

Cadernos de Iniciação Científica

Nº 09 | 2014.1



Cadernos de Iniciação Científica

Nº 09 | 2014.1

Salvador, Bahia
2015

ISSN: 2176-0039

Capa:

Amanda da Silva Gonçalves

Editoração eletrônica:

Carla Piaggio, Thalita Amorim
(www.carlapiaggio.com.br)



Rua Visconde de Itaborahy, 989,
Amaralina, Salvador – Bahia
(71) 3205-7700 / Fax: (71) 3240-3552
contato@faculdadebaianadedireito.com.br
www.faculdadebaianadedireito.com.br

Sumário

Capítulo I

A TEORIA DA CAPTURA NAS AGÊNCIAS REGULADORAS E SUA APLICAÇÃO NA LEI

Nº 12.846/2013 11

Daniel Araújo Fortes

1. Introdução 14
2. Agências reguladoras: breve análise 15
 - 2.1. Características basilares da agências reguladoras 18
 - 2.2. As agências reguladoras e o ordenamento jurídico brasileiro 25
3. A teoria da captura: conceito e hipóteses..... 29
4. A lei nº 12.846 e a responsabilidade das pessoas jurídicas por atos lesivos a administração pública 37
5. A lei nº 12.846 e o possível enquadramento da teoria da captura na responsabilização das pessoas jurídicas..... 41
6. Considerações finais 46
7. Referências 47

Capítulo II

A NATUREZA JURÍDICA DA EXECUÇÃO PENAL..... 51

Hannah Abram Santos

1. Introdução 53
2. Execução penal..... 54
 - 2.1. Sobre o conceito de execução penal..... 54
 - 2.2. Sistema de execução penal 56
 - 2.3. Lei de execução penal (LEP – lei nº 7.210/84) 60
 - 2.4. Breve olhar sobre o anteprojeto da LEP 62
3. Natureza jurídica da execução penal 64
4. Considerações finais 71
5. Referências 73

Capítulo III

DIREITO DE RECESSO NAS SOCIEDADES LIMITADAS À LUZ DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LIVRE ASSOCIAÇÃO 75

Luciana Lima Simões de Vasconcelos

1. Introdução	78
2. Sociedade limitada no direito brasileiro	79
2.1. Histórico e características das sociedades limitadas	79
2.2. Natureza das sociedades limitadas	82
2.3. Natureza do ato constitutivo da sociedade e sua relação com os fundamentos do direito de retirada	84
3. Direito de recesso e liberdade de associação	86
3.1. Aplicação do princípio constitucional da livre associação no direito societário	88
3.2. Direito de recesso nas sociedades limitadas por prazo indeterminado	91
3.3. Direito de recesso nas sociedades limitadas por prazo determinado	93
4. Considerações finais	94
5. Referências	96

Capítulo IV

SOCIEDADE LIMITADA: ENTENDIMENTO E PECULIARIDADES..... 99

Milaila Bezerra de Almeida

1. Conceito de sociedade limitada	102
2. Responsabilidade limitada do sócio	105
2.1. Integralização do capital social x responsabilidade dos sócios	107
3. Peculiaridades da sociedade limitada	108
3.1. Realização de balanços pelas Ltda's	108
4. Conclusão	111
5. Referências	112

Capítulo V

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATTO DE PRESO FORAGIDO..... 113

Pedro Almeida de Souza

1. Introdução	116
2. A responsabilidade civil do estado	118
3. Responsabilidade civil do estado por ato omissivo ...	130
3.1. A responsabilidade objetiva na omissão	132
4.2. O contraponto: o princípio da reserva do possível.....	136
4.3. A responsabilidade subjetiva na omissão	140
4.3.1. A omissão genérica ou abstrata	146
4.3.2. A omissão específica ou concreta	147
4.4. O nexo de causalidade nos atos omissivos	150
5. A negligência na custódia de presos e a responsabilidade civil do estado.....	151
5.1 A repercussão da matéria e análise jurisprudencial	153
6. Conclusão.....	165

