,45%	19,63%	18,16%	19,08%	17,92%	18,15%	18,05%	18,27%
1100	Pessoa Física	6,09%	6,42%	6,44%	6,64%	6,56%	6,80%	7,27%	7,11%	7,22%	7,38%	7,64%	7,49%	7,88%	8,00%
1200	Pessoa Jurídica	7,64%	6,93%	6,65%	7,93%	7,84%	8,33%	9,28%	8,33%	7,65%	7,85%	6,67%	7,00%	6,38%	5,70%
1900	Retenções na Fonte	5,12%	5,02%	4,07%	4,10%	4,07%	3,68%	3,89%	3,69%	3,38%	3,66%	3,61%	3,66%	3,80%	4,57%
2000	Tributos sobre a Folha de Salários	23,67%	23,72%	23,88%	24,06%	24,46%	24,15%	24,23%	26,28%	26,01%	25,61%	26,43%	25,79%	25,95%	25,83%
2100	Previdência Social	16,58%	16,53%	16,96%	17,15%	17,24%	17,24%	17,01%	18,48%	18,16%	17,99%	18,34%	17,51%	17,31%	16,93%
2200	Empresário	10,56%	11,00%	11,51%	11,73%	11,56%	11,61%	11,48%	12,45%	12,37%	12,24%	12,38%	11,73%	11,40%	11,34%
2220	Empresário	5,09%	4,33%	4,63%	4,85%	5,10%	5,11%	5,04%	5,51%	5,29%	5,21%	5,36%	5,16%	5,27%	5,00%
2230	Auxílio	0,83%	0,89%	0,58%	0,54%	0,56%	0,53%	0,49%	0,52%	0,50%	0,54%	0,57%	0,60%	0,64%	0,60%
2290	Outros	0,11%	0,50%	0,25%	0,23%	0,00%	0,00%	-0,01%	0,00%	0,00%	0,00%	0,00%	0,02%	0,00%	0,00%
2300	Seguro Desemprego	4,93%	5,01%	4,70%	4,82%	4,80%	4,76%	4,84%	5,32%	5,10%	5,13%	5,46%	5,64%	5,90%	6,14%
2900	Outros	2,11%	2,18%	2,21%	2,09%	2,32%	2,25%	2,37%	2,48%	2,76%	2,48%	2,63%	2,64%	2,75%	2,76%
3000	Tributos sobre a Propriedade	3,53%	3,57%	3,19%	3,34%	3,47%	3,51%	3,56%	3,91%	3,79%	3,74%	3,89%	3,94%	4,17%	4,44%
3100	Propriedade Imobiliária	1,61%	1,65%	1,57%	1,48%	1,48%	1,41%	1,36%	1,45%	1,42%	1,39%	1,41%	1,44%	1,56%	1,65%
3200	Propriedade de Veículos Automotores	1,45%	1,42%	1,39%	1,45%	1,53%	1,60%	1,63%	1,87%	1,70%	1,65%	1,72%	1,68%	1,76%	1,88%
3300	Transferências Patrimoniais	0,47%	0,50%	0,43%	0,43%	0,46%	0,51%	0,56%	0,58%	0,68%	0,70%	0,76%	0,81%	0,85%	0,91%
4000	Tributos sobre Bens e Serviços	48,68%	49,13%	50,44%	48,99%	48,65%	47,65%	49,77%	48,45%	49,71%	49,32%	49,81%	50,41%	50,20%	49,68%
4100	ICMS	30,08%	29,70%	31,53%	31,63%	31,19%	30,30%	31,53%	32,07%	33,36%	33,34%	34,10%	35,06%	34,19%	33,46%
4110	ICMS Convencional	13,29%	13,91%	20,82%	22,03%	21,62%	20,76%	22,55%	21,72%	22,56%	22,39%	22,73%	23,37%	22,18%	21,88%
4120	ICMS Substituído	16,79%	15,79%	10,70%	9,60%	9,57%	9,53%	9,98%	10,35%	10,80%	10,95%	11,38%	11,69%	12,01%	11,69%
4200	Salários	14,14%	14,79%	14,27%	12,99%	13,05%	12,99%	12,52%	11,43%	11,56%	10,85%	10,11%	9,21%	9,63%	9,30%
4210	Automóveis	1,96%	1,99%	2,33%	2,38%	2,29%	2,69%	2,75%	2,40%	2,63%	2,69%	2,22%	2,05%	2,19%	2,17%
4220	Bebedas	1,08%	1,09%	1,01%	0,93%	1,10%	1,03%	0,95%	1,05%	1,01%	0,98%	0,87%	0,86%	0,88%	0,94%
4230	Combustíveis	5,63%	5,32%	5,29%	3,70%	3,76%	3,42%	3,11%	2,65%	2,76%	2,41%	2,57%	2,38%	2,46%	2,66%
4240	Energia Elétrica	2,18%	2,27%	2,35%	2,31%	2,48%	2,42%	2,16%	2,26%	2,07%	1,84%	1,84%	1,59%	1,67%	1,69%
4250	Tabaco	0,69%	0,71%	0,69%	0,60%	0,57%	0,54%	0,54%	0,54%	0,54%	0,47%	0,48%	0,51%	0,53%	0,52%
4260	Telecomunicações	2,69%	2,80%	2,59%	3,07%	2,83%	2,89%	2,81%	2,93%	2,52%	2,36%	2,03%	1,81%	1,90%	1,92%
4300	Contra exterior	1,66%	1,51%	1,45%	1,23%	1,23%	1,33%	1,64%	1,48%	1,63%	1,63%	1,98%	2,13%	1,99%	2,02%
4400	Taxes - Trans. Serviços e Poder Político	1,98%	2,26%	2,35%	2,34%	2,39%	2,32%	2,33%	2,50%	1,42%	2,19%	2,44%	2,40%	2,41%	2,51%
4500	Contribuições Previdenciárias	0,22%	0,27%	0,27%	0,24%	0,24%	0,23%	0,24%	0,25%	0,21%	0,21%	0,40%	0,34%	1,21%	1,15%
4600	Outras Contribuições Sociais e Econômicas	0,59%	0,58%	0,59%	0,55%	0,56%	0,67%	0,70%	0,71%	0,46%	0,69%	0,78%	0,78%	0,77%	0,75%
5000	Tributos sobre Transações Financeiras	5,07%	5,09%	4,99%	4,80%	4,82%	4,81%	2,03%	1,79%	1,11%	2,20%	1,96%	1,88%	1,62%	1,60%
5200	Trib. s/ Dívidas e Créditos Bancários	4,24%	4,27%	4,16%	3,98%	3,96%	3,97%	0,89%	0,80%	0,00%	0,81%	-0,02%	-0,01%	0,00%	0,00%
5200	Outros	0,84%	0,82%	0,83%	0,82%	0,84%	0,85%	1,93%	1,79%	1,11%	2,19%	1,97%	1,89%	1,61%	1,60%
9000	Outros Tributos	0,19%	0,12%	0,14%	0,15%	0,13%	0,15%	-0,05%	-0,05%	0,11%	0,05%	-0,01%	0,04%	0,01%	-0,02%

Fonte: Receita Federal Carga Tributária no Brasil 2015 (tabela INC 02-C)

Tabela INC 02-B

Série Histórica - Receita Tributária por Base de Incidência - 2002 a 2015

em % PIB

Cód.	Tipo de Base	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
000	Total da Receita Tributária	32,12%	31,37%	31,38%	33,57%	33,31%	33,66%	33,53%	32,27%	32,44%	33,39%	32,70%	32,67%	32,42%	31,66%
100	Tributos sobre o Renda	6,06%	5,76%	5,56%	6,26%	6,15%	6,50%	6,86%	6,33%	5,92%	6,37%	5,86%	5,93%	5,85%	5,97%
1100	Pessoa Física	1,96%	1,91%	1,89%	2,23%	2,19%	2,29%	2,44%	2,29%	2,34%	2,46%	2,30%	2,45%	2,55%	2,61%
1200	Pessoa Jurídica	2,46%	2,17%	2,15%	2,66%	2,61%	2,97%	3,11%	2,85%	2,48%	2,61%	2,18%	2,29%	2,07%	1,85%
1900	Retenções nas Fontes	1,64%	1,68%	1,52%	1,37%	1,35%	1,24%	1,30%	1,19%	1,10%	1,21%	1,18%	1,20%	1,23%	1,49%
200	Tributos sobre o Consumo	7,60%	7,44%	7,73%	8,08%	8,15%	8,16%	8,12%	8,48%	8,44%	8,55%	8,64%	8,43%	8,41%	8,44%
2100	Contribuição Social	5,33%	5,19%	5,49%	5,76%	5,74%	5,80%	5,70%	5,96%	5,89%	6,01%	6,00%	5,72%	5,61%	5,53%
2110	Empresarial	3,39%	3,45%	3,73%	3,94%	3,85%	3,91%	3,85%	4,02%	4,01%	4,09%	4,05%	3,83%	3,70%	3,70%
2111	Empresarial	1,63%	1,36%	1,30%	1,63%	1,70%	1,72%	1,69%	1,78%	1,72%	1,74%	1,76%	1,69%	1,71%	1,63%
2112	Autônomo	0,27%	0,22%	0,19%	0,18%	0,15%	0,18%	0,16%	0,17%	0,16%	0,18%	0,19%	0,20%	0,21%	0,19%
2119	Outros	0,03%	0,14%	0,04%	0,01%	0,00%	0,00%	0,00%	0,00%	0,00%	0,00%	0,00%	0,01%	0,00%	0,00%
2200	Imposto de Consumo	1,60%	1,57%	1,51%	1,62%	1,63%	1,60%	1,62%	1,72%	1,65%	1,71%	1,79%	1,84%	1,91%	2,00%
2900	Outros	0,68%	0,69%	0,72%	0,70%	0,77%	0,76%	0,79%	0,80%	0,89%	0,83%	0,85%	0,86%	0,89%	0,90%
300	Tributos sobre o Patrimônio	1,14%	1,12%	1,10%	1,12%	1,16%	1,19%	1,19%	1,26%	1,23%	1,25%	1,27%	1,29%	1,35%	1,43%
3100	Contribuição de Melhoria	0,52%	0,51%	0,51%	0,50%	0,45%	0,48%	0,46%	0,47%	0,46%	0,46%	0,46%	0,47%	0,51%	0,54%
3200	Contribuição de Melhorias Autônomas	0,47%	0,45%	0,45%	0,48%	0,51%	0,54%	0,55%	0,60%	0,55%	0,55%	0,56%	0,55%	0,57%	0,61%
3300	Transferências Patrimoniais	0,15%	0,16%	0,14%	0,14%	0,15%	0,17%	0,19%	0,19%	0,22%	0,23%	0,23%	0,27%	0,28%	0,30%
400	Tributos sobre Bens e Serviços	15,64%	15,41%	16,03%	16,44%	16,21%	16,11%	16,69%	15,63%	16,13%	16,47%	16,29%	16,47%	16,28%	16,22%
4100	Gerais	9,66%	9,31%	10,11%	10,62%	10,39%	10,20%	10,91%	10,35%	10,82%	11,13%	11,15%	11,45%	11,08%	10,91%
4110	Não Cumulativas	4,27%	4,36%	6,74%	7,40%	7,20%	6,99%	7,56%	7,01%	7,32%	7,49%	7,45%	7,64%	7,19%	7,12%
4111	Cumulativas	5,39%	4,95%	3,47%	3,22%	3,19%	3,21%	3,35%	3,34%	3,50%	3,64%	3,71%	3,82%	3,89%	3,80%
4200	Seletivas	4,54%	4,94%	4,81%	4,36%	4,35%	4,37%	4,13%	3,69%	3,76%	3,81%	3,31%	3,01%	3,12%	3,10%
4210	Automóveis	0,63%	0,61%	0,75%	0,80%	0,76%	0,90%	0,92%	0,77%	0,87%	0,90%	0,73%	0,67%	0,71%	0,71%
4211	Bebidas	0,35%	0,34%	0,33%	0,31%	0,37%	0,35%	0,32%	0,34%	0,33%	0,33%	0,29%	0,28%	0,28%	0,27%
4212	Combustíveis	1,81%	1,89%	1,71%	1,24%	1,26%	1,15%	1,04%	0,86%	0,90%	0,90%	0,84%	0,78%	0,80%	0,87%
4214	Energia Elétrica	0,67%	0,71%	0,79%	0,78%	0,82%	0,81%	0,73%	0,73%	0,67%	0,63%	0,63%	0,52%	0,54%	0,53%
4219	Tabaco	0,22%	0,22%	0,22%	0,20%	0,19%	0,18%	0,18%	0,17%	0,17%	0,16%	0,16%	0,17%	0,17%	0,17%
4260	Telecomunicações	0,86%	0,89%	0,84%	1,03%	0,94%	0,97%	0,94%	0,82%	0,82%	0,79%	0,69%	0,59%	0,62%	0,63%
4300	Comércio Exterior	0,53%	0,47%	0,47%	0,41%	0,41%	0,45%	0,55%	0,48%	0,54%	0,61%	0,63%	0,70%	0,65%	0,66%
4400	Taxas - Prest. Serviços - Poder Político	0,64%	0,72%	0,75%	0,75%	0,80%	0,78%	0,78%	0,81%	0,79%	0,80%	0,80%	0,79%	0,78%	0,82%
4500	Contribuições Previdenciárias	0,07%	0,08%	0,09%	0,08%	0,08%	0,08%	0,08%	0,08%	0,07%	0,07%	0,13%	0,27%	0,39%	0,38%
4600	Outras Contribuições Sociais e Estatutárias	0,19%	0,18%	0,19%	0,18%	0,19%	0,23%	0,24%	0,23%	0,15%	0,19%	0,19%	0,25%	0,25%	0,23%
500	Tributos sobre Transações Financeiras	1,63%	1,60%	1,61%	1,61%	1,61%	1,62%	0,68%	0,58%	0,68%	0,73%	0,64%	0,55%	0,52%	0,59%
5100	Trib. sobre Oport. e Créditos Bancários	1,36%	1,34%	1,33%	1,34%	1,33%	1,34%	0,03%	0,00%	0,00%	0,00%	-0,01%	0,00%	0,00%	0,00%
5200	Outros	0,27%	0,26%	0,27%	0,27%	0,28%	0,29%	0,65%	0,58%	0,68%	0,73%	0,64%	0,55%	0,52%	0,59%
9000	Outros Tributos	0,06%	0,04%	0,05%	0,05%	0,04%	0,05%	-0,01%	-0,02%	0,04%	0,01%	0,00%	0,01%	0,00%	-0,01%