Capítulo VI

O PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL E SUA ABORDAGEM MATERIAL..... 167

Rafael Gomes Sansão

1. Introdução	170
2. Sobre o Princípio da Adequação Social	171
2.1. Conceito	171
2.2. Evolução.....	173
2.3. Teoria da Imputação Objetiva.....	175
3. Pós-positivismo e Democracia	177
3.1. Pós-positivismo.....	177
3.2. Soberania Popular	180
3.3. Democracia.....	181
4. Princípio da Adequação Social no Brasil.....	182
4.1. Aplicação	182
4.2. Orientações e Limites.....	184

5. Considerações Finais	185
6. Referências Bibliográficas	188

Capítulo VII

A CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM NOS CONTRATOS DE ENGENHARIA GLOBAL: A CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA.....191

Rebecca Wicks Sant'anna

1. Introdução	194
2. Contratos comerciais internacionais: caracterização	195
3. Contrato de engenharia global	197
4. Arbitragem internacional	201
5. Cláusula compromissória.....	205
6. Conclusão.....	214
7. Referências	215

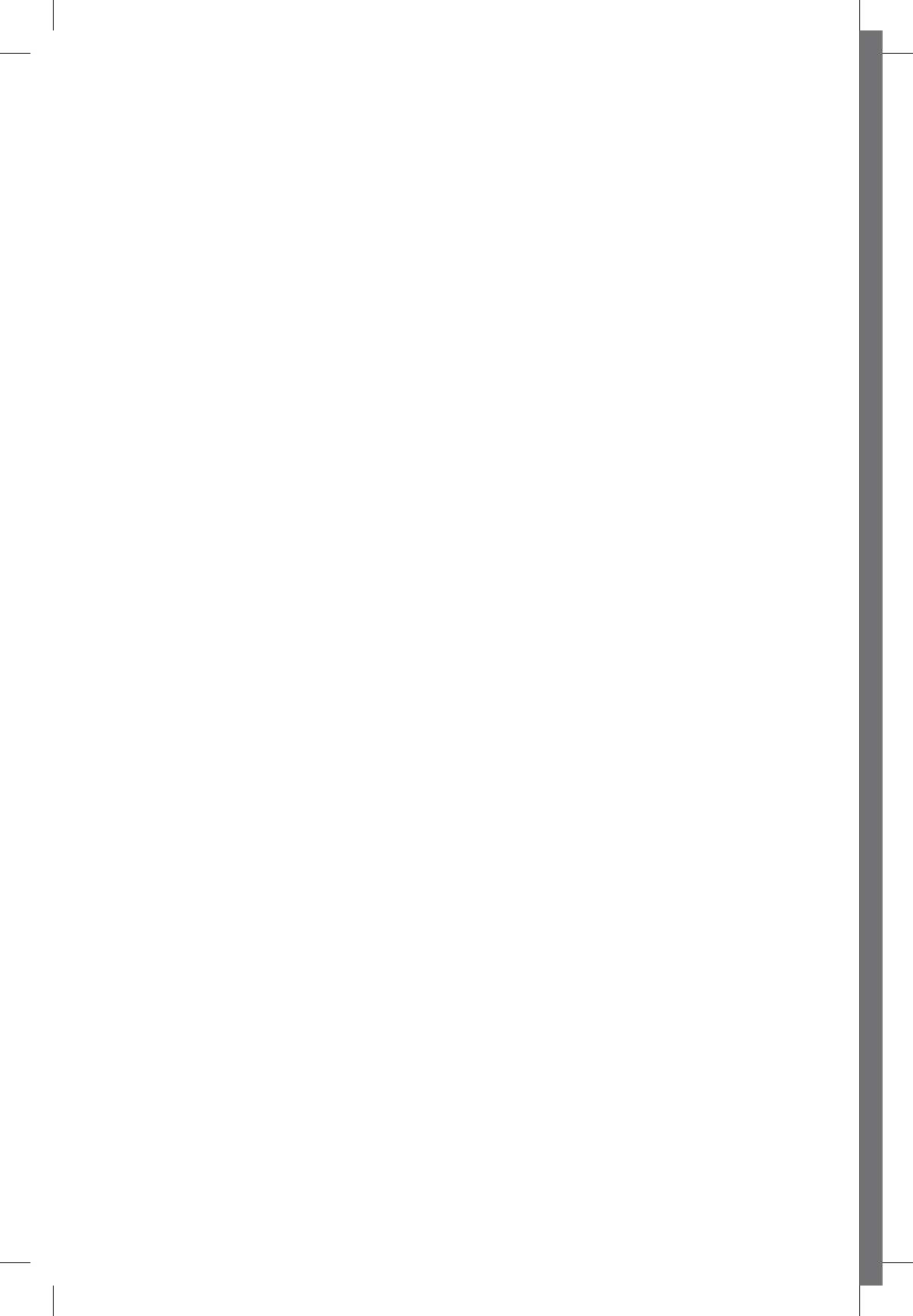
Capítulo VIII

A IMPORTÂNCIA DA RESSOCIALIZAÇÃO NAS MEDIDAS DE SEGURANÇA AO LUME DA JURISPRUDÊNCIA DO STF.....219

Thais Rivera Duran Barreto

1. Introdução	222
2. O prazo da medida de segurança e a jurisprudência do stf;.....	223
2.1. Medida de segurança	223
2.2. O prazo da medida de segurança segundo o código penal	227
2.2.1. Constitucionalidade da indeterminação temporal da medida de segurança	229
2.3. O prazo da medida de segurança e a jurisprudência do stf	233
3. Ressocialização	237
3.1. A ressocialização no sistema brasileiro.....	237
3.2. Ressocialização como direito humano do custodiado.....	241
3.3. Ressocialização dos internados	243