Fonte: Receita Federal Carga Tributária no Brasil 2015 (tabela INC 02-B)

Estes números demonstram que a implantação prática do Sistema Tributário Nacional por meio da legislação infraconstitucional não está atendendo a preceitos constitucionais, pois tendem, segundo a série histórica, a reforçar a desigualdade

tributária e a concentração de renda, pelos motivos expostos no Capítulo 2.

No período de treze anos, de 2002 a 2015, os números oficiais mostram também que a arrecadação total por base de incidência praticamente não alterou, assim como a relativa ao PIB. No levantamento enunciado, os números se mantiveram, praticamente, nos mesmos percentuais arrecadatários sem apresentar grandes alterações.

A arrecadação de tributos sobre a renda passou uma única vez do percentual de 20%, no ano de 2008, chegando a 20,45% de arrecadação. Nos demais anos, oscilou entre 17% e 19,5%. Por sua vez, a arrecadação sobre a propriedade tem pouca expressão na carga tributária do país: em 2015, obteve receita correspondente a 4,44 pontos percentuais. Do outro lado, a tributação sobre a folha de salários atingiu 25,83% em 2015, número menor que o arrecadado em 2014 (que equivaleu a 25,95% da receita), mas que se encontra em ascensão gradativa, tendo em vista o crescimento apresentado desde 2002 (cujas arrecadação era de 23,67%), em cerca de 2,0 pontos percentuais.

Em pesquisa da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico-OCDE²², aferindo a carga tributária de 2014 em relação ao Produto Interno Bruto (PIB), o Brasil aparece com a arrecadação maior em comparação com dez países que, em sua maioria, são considerados desenvolvidos e em que a maior parte dos tributos são convertidos em contraprestações prestadas pelo Estado. São eles: Chile (19,8%), Coreia (24,6%), Estados Unidos (26,0%), Suíça (26,6%), Turquia (28,7%), Irlanda (29,9%), Canadá (30,8%), Eslováquia (31,0), Israel (31,1%) e Nova Zelândia (32,4%).

Contudo, a relação brasileira carga/PIB foi inferior à de 19 outros países: Dinamarca (50,9%), França (45,2%), Bélgica (44,7%), Itália (43,6%), Finlândia(43,9%), Áustria (43%), Suécia (42,7%), Noruega (39,1%), Islândia (38,7%), Hungria(38,5%), Luxemburgo (37,8%), Eslovênia (36,6%), Alemanha (36,1%), Grécia (35,5%), Portugal (34,4%), República Checa (33,5%), Espanha (33,2%), Estônia (32,9%) e Reino Unido (32,6%).

Em relação à América Latina, o Brasil tem a maior carga tributária, seguido da Argentina com 31,2%. Com cargas menores se enquadram a Colômbia, com 20,0 %, e Peru, com 18,3%. Ainda conforme a pesquisa, o Brasil registrou uma carga tributária sobre bens e serviços de 16,28% em 2015, sendo o país com o segundo maior índice

²² OCDE - ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONOMICO. Disponível em: <<http://www.oecd.org/brazil/economic-survey-brazil.htm>> Acesso em 03.11.2016.

dentre todos os países, atrás, apenas, da Hungria, que registrou 16,9% de arrecadação sobre as receitas deste tipo.

Apesar de os dados demonstrarem que o Brasil arrecada menos em comparação a um número maior de países integrantes da OCDE, denotam a necessidade de elevar a base tributária sobre a renda, aliviando a tributação na produção e consumo. A carga tributária brasileira tem, indubitavelmente, parte por demais expressiva dos seus recursos advindo dos tributos indiretos. Isso descumprido o previsto no § 1º do art. 145 da Constituição de 1988, que estatui o princípio da capacidade contributiva. A forma como o Brasil tributa o consumo de bens, serviços e a renda contribui para a desigualdade e para a pobreza no país.

Boa parte dessa autêntica regressividade da tributação nacional é explicada por duas distorções na tributação sobre a renda: o baixo alcance da tabela de alíquotas e as isenções, em ambos os casos derivando do ordenamento legal. Consoante leciona GODOI:

“(…) [as] distorções na tributação brasileira são resultantes, principalmente, do extremo descaso com que o legislador ordinário brasileiro trata a progressividade nos impostos diretos, o que fica evidenciado pelo seu desprezo até mesmo com o IRPF. Observa que apesar de a Constituição dispor que a incidência deste imposto deva ser geral, universal e progressiva (art. 153, §3º), pouca efetividade é dada a estes princípios. A generalidade é descaracterizada em muitas situações, a exemplo da isenção dos lucros e dividendos distribuídos pelas pessoas jurídicas aos seus sócios e acionistas. A progressividade resume-se a uma diversidade de alíquotas (15%, 27,5% etc.) que não representam a diversidade da riqueza das pessoas. E arremata que o mínimo vital preservado pelo imposto (faixa de isenção), a cada ano é corroído por força de efeitos inflacionários sem que os governos procedam a imediata correção.”²³

É de se notar que as alíquotas do Imposto de Renda sobre Pessoas Físicas (IRPF) no Brasil têm um histórico recente de abandono da progressividade nos estratos superiores. Até 1995, inclusive, a tabela de alíquotas previa a de 35% para rendas mais de nove vezes superior à renda de referência para a alíquota imediatamente anterior (que era então de 26,5%). Naquela ocasião, durante a presidência de Fernando Henrique Cardoso, a alíquota de 35% foi suprimida pelo Congresso Nacional, e a alíquota imediatamente anterior foi reduzida pifiamente, para 25% (majorada em 2001 para 27,5%, percentual que, desde então, se mantém como alíquota maior da tabela, aplicável indistintamente a qualquer renda superior a R\$ 4.664,68 mensais, em valores de 2016).

²³ GODOI, Marciano Seabra. *Justiça, igualdade e direito tributário*. São Paulo: Dialética. 1999, p. 192.

No mesmo período, manteve-se inalterada a menor alíquota de 15% para as rendas não isentas. Somente em 2009 viria a ser promovido algum esforço em prol de maior progressividade, com a instituição das alíquotas intermediárias de 7,5% e 22,5%, mas novamente sem majorar a alíquota maior, evitando assim maior tributação sobre o “andar de cima” do espectro sócio-econômico brasileiro.

Esse fato contribui para que a progressividade do IRPF no Brasil seja atualmente um quase um mito, pois na prática, uma pessoa física que auferir receitas de R\$ 5 mil ao mês será tributado exatamente pela mesma alíquota que uma pessoa física que auferir R\$ 500 mil ao mês. Acresça-se que a dificuldade observada na atualização monetária legal da tabela torna a regressividade na prática ainda maior, vez que os estratos superiores da sociedade possuem renda disponível para investimentos em mercados de capitais que remuneram a juros e outros índices, além da correção monetária.

No que tange à tributação sobre a propriedade, o fato é que a grande maioria da sociedade não possui patrimônio tributável, de modo que não se consegue efetuar em maior escala no que tange ao universo pessoal. Para aumentar essa fonte de receitas em relação àquela derivada da tributação do consumo, seria necessário instituir alíquotas efetivamente progressivas no IPTU, IPVA, ITBI, ITCMD e ITR, além de implantar o IGF. No Município do Rio de Janeiro, por exemplo, ainda não existem alíquotas progressivas, apesar de a Constituição atualmente assim o autorizar.

Não bastasse todo o exposto, embora o cidadão brasileiro médio pague muitos tributos e arque proporcionalmente com a maior parte da carga fiscal, a contrapartida em serviços públicos não guarda a mesma magnitude.

Consoante dados da Associação Comercial de São Paulo (ACSP)²⁴, desde janeiro até o dia 21 de outubro de este ano, foram arrecadados no Brasil cerca de R\$ 1,6 trilhão em tributos. Ao mesmo tempo, o Brasil se encontra na última posição do ranking dos 30 países de maior tributação no mundo, no que tange a contrapartidas e ao Bem Estar Social, conforme o Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário.²⁵ A Austrália está na primeira posição, seguida pela Coreia do Sul e Estados Unidos.

Nossos entes federativos arrecadam muito, mas fornecem serviços públicos de baixa qualidade e ineficientes. O país precisa, portanto, não só evoluir no que refere à repartição da tributação, mas também no que diz respeito a utilizar eficientemente seu

²⁴ Disponível em: <<https://impostometro.com.br/Noticias/Interna?idNoticia=56>> Acesso em 03.11.2016.

²⁵ Disponível em: <<http://www.ibpt.com.br/noticia/2171/Pelo-5o-ano-seguido-Brasil-arrecada-muito-mas-nao-da-retorno>> Acesso em 03.11.2016.

produto, para que ele seja efetivamente um meio para atingirmos o objetivo maior de diminuir a desigualdade no Brasil.

4 ARGUMENTOS A FAVOR DO PERFIL DA TRIBUTAÇÃO BRASILEIRA

Como se viu até aqui, a carga tributária brasileira esteia enorme parte da arrecadação em tributos sobre o consumo (bens e serviços), de forma que seu sistema tributário efetivo apresenta um perfil de regressividade: quem recebe menor renda ou detém menor patrimônio paga proporcionalmente mais tributo.

Todavia, há vozes respeitáveis em sentido contrário. Algumas estão lastreadas na necessidade de análise sobre a efetiva sinergia entre o sistema econômico e o jurídico, como premissa prévia a qualquer conclusão sobre ser a tributação sobre a renda/patrimônio ou sobre o consumo a melhor ou pior opção.

Neste contexto, a respeito da incidência econômica tributária, observa Luiz Eduardo Schoueri²⁶:

É o estudo das finanças públicas que permite investigar a questão da incidência econômica tributária. O adjetivo “econômica” é propositadamente empregado para diferenciar o estudo que ora se faz da incidência jurídica.

Em sua análise econômica sobre a incidência, a investigação diz respeito a quem de fato, arca com o ônus da tributação. De acordo com tal análise, segundo Schoueri, a tributação existente no País não seria efetuada de forma regressiva, pois em matéria de consumo, apesar de a Constituição Federal privilegiar o menos favorecido (sendo ele pessoa jurídica ou física) de modo a conferir tratamento diferenciado, a lei leva em conta, para aplicação de tal diretriz, a qualidade do comprador, ao mesmo tempo em que exige que o tributo seja juridicamente cobrado do vendedor.