4.1. Lei antimanicomial (10.216/2001)	245
4.1.1. Lei antimanicomial e medida de segurança	248
4.2. A ressocialização nas medidas de segurança e a jurisprudência do stf	250
5. Considerações finais	252
6. Referências	255



Capítulo I

A teoria da captura nas agências reguladoras e sua aplicação na lei nº 12.846/2013

Daniel Araújo Fortes

Graduando em Direito pela Faculdade Baiana de Direito e Gestão.
E-mail: dafortes@live.com

A teoria da captura nas agências reguladoras e sua aplicação na lei nº 12.846/2013

Resumo: Este trabalho tem o escopo de tentar apresentar soluções viáveis para resolver a problemática referente a captura de agentes e os problemas advindos desta nefasta prática dentro do campo de atuação das agências reguladoras. Atualmente, nota-se que o legislador optou por responsabilizar objetivamente as empresas que pratiquem atos ilícitos em desfavor da administração pública. Ao longo deste artigo, apresenta-se um breve histórico das agências reguladoras no direito pátrio, oportunidade em que se explica de que forma se deu o seu surgimento, bem como suas características. Seguidamente, trata-se da natureza destes entes reguladoras. Por fim, avalia-se a teoria da captura e os seus reflexos dentro do fenômeno das agências reguladoras e sua possível aplicação na Lei 12.846/2013. Trata-se de um trabalho que não busca, evidentemente, esgotar o grande debate em torno desta questão. Busca-se, contudo, realizar uma reflexão sobre este tema tão controverso, mas ao mesmo tempo tão presente dentro do campo regulatório.

Palavras-Chave: Direito Administrativo; Agências Reguladoras; Teoria da Captura; Lei 12.846/2013.