Assim, para que seja efetuado o tratamento diferenciado na ordem econômica, faz-se necessário que o aspecto subjetivo legal do vendedor não seja a questão principal, mas sim o do comprador, tendo em vista que é este o que adquire o bem ou serviço sem ser cobrado pelo imposto da transação, conforme exemplifica abaixo:

(...) como examinar uma legislação que conferisse tratamento diferenciado às vendas efetuadas a grandes grupos, em relação àquelas feitas a pequenas empresas? É certo que a Constituição Federal,

²⁶ SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**, 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 49.

contempla, em sua ordem econômica, um tratamento tributário em relação às últimas. Assim, ficaria justificado o privilégio àquelas. Se, entretanto, uma mesma empresa efetua a venda de um mesmo equipamento (um computador portátil) a um grande conglomerado e a uma quitanda, a justificativa para o tratamento diferenciado somente poderá ser aceita se for deixado de lado o aspecto subjetivo do vendedor e se for considerado o comprador.²⁷

Sustenta Schoueri que o princípio da isonomia não é ferido se dois indivíduos que detêm as mesmas capacidades econômicas tiverem tratamentos diferentes em observância a preceitos da Carta Magna de 1988: “(...) se a proteção do meio ambiente é prestigiada constitucionalmente, é de se admitir que se confira um tratamento tributário mais benéfico aquele contribuinte que atua em seu favor.”²⁸

Segundo sua análise, para que o tratamento econômico diferenciado seja atendido, é necessário que os compradores com menos capacidade econômica suportem o ônus tributário, pois se justificaria o privilégio mediante os consumidores com capacidades econômicas maiores. Pois se o vendedor arcar com a o imposto, não há o porquê de ocorrer o tratamento diferenciado. Assim, no seu ponto de vista, deve prevalecer “a importância de se investigar a incidência econômica do imposto, como ferramenta para a análise jurídica da igualdade.”²⁹

E a esse respeito, sustenta que quanto mais elástica for a oferta em relação ao preço (isto é quando ocorrer forte desinteresse dos produtores devido a mudança para cima no preço), ou menos elástica for a demanda em relação ao preço (ou seja, quando a variação para cima no preço não implica em tanta diminuição do consumo), mais elevada será a impositação sobre os consumidores. Assim, não existiria repasse econômico necessariamente derivado da vontade do agente do fato gerador jurídico da tributação, mas sim como decorrência eventual do status da relação oferta e demanda em relação a variações de preço.

Consequentemente, a seu ver, incidências jurídicas diversas podem levar a incidências econômicas iguais, dependendo das condições peculiares de cada mercado ao longo do tempo.

Ainda para Schoueri, a multiplicação de hipóteses de incidência torna-se útil para o emprego alocativo do tributo, isto é, para as escolhas socialmente mais eficazes, a fim de possibilitar o crescimento e a satisfação das requisições mínimas vitais da

²⁷ Idem, p. 50.

²⁸ Idem, p. 47.

²⁹ Idem, p. 48.

sociedade dentro do contexto de desenvolvimento econômico. Assim exemplifica o exposto:

(...) embora seja verdadeiro que do ponto de vista econômico a renda do trabalhador equivale a seu consumo (o trabalhador consome o que ganha), existe uma diferença temporal entre o momento da renda auferida e da renda consumida. Se um sistema tributário tem um alto Imposto de Renda e baixo imposto sobre o consumo, não há incentivo para a poupança; se ao contrário, o Imposto de Renda é mais baixo e o sobre o consumo mais elevado, então poderá aquele trabalhador, na medida de sua possibilidade, ver-se incentivado a poupar (ou atrasar o consumo) como forma de diferir a tributação.³⁰

Portanto, o sistema tributário efetivo brasileiro não seria nem regressivo e nem progressivo, sendo ele neutro no sentido em que a incidência tributária se dá de forma proporcional nas diferentes classes de renda, cabendo a escolha coletivamente à sociedade através de seu comportamento econômico.

Apesar da coerência de raciocínio, essa visão é intuitivamente refutada pelo fato de que as empresas têm por objetivo o lucro, de modo que não estariam funcionando se não estivessem repassando o ônus tributário ao consumidor final, que paga o preço do bem já com o custo embutido de boa parte dos tributos que deveriam ser arcados pelas fases anteriores. Insiste-se, pois, que, apesar a carga tributaria brasileira apresentar alguns tributos progressivos, analisada na sua totalidade, a tributação recai, na prática, de forma regressiva sobre a população. Implica, assim, na falta da função distributiva do sistema tributário que deveria ser o instrumento para a melhoria da realidade social.

5 INFORMAÇÃO E JUSTIÇA FISCAL

A Lei 12 325/2010 instituiu o Dia Nacional de Respeito ao Contribuinte:

Art.1º Fica instituído o Dia Nacional do Respeito ao Contribuinte, data de conscientização cívica a ser celebrada, anualmente, no dia 25 de maio, com o objetivo de mobilizar a sociedade e os poderes públicos para a conscientização e a reflexão sobre a importância do respeito ao contribuinte.

Todavia, a mensagem de encaminhamento do correspondente Projeto de Lei³¹, de autoria do deputado Sandro Mabel (PR-GO), não detalha que tipo de medidas concretas

³⁰ Idem p. 61.

³¹

Disponível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=015676800669E7AC36D4793ACE98CED1.proposicoesWebExterno2?codteor=454322&filename=PL+819/2007. Acesso em 3.11.2016

se pretendem apoiar com a sua criação. Nos seus quatro parágrafos, limita-se a falar em “campanhas públicas de conscientização e esclarecimento dos direitos dos contribuintes”, sem referir qual o objeto de tais campanhas e esclarecimentos. Restringe-se a falar em “abusos de poder” contra contribuintes devidos à “falta de consciência de alguns agentes públicos, de um lado, e dos próprios contribuintes, por outro”. Nota-se de plano, pois, o viés genérico, favorável aos economicamente mais favorecidos em seu embate contra a fiscalização tributária. Não se fala, por exemplo, em esclarecimento sobre a repartição do ônus tributário no Brasil entre as diversas camadas sociais, nem sobre a necessidade de informar sobre o valor constitucional do princípio da capacidade contributiva, nem mesmo sobre a conveniência de uma reforma tributária.

Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, houve 10 reformas tributárias no Brasil, sendo criados diversos tributos. Segundo o Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação – IBPT³², foram editadas 352.366 normas em matéria tributária no país, o que leva a uma enorme complexidade de regras.

A dificuldade de entendimento do cidadão no que diz respeito à quantidade de impostos que efetivamente paga e a variedade de incidências tributárias que passam despercebidas no consumo fazem com que a informação e o debate sobre o sistema da tributação nacional e sobre a justiça fiscal fiquem restritos a uma minoria culturalmente favorecida, voltada à defesa de interesses privados e não da coletividade.

No entanto, não existe uma parcela da população fora do sistema econômico e, por consequência, das vicissitudes do sistema tributário-fiscal. Todos consomem algo, logo pagam impostos. Mesmo o morador de rua ou as crianças sem lares compram alimentos, bebidas, cigarros – logo, pagam tributos. Mas não conhecem as vielas jurídicas da tributação e encontram poucas pessoas e entidades dispostas a defender seus interesses nesses meandros, senão em conjunto com os interesses de bilionários que reclamam genericamente contra o *quantum total* da carga tributária.

Ao contrário, nos estratos sociais superiores, com acesso à informação e à mobilização, obtêm-se periodicamente vitórias como a isenção do Imposto de Renda sobre lucros e dividendos distribuídos a pessoas jurídicas e a residentes no exterior.

A análise da Receita Federal do Brasil no documento “GRANDES NÚMEROS DIRPF 2015 - ANO-CALENDÁRIO 2014”, em sua tabela 15³³, demonstra que os

³² Disponível em: <<http://www.ibpt.com.br/noticia/2272/Mais-de-700-normas-sao-editadas-diariamente-no-Brasil-desde-a-constituicao-de-88>>. Acesso em: 03/11/2016.

³³ BRASIL. Secretaria da Receita Federal <<http://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/receitadata/estudos->

rendimentos tributáveis representaram R\$ 1.437,51 bilhões, enquanto que os rendimentos isentos e não tributáveis equivaleram a R\$ 737,17 bilhões - quase 50% dos rendimentos tributáveis. Analisando tais números em conjunto com o fato de que, também segundo dados da Receita Federal em 2016, os 1% mais ricos detêm 48,5% da renda³⁴, fica claro que as rendas mais elevadas, em sua maioria decorrentes do capital, não sofrem incidência em função de isenções ou se submetem a tributação discreta pela tabela de alíquotas. Realidade cuja permanência só é compreensível em face do déficit de informação da sociedade brasileira.

A esse respeito, é conveniente assinalar que quase 90% de toda a arrecadação do imposto de renda provém da aplicação da maior alíquota de 27,5% (base de rendas anuais na faixa de 5 a apenas 10 salários mínimos mensais), que correspondeu, no ano de 2015 (conforme a quinta Tabela de Resumo das Declarações Por Faixa Base de Cálculo Anual exposta no mesmo documento³⁵), a uma base de cálculo de R\$ 599,05 bilhões, correspondente à quantidade de 4,96 milhões de declarantes. Tal fato, em conjunto com o acima exposto sobre o percentual de concentração de renda, dá uma ideia do enorme potencial de arrecadação inexplorado nas faixas que realmente concentram a renda no Brasil, bem acima dos 10 salários mínimos mensais. Hoje, as rendas pouco superiores a 10 salários mínimos estão sujeitas à mesma alíquota daquelas superiores a 160 salários mínimos, com o agravante de que, não raro, estas são isentas de tributação por serem percebidas em forma de lucros e dividendos.

Acerca desta última, assim dispõe a Lei nº 9.249/1995, em seu art. 10:

“Art. 10. Os lucros ou dividendos calculados com base nos resultados apurados a partir do mês de janeiro de 1996, pagos ou creditados pelas pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real, presumido ou arbitrado, não ficarão sujeitos à incidência do imposto de renda na fonte, nem integrarão a base de cálculo do imposto de renda do beneficiário, pessoa física ou jurídica, domiciliado no País ou o exterior”.³⁶

A isenção, assim como a incidência de crédito tributário, decorre de lei. A que concerne ao IR sobre lucros e dividendos foi instituída com a justificativa de que as empresas já pagariam IRPJ e, com a isenção, poderiam investir e aumentar postos de trabalho, colaborando assim para o desenvolvimento da economia brasileira. Porém, não

[e-tributarios- e-duaneiros/estudos-e-estatisticas/11-08-2014-grandes-numeros-dirpf/gn_irpf_ac2014.pdf](#)>
Acesso em: 10.09.2016.

³⁴ Disponível em: < <http://www.fazenda.gov.br/noticias/2016/maio/200bspe-divulga-relatorio-sobre-a-distribuicao-da-renda-no-brasil>>. Acesso em: 03/11 /2016.

³⁵ Idem.

³⁶ Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9249.htm. Acesso em 3.10.2016.

são suficientemente divulgadas estatísticas evidenciando tal retorno para a sociedade. A realidade da estagnação econômica e do desemprego parece indicar o contrário.

Essa isenção faz com que a onerosidade da carga tributaria acabe recaindo de forma mais elevada sobre a pessoa física assalariada, bem como sobre bens e serviços, além de fazer com que aumente a quantidade de prestação de serviços por pessoas físicas por meio de pessoas jurídicas apenas para se burlar a tributação sobre a renda e, assim, minimizar o dano ao produto financeiro de seu trabalho – até porque não se vê retorno da tributação sob a forma de serviços públicos de qualidade.

O grosso da renda advinda de lucros e dividendos é percebida pela parcela da sociedade que detêm maior capacidade contributiva em relação aos trabalhadores assalariados. Assim, não pode deixar de ser observado que o Estado, ao assim agir, descumpre o objetivo constitucional fundamental da arrecadação tributária: o do desenvolvimento em nível coletivo e individual, de uma nação mais equilibrada fundada na liberdade, justiça social e solidariedade. E pouco ou nada sobre isso se discute nos meios de comunicação de massa sobre esse fato.

No ponto, convém destacar que a discussão sobre a tributação da renda recebida sob a forma de lucros e dividendos será necessariamente insuficiente se efetuada de forma descompassada daquela da progressividade das alíquotas. Como já sinalizado, boa parte da classe média trabalhadora se vê obrigada a recorrer à formação de empresas de menor porte para obter rendimentos que, se percebidos sob a forma de salário, seriam tributados de tal sorte que se comprometeria sua sobrevivência como membro da referida classe social. Assim, aceita a precarização das condições de obtenção de renda em troca de menos tributação. Simplesmente passar a submeter tal segmento social ao mesmo tratamento de alíquotas a ser dado a grandes conglomerados empresariais ou aos 1% mais ricos seria uma falsa solução.

É nesse sentido que se deve encarar iniciativas de simples supressão da isenção, tais como a do Projeto de Lei (PL) nº 7274/2014, que contém disposição conforme se segue:

Art. 10. Os lucros e dividendos pagos ou creditados pelas pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real, presumido ou arbitrado, que beneficie pessoa jurídica ou física, domiciliados no País ou no exterior, integrarão a base de cálculo do imposto de renda do beneficiário.³⁷

³⁷ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=608845>
Acesso em 3.11.2016.

Outro objeto insuficientemente presente nos debates na mídia é a não instituição do Imposto sobre Grandes Fortunas, que supostamente contaria com quase 60% do apoio do Congresso Nacional³⁸. Não raro, a ideia de sua criação é objeto de editoriais visceralmente opostos à iniciativa, que costumam invocar a experiência ocorrida em países desenvolvidos - portanto transplantando para conclusões sobre o Brasil premissas que a ele não se aplicam:

Taxar o patrimônio dos ricos parece remédio para todos os males. (...) De autoria do senador Antonio Carlos Valadares (PSB-SE), a proposta [de lei complementar criando o IGF], relatada por Benedito de Lira (PP-AL), tem como alvo patrimônios superiores a R\$ 2,5 milhões. A partir deste valor, começarão a incidir alíquotas a começar de 0,5%, numa progressão escalonada até chegar a 2,5%, aplicados sobre patrimônios acima de R\$ 40 milhões. O projeto destina a arrecadação para o SUS. Mas quem pensa que, assim, estarão resolvidos os problemas da saúde pública deve refrear o otimismo, porque taxar fortunas não é tão simples como parece. Há várias experiências no mundo que aconselham cautela antes de se contar com bilhões no Tesouro. Uma questão a avaliar é o alto custo de fiscalização. Como se trata de um imposto declaratório — depende de o contribuinte declarar com fidedignidade os bens —, a arrecadação requer uma robusta máquina de fiscalização, cujo custo pode não compensar o que será coletado. Tanto que, na América Latina, apenas Argentina, Colômbia e Uruguai têm este imposto. Há, ainda, o efeito perverso do incentivo à migração de patrimônios. Se manter propriedades no Brasil passa a ser muito gravoso, pode-se transferir o que for conveniente para o exterior e dar o mesmo destino aos investimentos familiares futuros. O resultado, aparentemente paradoxal, é uma redução real nos impostos recolhidos no país. Sem considerar a migração de empregos. Esta é uma das explicações para, na década de 90, vários países europeus terem decidido acabar com o imposto sobre fortunas. As distâncias mais curtas dentro do continente também facilitam este tipo de migração de patrimônios. E foi assim que o gravame terminou revogado em Áustria, Itália, Dinamarca, Alemanha, Islândia, Finlândia, Suécia, Espanha e Grécia. Na Alemanha, chegou a ser declarado inconstitucional, devido ao seu caráter confiscatório.³⁹

Em uma rápida procura pelo tema nos sites de busca na internet, são raras as entradas para manifestações favoráveis à instituição do IGF, evidenciando a inexistência prática de debate.

Para a promoção de uma sociedade livre, justa e solidária, como determina o artigo 3º da Carta Magna de 1988, bem como para como o desenvolvimento nacional e a redução das desigualdades sociais e regionais, ali também objetivados, é necessário maior

³⁸ Ver matéria em “O Globo”, disponível em <http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/01/imposto-sobre-grandes-fortunas-tem-apoio-de-598-dos-deputados.html>. Acesso em 3.11.2016.

³⁹ Ver editorial em “O Globo”, disponível em <http://oglobo.globo.com/opiniao/ilusoes-com-imposto-sobre-grandes-fortunas-19805477>. Acesso em 3.11.2016.

esclarecimento geral da população sobre temas como a repartição da carga entre tributos diretos e indiretos, as alíquotas dos impostos brasileiros, as isenções que os legislativos brasileiros concedem e a criação do IGF. É necessário que esses temas sejam efetivamente debatidos para além das comunidades acadêmicas, a fim de que, eventualmente, a mesma magnitude de mobilização ocorrida nas causas apoiadas pela grande mídia se veja também presente na defesa da realização efetiva do princípio da capacidade contributiva no Brasil.

É possível, porém, que a explicação esteja nas palavras singelas, mas diretas, de um autor do peso de Hugo de Brito Machado:

Não acreditamos na instituição de um imposto sobre grandes fortunas, por uma razão muito simples: quem manda no mundo, seja pelo poder, seja pela influência sobre os que o exercem, é sempre titular de grande fortuna, e certamente não vai admitir essa tributação.⁴⁰

6 CONCLUSÃO

Uma efetiva reforma tributária no sentido de uma maior justiça fiscal é urgente para toda a sociedade, pois os brasileiros sofrem enorme carga tributária sem a disponibilização, em contrapartida, de serviços públicos eficientes.

Todavia, não há que se restringir o debate ao *quantum* total dessa carga. Para melhorar a qualidade do sistema tributário nacional, é necessário que os princípios de solidariedade social e da capacidade contributiva sejam atendidos de forma responsável, especialmente no que diz respeito a uma maior tributação dos estratos mais privilegiados. Estes estratos historicamente vêm se beneficiando de uma tributação regressiva, decorrente de uma carga tributária elevada sobre o consumo, mas muito reduzida sobre o patrimônio e a renda.

A isonomia material tributária pode ser alcançada através de alterações na legislação existente, notadamente na do Imposto de Renda, bem como por meio de inovações como a criação do IGF. Eventualmente, a redução da desigualdade social pode até elevar a arrecadação do IRPF total, criando condições para uma efetiva redução da tributação sobre o consumo.

O estudo “Dias Trabalhados para pagar Tributos”⁴¹, efetuado pelo Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação (IBPT) com base em dados oficiais da

⁴⁰ MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 35. ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2014. p. 355.

⁴¹ Disponível em: <https://www.ibpt.com.br/noticia/2465/ESTUDO-Brasileiro-trabalha-ate-1o-de-junho->

arrecadação tributária no País, apurou que, em 2016, dos 366 dias do ano, o brasileiro deverá trabalhar em média 153 dias (cinco meses e um dia) apenas para pagar tributos, quase a metade de 1 ano de vida. Assim, até dia primeiro de junho deste ano, todos os rendimentos que o contribuinte auferiu serviram apenas para custear o Estado e entes paraestatais – sem que se receba contrapartida minimamente à altura. O que pouco se noticia, porém, é como esta carga foi desigualmente distribuída pelos estratos sociais.

A clareza da informação e dos números evidencia a importância de efetivar, na prática, o princípio da capacidade contributiva. É através dele que será possível alterar este cenário desumano, fazendo com que a carga tributária brasileira seja dividida de forma mais justa e menos onerosa aos menos favorecidos, para que, assim, todas as classes sociais possam ter acesso à educação, profissionalização, qualidade de vida, saúde, propriedade e lazer.

O direito é um instrumento de segurança. É ele que assegura tratamento igualitário entre governantes, governados e cidadãos, que garante os mesmos direitos e deveres, que torna viável a vida em sociedade, e dessa maneira o alcance do desenvolvimento e progresso.

Por tudo o que se expôs, conclui-se ser necessário aprofundar a conscientização dos cidadãos sobre o descompasso existente entre a legislação infraconstitucional atualmente vigente no Brasil e o princípio da capacidade contributiva, insculpido na Lei Maior. Esse mesmo engajamento poderá ensejar maior fiscalização e cobrança das pessoas sobre os recursos que são transferidos aos cofres públicos e possibilitará a efetividade do Estado Democrático de Direito, com contraprestações eficientes sendo apresentadas pelo Estado.

7 REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito tributário esquematizado**. 4. ed. São Paulo: Método, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 20 out.2016.

[so-para- pagar-impostos](#) . Acesso em 03.11.2016.

BRASIL. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm > Acesso em 02.10.2016

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Imperio do Brazil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 20 out.2016

BRASIL. **Código Tributário Nacional** (1966). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm>. Acesso em 20 out. 2016.

BRASIL. **Lei nº 9249 de 26 de dezembro de 1995**. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9249.htm>. Acesso em 03 out.2016

BRASIL. Secretaria da Receita Federal. **Carga tributária no Brasil 2015**: análise por tributos e base de incidência. Disponível em: <https://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/estudos-e-estatisticas/carga-tributaria-no-brasil/ctb-2015> > Acesso em 03 nov.2016

BRASIL. **Secretaria da Receita Federal. Grandes Números IRPF – Ano-Calendário 2014, Exercício 2015**. Disponível em: [http://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/receitadata/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/estudos-e-estatisticas/11-08-2014-grandes - numeros-dirpf/gn_irpf_ac2014.pdf](http://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/receitadata/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/estudos-e-estatisticas/11-08-2014-grandes-numeros-dirpf/gn_irpf_ac2014.pdf)

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão dos autos da ADIN-MC n. 2.010. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347383>>. Acesso em: 08 nov. 2016.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DISTRITO FEDERAL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 7274/2014 . Altera a Altera a Lei nº 9.249, de 1995 que dispõe sobre a alteração da legislação do imposto de renda das pessoas jurídicas, bem como da contribuição social sobre o lucro líquido.

Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=608845>>

Acesso em: 03 out. 2016.

FISCHER, Octavio Campos. **A Escola Glorificadora da Finalidade: Contribuições & Reforma Tributária**. Revista de Direito Tributário da APET, São Paulo, 2004.

FERREIRA Filho, Manoel G. et. alli. **Liberdades Públicas**. São Paulo, Ed. Saraiva, 1978.

Declaração de direitos do homem e do cidadão – 1789. Disponível em:

<<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>.

Acesso em 02.10.2016.

GODOI, Marciano Seabra. **Justiça, igualdade e direito tributário**. São Paulo: Dialética, 1999.

IBPT. **Brasileiro trabalha até 1º de junho só para pagar impostos**. Disponível em <https://www.ibpt.com.br/noticia/2465/ESTUDO-Brasileiro-trabalha-ate-1o-de-junho-so-para-pagar-impostos> Acesso em 03.11.2016

IBPT. **Mais de 700 normas são editadas diariamente no Brasil, desde a constituição de 88**. Disponível em: <<http://www.ibpt.com.br/noticia/2272/Mais-de-700-normas-sao-editadas-diariamente-no-Brasil-desde-a-constituicao-de-88>>. Acesso em: 03/11 /2016

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Curso de Direito Tributário**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

OCDE. **Relatórios Econômicos da OCDE 2015**. Disponível em:
<<http://www.oecd.org/brazil/economic-survey-brazil.htm> > Acesso em 03.11.2016.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 14. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

TORRES, Ricardo Lobo. Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário. Os direitos Humanos e a Tributação – Imunidades e Isonomia. Vol. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

A PERMISSÃO PARA INTERRUPTÃO DA GESTAÇÃO DE FETOS ANENCÉFALOS E PORTADORES DE MICROCEFALIA: Caracterização, diferenças, tentativas de normatização, tipicidade e desconsideração da prática criminal , à luz das decisões emanadas pelo Supremo Tribunal Federal – STF¹,

Maria Carla Britto de Castro Lima

1 INTRODUÇÃO

Acolheu-se como um dos pressupostos básicos deste estudo a respeito da atuação do STF a ideia de que o Direito e saber jurídico se inserem num domínio de produção ideológica. Os integrantes da Corte Constitucional, a se considerar o seu status de produtores de conhecimento jurídico, ao consolidarem decisão sobre uma questão tormentosa que reside em acatar ou não a interrupção da gestação de fetos identificados como portadores de anencefalia ou portadores de microcefalia, têm diante de si um complexo horizonte de pré-compreensão.

Na Idade Média, a penalidade do aborto generalizou-se. De acordo com Santo Agostinho, fundamentado na doutrina de Aristóteles, o aborto só seria crime em se tratando de feto vivo, o que acontecia quarenta ou oitenta dias após a concepção, segundo fosse do sexo masculino ou feminino. De outro lado, São Basílio não aceitava qualquer distinção entre feto animado e morto, considerando o aborto atentado sempre como criminal. No Direito Canônico, o assunto predominante era o da perda da alma do nascituro, que falecia sem que fosse cristianizado².