Sumário: 1. Introdução — 2. Agências reguladoras: breve análise: 2.1. Características basilares das agências reguladoras; 2.3. As agências reguladoras e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro — 3. A teoria da captura: conceito e hipóteses — 4. A lei nº 12.846/ e a responsabilidade das pessoas jurídicas por atos lesivos a administração pública — 5. A lei nº 12.846 e o possível enquadramento da teoria da captura na responsabilização das pessoas jurídicas — 6. Considerações finais — 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo objetiva tratar da possibilidade da aplicação da nova Lei 12.846/2013 no fenômeno da captura, tão presente dentro do campo regulatório em nosso ordenamento.

Inicialmente, trata-se da evolução histórica das agências reguladas, oportunidade em que se explica de que forma se deu o seu surgimento, bem como suas características mais importantes, assim como os conceitos principais para o seu entendimento, tais como regulação e regulamentação.

Seguidamente, são abordados temas como a natureza das agências reguladoras e sua autonomia. Após, discute-se a teoria da captura, explicitando o seu conceito, bem como as suas hipóteses.

Por fim, considera-se a possibilidade de aplicação da nova Lei Anticorrupção sobre o fenômeno da captura dentro das agências reguladoras, não havendo nenhum óbice para que isto ocorra.

2. AGÊNCIAS REGULADORAS: BREVE ANÁLISE

Afirma-se que a regulação (que não deve se confundir com o conceito de regulamentação), em que pese ser uma atividade típica do Estado, e não obstante seja um conceito basilar para a compreensão do fenômeno das agências reguladoras (uma vez que a regulação poderia ser entendida como a atividade-fim daquelas), não possui um conceito uniforme na doutrina.¹

Entender-se-ia o “Estado regulador” como aquele que, através de um regime interventivo, incumbe-se de estabelecer as regras disciplinadoras da ordem econômica vigente, com o escopo de ajustá-la aos ditames da justiça social.² Ademais, cabe salientar que este entendimento encontra guarida em nossa Carta Maior, através do seu artigo 170.³

Nas precisas palavras do professor Fernando Dias Menezes de Almeida, sobre a utilização do termo regulação e a possível confusão com o termo regulamentação:

Regulação não é conceito tradicionalmente empregado no Brasil, nem nos textos normativos, nem em estudos doutrinários de direito administrativo. Daí decorrem não apenas uma dificuldade de precisão de seu sentido como, também, consequentes confusões terminológicas. Um exemplo disso é a confusão, no Brasil, entre “regulação” e “regulamentação”.

- 1 PAULO, Vicente e ALEXANDRINO, Marcelo. *Agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003. Página 08.
- 2 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Atlas, 2014. Página 927.
- 3 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

Tais vocábulos têm a mesma etimologia. Em linguagem leiga podem ser tidos por sinônimos. Mesmo em obras jurídicas não específicas sobre a matéria essa assimilação ocorre.⁴

Deste modo, a regulação, uma vez entendida como uma espécie de intervenção estatal, poderia se manifestar tanto através dos poderes e ações com o escopo eminentemente econômico (como o controle de preços e tarifas, controle de concentrações empresariais, por exemplo), como também através de distintos e variados motivos (medidas ambientais, disciplina das profissões, entre outros).⁵

Neste sentido, o ato de regular poderia ser entendido como organizar determinado setor afeto à agência, bem como controlar as entidades que atuam neste setor, conforme ressalta a festejada doutrinadora Maria Sylvia Zanella Di Pietro.⁶ Ou seja, regular determinado campo econômico.

Ainda sobre o conceito de regulação, afirma-se também que esta seria a atividade normativa através da qual o governo condiciona, modifica, corrige ou direciona os parâmetros do mercado, com a finalidade de impor determinadas restrições e exigências para a atuação dos agentes econômicos. Seria, portanto, uma intervenção estatal na área econômica.⁷

4 CARDOSO, José Eduardo Martins. *Curso de direito administrativo econômico v.2*. São Paulo: Malheiros, 2006. Página 120.

5 SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006. Página 18.

6 PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2013 Página 529.

7 PAULO, Vicente e ALEXANDRINO, Marcelo. *Agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003. Página 09.

Neste contexto, sobretudo no que se refere à intervenção do Estado em determinadas e específicas áreas, é que surge o fenômeno das chamadas agências reguladoras. Estas representariam uma possibilidade de tentar regular a atuação destes agentes econômicos em campos peculiares.