O direito à vida está colocado no "caput" do art.5º da Constituição. Este incide não apenas no direito de não ser morto pelo Estado ou algum particular, porém ao mesmo

¹ Artigo Científico apresentado ao Curso de Graduação em Direito das Faculdades Integradas Hélio Alonso, como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação da Prof^a Ms Carolina Maria de Aquino Medici.

² BRUNO, Aníbal. **Crimes contra a pessoa**. 5. ed. Rio de Janeiro: Rio, 1979. p. 157.

tempo a uma vida digna, ou seja, do mesmo jeito é uma projeção do baseamento constitucional da dignidade da pessoa humana. Esse direito fundamental à vida é certo e ajusta como benefício do indivíduo ao colocar um limite à atuação estatal. Desse modo, é compreendido como inviolável: existe a obrigação do Estado e de particulares em não cumprir condutas que atentem contra o direito à vida. No Estado de Direito Democrático e Social, não se aceita a disponibilidade do direito à vida, por distinguir a supremacia da dignidade da pessoa humana como seu fundamento e compreender a vida como pressuposto principal para que se manifestem os outros direitos fundamentais que, em conjunto, formam o substrato mínimo imperativo à dignidade humana³.

Além da descrição de interesses, persistiram diversos argumentos a favor da descriminalização do abortamento nos casos do feto portador de anencefalia; esses contextos acometem os diversos elementos da Teoria Jurídica do Crime, entre eles: a atipicidade material da conduta, a ausência de nexo de causalidade, o estado de precisão e a inexigibilidade de outra conduta.

Neste contexto se insere o presente trabalho de pesquisa ao procurar ressaltar e discutir a importância de se proteger a saúde física e psíquica da gestante, dois componentes da dignidade humana da mulher.

Desafia, ainda, a possibilidade de se comprovar, à luz do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, se é justo relegar a gestante de um feto portador de graves anomalias a responder penalmente por aborto.

Justifica-se, adicionalmente, um comentário de alcance mais sociológico. A dignidade da pessoa humana possui estreita correlação com o fundamento do Estado Democrático de Direito. Por tratar-se de uma cláusula geral, o princípio retromencionado vem sendo entendido e conceituado como o reduto inatingível de cada indivíduo e, nesse sentido, a última fronteira entre quaisquer ingerências externas.

Dentro desse contexto, as discussões acerca do direito à vida como bem maior da humanidade, em contraste com a interrupção voluntária da gravidez, não se estabeleceu

³ LEME, A. C. R. P. Transfusão de sangue em testemunhas de Jeová. A colisão de direitos fundamentais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 632, 1 abr. 2005. Esse ponto de vista encontra um paralelo digno de nota com o pensamento de Agamben, filósofo italiano chamado a nossa atenção para todo o risco de totalitarismo e a presença insidiosa da “máquina totalitária na atualidade, mesmo naqueles espaços políticos onde se defendem direitos fundamentais sociais. Cf. AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer**: o poder soberano e a vida nua. Tradução de Henrique Nurigo. 2. ed. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2010. p. 130-132.

há pouco. Ao contrário, vem dos primórdios. Divagam, em contraponto com a cultura e o desenvolvimento da ciência, as prerrogativas legais que regulam a proteção à vida, em especial, do nascituro.

2 O ABORTO NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO: ANÁLISE DO ART. 128, CP

A vida humana é, por muitos, considerada a maior merecedora da atenção dos Poderes Legislativo e Judiciário, visto que nela subsiste a capacidade de dialogar, reconhecer o próximo, amar e, ainda, destaca-se por ser intangível. A positivação da dignidade humana traz como consequência o respeito à integridade física e psíquica, o respeito às condições mínimas de vida.

O legislador constituinte elevou-a a categoria de princípio fundamental da República, encontrando-se prevista no art. 1º, inciso III da Constituição de 1988.

Em seqüência, o seu artigo 1º proclamou que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência, precisam atuar uns para com os outros em espírito e fraternidade.

Ademais, a questão da saúde pública que afeta muitas mulheres, principalmente aquelas de classe menos favorecida, traz à baila uma questão de direito coletivo.

Em nosso ordenamento jurídico, a Constituição Brasileira de 1988, em seu art. 5º, protege a vida humana como um direito inviolável do indivíduo. O Código Penal Brasileiro, por sua vez, estabelece nos dispositivos legais art. 128, I e II, que o aborto praticado por médico é considerado legal nos casos de gravidez resultante de estupro e quando “não há outro meio de salvar a vida da gestante”.

Segundo Maia e outros⁴, o aborto sucessivamente foi um assunto polêmico, discutido e estudado desde o início da humanidade, mesmo existindo poucas informações de como era visto pelos povos primitivos. Salienta-se que o entendimento sobre este assunto altera de acordo com a religião, cultura e acomodação dos Estados à época do fato. Enfatiza-se, desse modo, que o assunto aborto em épocas remotas era tratado apenas em caráter familiar, nem sempre era incriminado pelas legislações.

De acordo com Brum⁵, o aborto se insere em um contexto polêmico. Revela-se polêmico não por um valor em si, mas pelo dilema que compõe, pelos inúmeros

⁴ MAIA CAT, MONDACA ADCA, DUARTE CS, LIMA JA, COLODO M, LEMOS TM, *et al.* **Mulheres** vítimas de violência sexual: atendimento multidisciplinar. **Femina**, 2000, n 28, p.155-61.

⁵ BRUM, Eliane. Guerra dos embriões. **Época**, São Paulo, n. 304, 13/3/2004.

caminhos possíveis e autênticos para pensar a resolução dos conflitos que ele gera. Nesse contexto, se faz presente a ideia de dilema: a essência de diferentes paradigmas que inventam um conflito. Em outras palavras: os atores sociais que nutrem tal debate partem de valores ou de “verdades” muitas vezes conflitantes.

Por sua vez, Coimbra⁶ argumenta:

O aborto é considerado crime no Brasil, de acordo com aos artigos 124 a 128 do Código Penal, os quais excetuam a punibilidade, não a tipicidade, de tal prática somente em casos de estupro e risco de vida à gestante. Além disto, a legislação brasileira garante todos os direitos do nascituro desde a concepção, o que é expresso pelo Código Civil – no seu artigo 2º. O direito à vida humana é protegido também pelo artigo 5º da Constituição Federal como direito fundamental imutável até mesmo por emendas constitucionais ou leis ordinárias.

Os enfoques apresentados a seguir procurarão estabelecer a compreensão do poder de renovação do estado Democrático de Direito na atualidade brasileira e suas zonas interdisciplinares postas constantemente em diálogo.

3 A NATUREZA JURIDICA DO ABORTO NECESSÁRIO – ART. 128, I, CP

É preciso registrar que foram extensas as tentativas parlamentares tendentes a ampliar os excludentes de ilicitude da prática de aborto ou interrupção de gravidez.

Neste diapasão, o aborto necessário é uma conduta típica justificada pelo estado de necessidade. Ou, ainda, a natureza jurídica do aborto necessário é a de excludente de ilicitude por estado de necessidade.

Assim, como define o artigo 24, do Código Penal Brasileiro, considera-se em estado de necessidade quem pratica um ato criminoso para salvar de perigo atual, direito próprio ou de terceiro, cujo sacrifício em face das circunstâncias, não era razoável exigir-se.

Portanto, é cediço que existe o estado de necessidade quando alguém, para salvar um bem jurídico próprio ou de terceiro exposto a perigo atual, sacrifica outro bem jurídico.

⁶ COIMBRA, C.G. *A lei do aborto permite abortar até os 9 meses*. 2005.

Não age contra a ordem jurídica o que está a lesar direito de outrem para salvar o seu.

O mal causado ao produto da concepção, portanto, é menor do que aquele que se pretende evitar (a morte da mãe), pois trata-se de uma valoração feita pelo Código Penal, que confere maior valor a vida extra-uterina que à intra-uterina, necessitado ainda, nesse caso, o consentimento da gestante.

Percebemos que no Brasil, o aborto terapêutico/necessário é abarcado pela legislação penal vigente, mas visa a salvaguarda da vida da mulher ou salvaguardar sua saúde (física e/ou mental) de um mal grave e permanente.

Trata-se, dessa forma, de um meio de interrupção da gestação onde se prioriza a vida e a saúde (física e/ou psíquica) da mulher em relação a vida do embrião ou feto que exista em desenvolvimento intra-uterino, ao nosso entender racional, pois nesse conflito de interesses e princípios, a condição da mulher, como ser já desenvolvido e maduro, suplanta a condição do ente intrauterino, que nessa situação, apesar das garantias legais dispostas em nossa legislação, apenas dispõe de uma expectativa, pois a mulher em momento posterior poderá ter condições de novamente engravidar, bem como em priorizando a vida do feto em relação a vida da mulher, não haverá após seu nascimento, quem o acolha, cuide e lhe dê subsistência (amamentação), essenciais para sua sobrevivência.

Ressalte-se que não há condição imposta à realização do aborto legal e, diante das dificuldades, as mulheres recorrem ao aborto inseguro, fato que explica a alta mortalidade de mulheres em decorrência de procedimentos mal feitos.

Aborto seguro é o permitido pela lei, realizado por equipe de saúde bem treinada e contando com o apoio de políticas, regulamentações e uma infraestrutura apropriada dos sistemas de saúde, incluindo equipamento e suprimentos, para que a mulher possa ter um rápido acesso a esses serviços.

A não implementação da política e estrutura para a realização do aborto seguro constitui um atentado à vida e à saúde das mulheres no Brasil e no mundo.

4 A NATUREZA JURIDICA DO ABORTO SENTIMENTAL - ART. 128, II, CP

Existem dois requisitos essenciais que autorizam o abortamento sentimental, quais sejam a gravidez resultante de estupro e o prévio consentimento, seja da gestante ou de

seu representante legal quando incapaz. Isso tem que ser demonstrado, provado.

Quando se fala em abortamento sentimental, estamos diante de dois valores: a vida intra-uterina e a liberdade da mulher frente a disponibilidade de seu próprio corpo, salvaguardando sua honra subjetiva. A lei penal, neste caso, protege a dignidade da mulher.

O estupro, criminologicamente falando, inclui-se naqueles delitos das cifras negras (ZAFFARONI, 2004), ou seja, aqueles dos quais as autoridades não tomam conhecimento pela hediondez da conduta, o medo de retaliação, somada à desonra humilhante e ao pudor da vítima. À mulher, receosa de ser ainda mais humilhada e afrontada em sua honra, não resta outra alternativa senão guardar o dolorido silêncio. Muitas vítimas, já cansadas e desesperadas por terem vivido tal infortúnio, ante a ineficácia do sistema de saúde estatal, preferem o caminho da ilegalidade e da insegurança, e acabam por praticar o aborto recorrendo a clínicas particulares clandestinas.

A gravidez resultante de estupro penaliza duas vezes a mulher. Além de ter o corpo violentado de forma física, com resultados psíquicos por vezes irreversíveis, ela corre o sério risco de não receber o atendimento e o respeito a que tem direito por lei, por parte dos hospitais, das autoridades policiais, da sociedade em geral.

O aborto humanitário ou sentimental (Art. 128, II, CP) traz uma hipótese clara de exclusão da tipicidade, de acordo com a Teoria da Tipicidade Conglobante.

Para a referida Teoria, encabeçada por Eugenio Raul Zaffaroni, o que está permitido ou fomentado ou determinado por uma norma não pode estar proibido por outra. É dizer, a tipicidade de um determinado fato há de ser avaliada de maneira global, o que leva necessariamente à análise de todo o ordenamento jurídico. Logo, se o ordenamento proíbe o estupro, por óbvio não poderia forçar sua vítima a aceitar o resultado desta prática, portanto, a interrupção da gravidez nesta hipótese não poderia ser proibida, e por este motivo, o abortamento humanitário é atípico.

Muito embora, em nosso sistema jurídico, a vida seja protegida desde o momento da concepção, excepciona-se a proibição de matar em prol de uma limitação humana em lidar com um fato indelével e que ocasiona, na maioria das vezes, transtornos psicológicos difíceis de superar.

O cerne da questão, sem dúvida, é de ordem psicológico-sentimental.

Além disso, persiste a causa legal de isenção da pena fundada na inexigibilidade de conduta diversa. Essa segunda vertente, embora minoritária, defende a ocorrência de exclusão da culpabilidade.

A existência do estupro com a conseqüente gravidez insere a gestante em um contexto fático anormal capaz de tornar irresistível a prática do aborto, não se podendo afirmar, nesse caso, que está presente o dever de agir diferentemente.

Encontram-se na doutrina divergências quanto à natureza jurídica do aborto sentimental. Para a corrente dominante, apegada ao texto normativo, estende-se a noção de exclusão da ilicitude pela caracterização do estado de necessidade. Dentre os defensores desta corrente destacam-se Damásio de Jesus, Frederico Marques e Heleno Fragoso. A segunda vertente, embora minoritária, defende a ocorrência de exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa.

O fundamento dessa permissão, portanto, é a inexigibilidade de a mulher ter de rememorar, por toda a sua vida, o horror da violência contra si praticada, personificada no fruto dessa mesma agressão, qual seja, a prole dela gerada. Em última análise, o direito, neste caso, está protegendo a própria dignidade da mulher, em detrimento da vida do feto. Apesar das proclamações no sentido de que o sofrimento não degrada a dignidade da pessoa humana, sendo condição da própria vida – idéia que procura ver repudiado pelo direito não o sofrimento, mas o sofrimento injusto –, não há outra razão para a permissão legal do aborto sentimental, senão a preservação da dignidade da mulher, evitando o seu sofrimento psicológico.

Partindo da consideração do feto anencéfalo e portadores de microcefalia com graves deformações como um ser vivo, passaremos para um outro momento no debate da questão. Uma vez mais, deve-se realizar a ponderação entre valores constitucionais contrastantes diante de uma circunstância concreta: a dignidade da genitora e o direito à vida do nascituro.

5 A CONSTRUÇÃO DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL A PERMITIR O ABORTO EUGÊNICO NO CASO DE FETO ANENCEFÁLICO

Ao Supremo Tribunal Federal se exigiu um posicionamento acerca das nuances constitucionais e aspectos jurídicos a respeito da interrupção da gravidez de feto

anencéfalo. Poderia esta ser considerada uma nova exceção àquelas previstas pelo Código Penal em casos de estupro e de risco à gestante, fato que ao ser abarcado por alguns Ministros encontrou outros em posição de defesa ao ativismo judicial.

Os fundamentos, em sua maioria, versaram sobre questões sociais, científicas, morais e ideológicas, mas sem dúvida, afetivas. Os argumentos perpassaram o individualismo, o direito de escolha, a proteção à vida do feto quase como dogma, mas também o direito coletivo à interrupção digna da gravidez e a sua não criminalização enquanto direito social. Revelaram-se vários aspectos do igualitarismo liberal e do socialismo democrático, todavia as decisões caminharam para uma fundamentação que pudessem assegurar a repersonalização do direito privado e possibilitasse às mulheres o direito à interrupção da gravidez nos casos de fetos anencefálicos.

A diversidade social, a democracia e o estabelecimento das novas bases de conhecimento não vulgar se encarregaram de permear o debate, de maneira a se estabelecer os critérios éticos, bem como suas fundamentações, que ocuparam um lugar de destaque nas acirradas discussões sobre o tema.

Ao considerar a profundidade do princípio da dignidade da pessoa humana em situações cotidianas, em que sentimos, pensamos, agimos, doamos, recebemos, atingimos, particularmente em relação à gravidez, o contexto se mostra deveras abrangente não podendo ser considerado isoladamente sexual, ou ainda, individual.

O que se buscou em última instância foi a manutenção do bem-estar, onde os agentes tomarão atitudes positivas para ajudar os outros. Além disso, há que se considerar o princípio da justiça que visa dar um tratamento justo, equitativo e apropriado, considerando aquilo que é direito e digno da condição humana.

Nestes termos a Ministra Ellen Gracie se pronunciou em seu voto no julgamento da ADPF 54:

não há como deixar de conferir à pretensão da autora o evidente intuito, por meio de decisão judicial, em controle de constitucionalidade, aquilo que o legislador, até hoje não concedeu, ao não aprovar projetos de lei, no Congresso Nacional, com o objetivo de introduzir, no sistema do Código Penal, a hipótese de não punição de aborto praticado, quando se comprovem graves anomalias no feto, em termos a não apresentar condições de sobrevivência.

Além da discricção de interesses, foram diversos os argumentos a favor da descriminalização do abortamento nos casos em que o feto, por exemplo, é portador de anencefalia; esses contextos acometem os diversos elementos da Teoria Jurídica do

Crime, entre eles: a atipicidade material da conduta, a ausência de nexo de causalidade, o estado de necessidade e a inexigibilidade de conduta diversa.

Não são todas as formas de comportamento humano que têm importância para o Direito Penal. Na verdade, para que um comportamento humano seja penalmente relevante, o legislador precisa reduzi-lo a um tipo penal. "O tipo penal é um instrumento legal, logicamente necessário e de natureza predominantemente descritiva, que tem por função a individualização de condutas humanas penalmente relevantes (por estarem penalmente proibidas)". Ele é um modelo da conduta (ação ou omissão) incriminada⁷.

Tem-se conhecimento de que por muitas vezes o debate a propósito da legalização e do caráter moral do aborto voluntário ou induzido volta e meia gera reações desiguais e antagônicas, mobilizando as pessoas de forma passional, suscitando posicionamentos adversos, nem sempre baseados em contextos claros que mantenham, convincentemente, a adesão de uma posição favorável ou oposta a sua descriminalização/legalização.

Entre os fetos, há aqueles que comportam anomalias incompatíveis com a vida extrauterina, que os impedem de contrair o status de pessoa. Desse modo, esses fetos não são sujeitos passivos do crime de aborto, uma vez que não revelam capacidade para alcançarem o status de pessoa, para serem investidos, com o nascimento, dos demais atributos da personalidade. A anencefalia, independentemente da idade gestacional, determinará a morte fetal durante a gravidez, no transcorrer do parto ou logo após o nascimento, não havendo meios medicamentosos nem cirúrgicos capazes de reverterem esse quadro nem intra, nem extraútero.

O tipo penal do aborto se preocupa com a potencialidade do feto para continuar vivendo fora do útero materno. Nesse contexto, se uma conduta obstrui a gestação, mas não frustra o aparecimento de uma pessoa, essa conduta não tipifica o crime de aborto, porque o feto inviável por malformação incompatível com a vida fora do útero não é suporte fático desta espécie de delito⁸.

A questão deve ser apreciada sob um prisma ético: a gestação de um feto sem cérebro é altamente degradante, ferindo indiscutivelmente a dignidade da mulher. Fere também sua capacidade de dispor do próprio corpo, afrontando sua liberdade. Além disso,

⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral.

1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 443.

⁸ BUSATO, Paulo César. Tipicidade material, aborto e anencefalia.

Disponível em:

<http://www.pgj.ma.gov.br/ampem/artigos/25.%20Anencefalia_e_%20aborto.pdf>. Acesso em: 24 set. 2016.

há um fato social a considerar: a criminalização do aborto produz na prática um sério problema de saúde pública, pois empurra todos os anos milhares de mulheres brasileiras, sobretudo as mais humildes, a procedimentos clandestinos e perigosos realizados sem condições de higiene e segurança, causando sequelas que representam hoje a quinta maior causa de morte materna no país, ceifando todo ano centenas de vidas de jovens mulheres que poderiam e deveriam ser poupadas⁹.

Adotar qualquer medida geral para reverter tal quadro pode gerar discussão acerca da liberdade que a gestante ou o casal tem de interromper a reprodução, a qual encontra apoio em Mill¹⁰.

O argumento principal dos defensores da legalização ou descriminalização do aborto é o do respeito à autonomia reprodutiva da mulher e/ou do casal, baseado no princípio da liberdade individual, herdeiro da tradição filosófica anglo-saxã. Na Bioética, o aborto não é tema exclusivo de mulheres ou de militantes de movimentos sociais; a ideia de autonomia do indivíduo possui uma penetração imensa na Bioética laica, especialmente para os autores simpatizantes da linha norte-americana. É em torno do princípio do respeito à autonomia reprodutiva que os proponentes da questão do aborto agregam-se. E, talvez, o que melhor represente a ideia de autonomia reprodutiva para os proponentes seja a analogia feita em 1971, por Thomson, no artigo *A Defense of Abortion*, entre a mulher que não deseja o prosseguimento da gestação e a mulher presa, involuntariamente, a um violinista famoso.

Tem-se também respeitável argumento daqueles que não distinguem vida no feto anencéfalo. Para o professor Cezar Roberto Bitencourt¹¹ na suposição de anencefalia, conquanto a gravidez esteja em curso, o feto não está vivo, e sua morte não procede de manobras abortivas. Esse é um forte contexto na medida em que, no Brasil, morte legal é a morte cerebral; ou seja, morte, juridicamente falando, é a ausência de vida, representada pela atividade cerebral da qual depende a realização de todas as funções do corpo humano. Isso é reconhecido pela Lei nº 9.434/97, que regula os transplantes de órgãos ao estabelecer como requisito a morte encefálica. Logo, se não existe cérebro não tem como se falar de vida, e muito menos de aborto.

⁹ SARMENTO, Daniel. **Legalização do aborto e Constituição**. p. 2.
Disponível em:

http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/direitos-sexuais-e-reprodutivos/aborto/legalizacao_do_aborto_e_constituicao_daniel_sarmento.pdf/view. Acesso em: 05 fev. 2016. O quadro chocante que esse jovem jurista brasileiro nos apresenta pode suscitar uma indagação que encontrará apoio, para o seu enfrentamento, na Ética e na própria Sociologia: existem de fato hoje condições de se assegurar a efetividade do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana?

¹⁰ MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. Petrópolis: Vozes, 1986. p. 102.

¹¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2: Parte Especial: dos crimes contra a pessoa.

Apesar das contestações entre proponentes e oponentes não extremistas, há alguns pontos em que o diálogo passa a ser possível. Observa-se como indicou Mori, uma maior simpatia tanto do pensamento científico quanto do senso comum pela aceitação do aborto quando fruto de estupro, de riscos à saúde materna ou de anomalias fetais incompatíveis com a vida. Os desacordos entre as partes voltam a acentuar-se quando é preciso determinar os limites gestacionais a cada prática. De fato, o grande centro das diferenças reside na probabilidade da mulher/casal decidir sobre a reprodução¹².

Sabe-se que foi em 2004 que o Supremo Tribunal Federal começou debates acerca da legalização ou não do aborto no Brasil. No Poder Judiciário, a questão principia aos poucos a ser debatida com mais desassombro. Nos últimos anos, foram conferidas 3.000 autorizações judiciais para interrupção da gravidez em acontecimentos de má-formação fetal, sobretudo anencefalia. É o dobro das liberações no mesmo período no início da década de 1990 e representa 80% de todas as gestações de fetos anencéfalos¹³.

Uma investigação realizada com médicos de hospitais públicos do Rio de Janeiro, por Giffin¹⁴, obteve como resultado que a maior parte considerava o aborto como um problema de saúde pública e amparava sua liberação, compreendida como um contorno para enfraquecer a morbi-mortalidade, principalmente das mulheres mais pobres; 44% sugeriram a descriminalização do aborto em fatos em que a mulher não almeja ter o filho e 45% no caso de suspeita ou constatação de má-formação. A autora concluiu expondo que, embora não compartilhe da discussão pública em torno da descriminalização, a classe médica é a favor dela.

Já no entendimento de Luiz Regis Prado¹⁵, não teria que se falar de aborto nos episódios de anencefalia, pelo simples fato de não se tratar de caso de conduta típica, uma vez que se constata exclusivamente a presença de um desvalor de situação ou de estado que ingressa no âmbito do risco permitido, atuando como excludente do desvalor da ação.

Por outro lado, os baseamentos jurídicos a favor do aborto do feto anencefálico são muito bem compendiados e exibidos por Barroso¹⁶ nos seguintes pontos: (i) dignidade da

¹² MORI, M. Abortion and health care ethics I: a critical analysis of the main arguments. In: GILLON, R. ed.

Principles of health care ethics. Chichester: John Wiley and Sons, 1994. p. 531-46.

¹³ **Revista Veja.** São Paulo, Abril, 28 jan. 2009. p. 74.

¹⁴ GIFFIN, K. Aborto provocado: o que pensam os médicos de quatro hospitais públicos do Rio de Janeiro, **J Bras Ginecol**, n.105, p. 121-126, 1995.

¹⁵ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. Petição inicial na ação de descumprimento de preceito fundamental nº 54-8/DF 2006. Disponível em: [http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12897-12898-1-](http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12897-12898-1-258)

pessoa humana – analogia à tortura; (ii) legalidade, liberdade e autonomia da vontade e (iii) direito à saúde.

A violação à *dignidade da pessoa humana*, princípio fundamental da República Federativa do Brasil (artigo 1º, III, da Constituição da República), incidiria no fato de se conferir à mulher que leve adiante a gestação de um feto que com certeza morrerá, causando-lhe dor, angústia e frustração. Existiria possível ameaça à integridade física (pelos fatores de risco da gravidez de feto anencéfalo) e à integridade psíquica (pela convivência com a mórbida perspectiva do nascituro), sendo certo que "*A convivência diuturna com a triste realidade e a lembrança ininterrupta do feto dentro de seu corpo, que nunca poderá se tornar um ser vivo, podem ser comparadas à tortura psicológica*", ao passo que o artigo 5º, III, da Constituição da República veda qualquer forma de tortura. A *legalidade, liberdade e autonomia da vontade* formam um argumento monolítico: como a legalidade, sob o ponto de vista do particular, implica a admissão de fazer tudo o que não seja proibido em lei, e como a proibição do aborto do anencéfalo "*não é a ordem jurídica vigente no Brasil, mas outro tipo de consideração*" deve ser respeitada a liberdade de escolha e a autonomia da vontade da gestante.

Entretanto, apesar de o Brasil apresentar uma das maiores taxas do mundo de fetos anencéfalos, aqui a questão demorou muito a ser decidida. Não se tinha uma legislação a respeito e a ideia dos magistrados a propósito da matéria foi bastante modificada. Isso se deve à intensa influência católica aprofundada nos Poderes Legislativo e Judiciário brasileiro¹⁷.

Até o ano de 2005, os juízes e Tribunais de Justiça formalizaram cerca de três mil autorizações para interromper gestações em decorrência da impossibilidade de sobrevivência do feto, o que demonstrou, como constatou o Ministro Marco Aurélio, a necessidade de o STF se pronunciar sobre o tema. O Brasil é o quarto país do mundo em casos de fetos anencefálicos, ficando atrás do Chile, México e Paraguai. A incidência é de aproximadamente um em cada mil nascimentos, segundo dados da Organização Mundial da Saúde (OMS), obtidos entre 1993 e 1998 e citados pelo Ministro.

Ainda em 2004 uma ação de anencefalia foi oferecida ao Supremo Tribunal Federal (STF), por meio de uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF),

PB.htm. Acesso em: 04/03/2016.

¹⁷ NOVAIS, Jorge. Os direitos fundamentais nas relações jurídicas. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Org.). **A constitucionalização do direito**: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), com base técnica do Anis Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero¹⁸. Nesse mesmo ano, uma medida liminar conferida pelo STF possibilitou que mulheres grávidas de fetos com anencefalia preferissem pela interrupção da gestação, assim como resguardou os profissionais de saúde que obrassem em tal processo médico¹⁹. Mas sabe-se que a liminar foi cassada ainda em 2004.

O contexto jurídico e ético sugerido na ação era de que, por ser a anencefalia uma má- formação inconciliável com a sobrevivência do feto fora do útero, a cessação da gestação nesse acontecimento não necessitaria ser tipificada como crime, mas sim como um processo médico protegido em princípios constitucionais como o direito à saúde, à dignidade, à liberdade e a estar livre de tortura²⁰. A estratégia argumentativa residiu em evidenciar que outros princípios constitucionais necessitam fazer parte do debate público e político sobre o aborto. A anencefalia se converteu em um recurso metodológico para a determinação de uma nova argumentação, ao permitir suplantiar a retórica cristã tradicional do aborto como um atentado a uma vida humana em potencial²¹.

No entendimento de Diniz e Vélez²²:

A Estratégia argumentativa da ação foi a de demonstrar que outros princípios constitucionais devem fazer parte do debate público e político sobre o aborto. A anencefalia foi um recurso metodológico para a imposição de uma nova argumentação. [...].

Pode-se argumentar que a ADPF exposta ao STF se defendeu em um giro argumentativo, comum às ações de Tribunais locais. O alvo não foi estabelecer um novo permissivo legal no Código Penal, mas evidenciar que a condição clínica da anencefalia não se condiria na determinação penal do crime de aborto. Para que se sustente o argumento de aborto como crime contra a vida em potencial do feto, é preciso que exista perspectiva de vida extrauterina, um tanto nula para o feto com anencefalia²³. Por esse

¹⁸ BARROSO Luís Roberto. ADPF Anencefalia. In: CREMEB. **Anencefalia e Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Letras Livres, 2004. p. 69-119.

¹⁹ DINIZ D. Selective abortion in Brazil: the anencephaly case. **Dev World Bioeth.** v. n. 2. p. 21-28., 2007.

²⁰ BARROSO, Luis Roberto. “ADPF Anencefalia”. In: CREMEB. **Anencefalia e o Supremo Tribunal Federal**, Brasília: Letras Livres, p. 69-119, 2004.

²¹ DINIS, Debora. Fórum Violência Sexual e Saúde. **Cadernos de Saúde Pública**, FIOCRUZ, v. 23, p. 477-478, 2007. Posfácio.

²² DINIZ, Débora; VÉLEZ, Ana Cristina G. 2008. Aborto na Suprema Corte: o caso da anencefalia no Brasil. **Revista Estudos Feministas**, v. 16, n. 2, p. 648, 2008.

²³ SWAIMAN, K; ASHWAL, S. Anencephaly. In: SWAIMAN, K. ASHWAL, S. Ed. **Pediatric neurology: principles and practice**. Boston: Mosby, 2003. v. 1, p. 250-251.

caminho argumentativo, a ação de anencefalia sugeriu a categoria médica e jurídica de antecipação terapêutica de parto para importar os procedimentos médicos permitidos judicialmente fazia uma década no país²⁴. Uma vez que a realização do aborto por anencefalia no feto não se enquadraria na definição jurídica de aborto segundo o Código Penal, a ação apresentou um novo conceito médico, posteriormente reconhecido pelo Conselho Federal de Medicina, ao definir o feto com anencefalia como “natimorto cerebral”²⁵.

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54, relativa ao aborto de anencéfalo foi votada em plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) em 12 de abril de 2012. Consignados os votos, foram oito a favor da interrupção da gravidez nos casos de fetos anencefálicos e dois votos contra acatando as justificativas legais apontadas na petição feita pela CNTS e proferindo súmula vinculante. O relator, Ministro Marco Aurélio, considerou procedente o pedido feito pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), para declarar inconstitucional a interpretação dada aos artigos 124, 126 e 128 (incisos I e II) do Código Penal, que criminaliza a antecipação terapêutica de parto nos casos de anencefalia.

Chamam a atenção os argumentos desse Ministro em que prevalecem o individualismo e o forte apelo aos direitos da mulher, em clara defesa do igualitarismo liberal:

A incolumidade física do feto anencéfalo, que, se sobreviver ao parto, o será por poucas horas ou dias, não pode ser preservada a qualquer custo, em detrimento dos direitos básicos da mulher. Considerando, portanto, inadmissível que o direito à vida de um feto que não tem chances de sobreviver prevaleça em detrimento das garantias à dignidade da pessoa humana, à liberdade no campo sexual, à autonomia, à privacidade, à saúde e à integridade física, psicológica e moral da mãe, todas previstas na Constituição.

²⁴ BARROSO Luís Roberto. ADPF Anencefalia. In: CREMEB. **Anencefalia e Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Letras Livres; 2004. p. 69-119.

²⁵ Conselho Federal de Medicina. Resolução n° 1752, de 8 de setembro de 2004. Autorização ética do uso de órgãos e/ou tecidos de anencéfalos para transplante, mediante autorização prévia dos pais. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2004.

O Ministro Luiz Fux, por sua vez, ressaltou a importância de se proteger a saúde física e psíquica da gestante, dois componentes da dignidade humana da mulher. Ele desafiou a possibilidade de qualquer pessoa comprovar, à luz do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, que é justo relegar a gestante de um feto anencéfalo aos “bancos de um tribunal de júri” para responder penalmente por aborto. “Por que punir essa mulher que já padece de uma tragédia humana?”, questionou.

E ainda, adicionando uma interpretação talvez mais congruente com o socialismo democrático, o Ministro enquadrou a interrupção da gravidez de fetos anencefálicos como matéria de saúde pública que aflige, em sua maioria, mulheres de menor poder aquisitivo, sendo, portanto, uma questão a ser tratada como política de assistência social.

Adeodato, em sua obra sobre os direitos existenciais emergentes se posiciona de forma enfática ao considerar que os direitos fundamentais invocados inúmeras vezes nos votos dos Ministros do STF, a propósito do caso em apreço, constituem um sistema que não é, propriamente falando, lógico-dedutível (autônomo-suficiente); nem deve ser assim compreendido.

Configuram antes um sistema aberto e flexível, permanentemente receptivo a novos conteúdos e desenvolvimentos. E articula com brilhantismo, finalmente, ao observar que o mesmo está integrado ao restante da ordem constitucional, e mostra-se sempre sujeito aos influxos do mundo social que constitui o seu entorno²⁶.

6 A (IM)POSSIBILIDADE DO ABORTO EUGÊNICO PARA OS CASOS DE MICROCEFALIA ORIUNDOS DO ZIKA VÍRUS

A epidemia de zika que se iniciou no Brasil em 2015, acompanhada do aumento observado de malformações congênitas, em especial a microcefalia, fizeram o Ministério da Saúde e a OMS declarar estado de emergência de saúde pública de importância nacional e internacional.

Todos os programas de erradicação do vetor da doença desenvolveram ao longo do tempo estratégias para o controle do *Aedes aegypti*, seu principal vetor. Na prática, o controle químico acabou sendo uma das estratégias prioritárias em relação a outras ações

²⁶ ADEODATO, Benedito Fonseca e Souza. **Direitos Existenciais Emergentes**: uma análise sociológica de casos difíceis no Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Gramma Editora, 2015.

mais perenes, como o saneamento ambiental, colocado em segundo plano ao longo de décadas. As emergências, a falta de recursos para os investimentos necessários ou mesmo a cultura política de que o saneamento não tem visibilidade podem ter contribuído para esse quadro de atraso.

Pesquisadores brasileiros e britânicos conseguiram confirmar a relação de causalidade entre o vírus da Zika e a microcefalia em recém-nascidos e recomendaram que as autoridades de saúde se preparassem para uma epidemia de casos de microcefalia e outras complicações ligadas ao vírus.

A seqüela neurológica mais grave da infecção pelo vírus Zika é certamente a microcefalia que se caracteriza por uma redução do volume encefálico normal detectada ainda no período gestacional ou ao nascimento.

Trata-se, portanto, de uma condição em que o cérebro e o crânio da criança além de possuir tamanho menor do que o habitual, evidencia sérios problemas em seu desenvolvimento psicomotor; outras possíveis consequências incluem convulsões, paralisia, epilepsia, distúrbios oftalmológicos graves e, em casos considerados severos, podem levar à morte do recém nato. A doença não tem cura, mas o tratamento especializado pode mitigar alguns dos sintomas. E aqui reside a grande diferença entre os casos de anencefalia, em que o bebê normalmente sobrevive apenas por algumas horas após o nascimento, e a microcefalia, que não é uma condição fatal, a priori, mas se apresenta revestida de preocupação e trabalho especializado, com acompanhamento permanente.

Os casos de aborto eugênico estão enquadrados no aborto do tipo voluntário, e sua premissa é a de interromper a gravidez em casos de anomalia ou má-formação do feto, que em certos casos vêm a falecer dentro da mãe antes de completar o ciclo de gestação, ameaçando a vida da gestante. Dentre as anomalias do feto podemos citar como exemplo os fetos anencéfalos, microcéfalos entre outras anomalias que impossibilitem uma vida extra-uterina ou de pouca duração. Em alguns países, uma vez detectado uma anomalia desse gênero no feto ou até mesmo na fase inicial da multiplicação das células do zigoto, é dado à gestante a escolha de interromper ou não a gravidez.

A discussão ao redor do aborto eugênico sempre foi polêmica, mas ganhou maior tensão nestes últimos anos devido à evolução na área da medicina, que possibilitou a criação de métodos de interrupção da gravidez mais eficientes e seguros, mas o que há na realidade é um choque de princípios, somados com questões de moralidade e religiosidade.

Para alguns, permitir o aborto nessas condições equivaleria à rejeitada eugenia. O termo, criado em 1893 por Francis Galton, significa “bem nascido”. Galton definiu: “o estudo dos agentes sob o controle social que podem melhorar ou empobrecer as qualidades raciais das futuras gerações seja física, seja mentalmente”.

Nunca se comentou sobre tantos assuntos da seara da bioética e, conseqüentemente, do biodireito: células-tronco embrionárias, clonagem humana, aborto do anencéfalo e, agora, a retirada do microcéfalo.

Há os que defendem que não se pode tratar os pais que optaram por extrair o feto microcéfalo como criminosos ou adeptos da eugenia, em seu sentido mais negativo. Se é assim, não deveriam suportar o ônus, se não desejam, de cuidar de alguém que pode ter uma sobrevida pequena, ou, se mais longeva, com problemas de saúde diversos, que exigem dedicação, tempo e recursos para tratamento. E ainda contar, com sorte, ao acesso aos meios e profissionais adequados, interdisciplinarmente, para dar o mínimo de conforto para sua criança microcéfala.

O núcleo fundamental da sociedade, neste caso, ficará frágil. Não importam esclarecimentos, informações e incentivos. Aquela unidade familiar ficará alijada. Dois descontentes podendo resultar em um, no abandono da criança, em sua colocação numa instituição muitas vezes incapacitada para cuidar de uma enfermidade tão séria.

Do lado de quem nasce, igualmente, não se garante, conforme dito, que viva, muito menos que, depois de todos os cuidados necessários tenham uma vida normal e sem qualquer discriminação. É uma aposta feita com a vida de outrem.

O processo que levou os Ministros do Supremo Tribunal Federal a pronunciarem-se a favor da permissão para interrupção de fetos anencefálicos (e não para o aborto desprovido de previsão legal) poderá servir como um exemplo notável de hermenêutica. Alcançaram uma resposta consistente para uma situação complexa a envolver direitos fundamentais em colisão. Na produção da resposta, ficou patente a defesa da pessoa humana, a qual se acha em perfeita sintonia com o que se entende ser a referência da pessoa como ser absoluto, cuja reforma das estruturas políticas, econômicas, jurídicas e sociais devem tomar como base.

Nesse contexto, ganha relevo uma concepção que, sem subestimar o papel protagonista das instâncias democráticas na definição do Direito, reconhece e valoriza a irradiação dos valores constitucionais por todo o ordenamento, assim como a atuação firme e construtiva do Poder Judiciário com vistas à proteção e promoção dos chamados direitos fundamentais e dos pressupostos da democracia.

Uma doença, nunca é só uma doença. Ela se apresenta com desigualdades e falências, e é dessa matéria fervente o debate sobre a permissão do aborto em casos de microcefalia.

Concentra-se, neste aspecto, um ponto importante: o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, ao direito de escolha de cada mulher, a partir de suas condições concretas e subjetivas, da esteira de sentidos e sensações construída por cada pessoa para se entender pertencente a uma sociedade. O que acontece, nesse caso, é a ampliação de direitos – e não o estreitamento. Viver, para essas mulheres é mover-se em direção às suas convicções, não obstante o sacrifício ou sofrimento que advém de suas escolhas.

Nessa linha, o Supremo Tribunal Federal ampliou a excludente de ilicitude previsto na criminalização da interrupção voluntária da gravidez, como no caso da anencefalia.

Em contraponto há os que consideraram o respeito absoluto do direito à vida, sem qualquer discriminação, o que não exclui fetos portadores de microcefalia. Esse argumento encontra defensores em todas as esferas da vida pública e membros da sociedade em geral. Sem dúvida alguma, como facilmente se percebe, a vida latente no feto com microcefalia estaria protegida constitucionalmente em todos os aspectos referentes aos direitos humanos, afastando a permissão do aborto nesses casos.

O Código Penal Brasileiro, por sua vez, estabelece nos dispositivos legais (art. 128, I e II), os casos em que o aborto encontra amparo na ordem jurídica vigente, mas quando o Zika vírus provoca um debate sobre o aborto, é fundamental que todos nos esforcemos para qualificá-lo.

Está em curso uma Ação junto ao Supremo Tribunal Federal (STF) que pretende pleitear, entre várias medidas, a permissão do aborto devido à microcefalia, tendo a Organização Mundial da Saúde já se manifestado em defesa da sua descriminalização.

Do Supremo Tribunal Federal se espera poder se considerar uma nova exceção àquelas previstas pelo Código Penal, fato que ao ser abarcado pelos Ministros, certamente encontrará diversos posicionamentos em defesa de argumentos de individualismo, proteção à vida quase como um dogma, direito à interrupção digna da gravidez e por que não dizer, sua não criminalização como direito social.

Em conclusão, as ideias colocadas são reflexivas. Deve haver, na interpretação dos preceitos legais, uma hermenêutica pós-contemporânea, não fixada em premissas etéreas, em detrimento da realidade.

7 CONCLUSÃO

No cumprimento do aspecto intrínseco deste Artigo procuramos identificar o peso político do desempenho do Supremo Tribunal Federal e, também, a importância deste para a construção de decisões judiciais do mais alto relevo, notadamente, no que diz respeito às decisões proferidas sobre a interrupção da gravidez no caso de aborto de anencéfalo e sua (im) compatibilidade com os casos de fetos acometidos pela microcefalia, oriundas da infecção causada pelo vírus Zika.

Já definidos anteriormente, é importante reforçar a delimitação desse espaço representativo dos direitos individuais e princípios constantes da Magna Carta, considerando que os mesmos estão ganhando magnitude cada vez mais representativa no terreno das demandas sociais e mesmo das normatizações no âmbito do Judiciário, especialmente.

Assim, os direitos mais representativos do cidadão identificam-se com o princípio da dignidade humana e tratam da vida privada do indivíduo, da intimidade e da honra deste. São direitos que evoluem das necessidades interiores da pessoa humana e englobam, entre outros, as mulheres em sua fase conceptiva, em sua dimensão mais importante.

Ademais, foi possível pôr em questão o papel político desempenhado, de modo cada vez mais frequente, pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro na atualidade.

A leitura crítica dos documentos relativos ao aborto de anencéfalo, foram importantes para elucidar a competência do Supremo Tribunal Federal e seu papel político na conjuntura brasileira atual, em especial quando se trata de estabelecer políticas públicas em consonância com a sociedade, considerando as demandas atuais, como é o caso da recente epidemia causada pela infecção catastrófica do Zika vírus.

Pode-se dizer que o Poder Judiciário não apresenta, por si só, a obrigação de modificar a realidade social, existencial ou dos excluídos. Mas, sem dúvida, tem o dever institucional de contribuir com a modificação dessa realidade, a fim de exercer os mandamentos constitucionais, cuja guarda lhe compete. O artigo procurou abordar questões de forte apelo existencial.

Esse movimento valoriza a vida, o afeto, a solidariedade, a fraternidade, a igualdade individual e coletiva, enfim, a existência e os direitos humanos de uma forma geral, revendo conceitos e pré-conceitos para estabelecer progressiva e consistentemente novos direitos que ao interferir na convivência cidadã retroalimenta um processo onde

recria novas demandas por regulamentos sociais existenciais e através desses regulamentos concede espaços mais amplos de cidadania.

Os processos de construção precisam ser capazes de assegurar a necessária tutela normativa, sempre mobilizada no enfrentamento de problemas e práticas da sociedade moderna.

No aprofundamento da análise da construção doutrinária e jurisprudencial, buscamos compreender o papel do Supremo tribunal Federal em não apenas garantir o mínimo existencial, mas principalmente, expandir as possibilidades de resguardar os caminhos que levam à tutela de direitos cada vez mais abrangentes, com o que alargam o conceito ou mesmo sinalizam que não enxergam o campo das garantias constitucionais obstaculizados por limites já definidos.

Assim sendo, vale frisar, em termos conclusivos, que a jurisdição constitucional está encarregada da aplicação rigorosa das normas constitucionais, à luz do próprio Estado Democrático de Direito: ela tem em vista a finalidade precípua de concretizar e fortalecer o ordenamento jurídico (o que equivale a revigorar a chamada força normativa da Constituição). E deve fazer, de forma contundente, atenta à coerência e à integridade do sistema.

A atuação dessa instituição, a Suprema Corte, comprova que a democracia como prática da política pode insurgir-se contra toda ordem fundada na desigualdade, ou seja, examinar, à luz dos princípios constitucionais, as demandas frequentes da sociedade brasileira, a exemplo da epidemia causada pela infecção desordenada do vírus Zika, causador, dentre outras enfermidades da microcefalia em fetos de mães contaminadas e suas incontroláveis e desastrosas consequências.

Expor a igualdade como verdadeiro fundamento (embora se admita a persistência de desigualdades) e propor uma nova subjetivação, demonstra que a realidade é dissenso, não consenso, e, conquanto se tente exercer um controle total através de estratégias ou mecanismos institucionais (especificamente, o Direito), ela sempre pode ressurgir expondo o novo, o inusitado. E isso não pode ser ignorado por todos que aspiramos ao aprimoramento da sociedade brasileira.

8 REFERÊNCIAS

ADEODATO, Benedito Fonseca e Souza. **Direitos Existenciais Emergentes: uma análise sociológica de casos difíceis no Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Gramma Editora, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Petição inicial na ação de descumprimento de preceito fundamental n° 54-8/DF 2006. Disponível em:

<<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12897-12898-1-PB.htm>.

Acesso em: 04/03/2016>.

BARROSO, Luís Roberto. ADPF Anencefalia. In: CREMEB. **Anencefalia e Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Letras Livres, 2004. p. 69-119.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. v. 2: Parte especial: dos crimes contra a pessoa. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Código Penal. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. In: Códigos 4 em 1 Saraiva: Civil, Comercial, Processo Civil e Constituição Federal. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 13-121.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. Departamento de Ciência e Tecnologia. 20 anos de pesquisas sobre aborto no Brasil. Brasília: Ministério da Saúde, 2009.

BRUM, Eliane. Guerra dos embriões. **Época**, São Paulo, n. 304, 13/3/2004.

BRUNO, Aníbal. **Crimes contra a pessoa**. 5. ed. Rio de Janeiro: Rio, 1979.

BUSATO, Paulo César. Tipicidade material, aborto e anencefalia. Disponível em:

<[http://www.pgj.ma.gov.br/ampem/artigos/25.%20 Anencefalia_e_%20aborto.pdf](http://www.pgj.ma.gov.br/ampem/artigos/25.%20Anencefalia_e_%20aborto.pdf)>.

Acesso em: 24/9/ 2016.

COIMBRA, C.G. **A lei do aborto permite abortar até os 9 meses.** 2005.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1752, de 8 de setembro de 2004. Autorização ética do uso de órgãos e/ou tecidos de anencéfalos para transplante, mediante autorização prévia dos pais. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2004.

DINIZ, Débora. Fórum Violência Sexual e Saúde. **Cadernos de Saúde Pública**, FIOCRUZ, v. 23, p. 477-478, 2007. Posfácio.

DINIZ, Débora; VÉLEZ, Ana Cristina G. 2008. Aborto na Suprema Corte: o caso da anencefalia no Brasil. **Revista Estudos Feministas**, v. 16, n. 2, p. 648, 2008.

GIFFIN, K. Aborto provocado: o que pensam os médicos de quatro hospitais públicos do Rio de Janeiro, **J Bras Ginecol**, n.105, p. 121-126, 1995.

LEME, A. C. R. P. Transfusão de sangue em testemunhas de Jeová. A colisão de direitos fundamentais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 632, 1 abr. 2005.

MAIA CAT, MONDACA ADCA, DUARTE CS, LIMA JA, COLODO M, LEMOS TM, et al. Mulheres vítimas de violência sexual: atendimento multidisciplinar. **Femina**, 2000, n. 28. p.155-61.

MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade.** Petrópolis: Vozes, 1986.

MORI, M. Abortion and health care ethics I: a critical analysis of the main arguments. In: GILLON, R. (Ed.). **Principles of health care ethics.** Chichester: John Wiley and Sons, 1994.

NOVAIS, Jorge. Os direitos fundamentais nas relações jurídicas. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Org.). **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

Revista Veja. São Paulo, Abril, 28 jan. 2009. p. 74.

SARMENTO, Daniel. **Legalização do aborto e Constituição**. p. 2. Disponível em:

<http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/direitos-sexuais-e-reprodutivos/aborto/legalizacao_do_aborto_e_constituicao_daniel_sarmento.pdf/view>.

Acesso em: 05 fev. 2016.

SWAIMAN, K; ASHWAL, S. Anencephaly. In:_____. (Ed). *Pediatric neurology: principles and practice*. Boston: Mosby; 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002