Esses órgãos autônomos surgem primeiramente no plano do direito comparado. Na Inglaterra, a partir de 1834, são criados os chamados primeiros entes autônomos, com o objetivo de concretizar medidas provisórias e resolver as controvérsias resultantes da aplicação destes textos. Para cada lei que disciplinasse um determinado assunto de grande relevo, era criado um ente autônomo para aplicar esta lei.

Como não poderia deixar de ser, os Estados Unidos, até mesmo pela grande influência cultural e sociológica exercida por sua antiga metrópole, experimentam no ano de 1887 o começo da proliferação de *agencies* para a regulação de determinadas atividades. Ainda neste sentido, na França, as Autoridades Administrativas Independentes, embora sem personalidade jurídica e sujeitas à fiscalização do Conselho de Estado, também representam um começo deste fenômeno das agências reguladoras.⁸

Percebe-se que o Estado se utilizou então deste fenômeno das agências reguladoras para poder promover uma contundente intervenção estratégica dentro da ordem econômica em vigor, buscando corrigir

8 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *As Agências Reguladoras*. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-6-MAIO-2006-DINORA.pdf>>. Acesso em 01.08.2014.

as eventuais falhas do mercado. Era o objetivo, então, especializar a atuação estatal e tentar neutralizar (ou até mesmo amenizar) a influência política na regulação de setores econômicos sensíveis.⁹

Estes entes servem, então, para disciplinar e controlar determinadas atividades, que podem ser serviços públicos propriamente ditos (como por exemplo o serviço de energia elétrica), atividades que podem ser desempenhadas pelo Estado e também pela iniciativa privada, através da livre iniciativa (por exemplo, o serviço de saúde), ou ainda atividades que decorrem da realização de contrato entre particulares e o Estado.¹⁰

2.1. Características basilares das agências reguladoras

As agências reguladoras podem ser entendidas como entes administrativos dotados das características de uma autarquia de regime especial, por conta de algumas peculiaridades que as mesmas possuem, como o poder de regular determinadas matérias atinentes a sua especialidade (o chamado poder normativo) e também capacidade de especialização.¹¹

Destarte, o vocábulo “agência” não denota nenhuma especificidade em nosso ordenamento pátrio. Ou

9 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *O modelo norte-americano de agências reguladoras e sua Recepção pelo direito brasileiro*. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista47/Revista47_157.pdf>. Acesso em 01.08.2014.

10 PAULO, Vicente e ALEXANDRINO, Marcelo. *Agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003. Página 19.

11 HEINEN, Juliano. *Agências reguladoras e o seu "poder" de regular(mentar)*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 223, 16 fev. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4821>>. Acesso em: 4 ago. 2014.

seja, não delimita qualquer instituto ou entidade, diferentemente do que ocorre, por exemplo, com o vocábulo “autarquia”. Em que pese este fato, a expressão “agência reguladora” vem sendo amplamente utilizada de forma uniforme nas leis e também na doutrina para referir-se aos novos entes incumbidos do exercício de atividade regulatória da economia. Inegável que este termo é importado do direito norte-americano, no qual se utiliza a expressão *agencies*.¹²

Em nosso ordenamento jurídico, afirma-se que a existência de agências reguladoras é o resultado da necessidade de o Estado influir na organização das relações econômicas de maneira frequente e profunda. Além, é claro, do desejo de conferir às autoridades incumbidas desta tarefa certa autonomia frente à estrutura tradicional do poder político.¹³

Sobre esta independência das agências reguladoras:¹⁴

“o jurista espanhol Gaspar Ariño, por exemplo, enfatiza que ‘as duas notas fundamentais que as caracterizam — suas duas grandes vantagens — são a especialização e a independência’. Um pouco mais adiante em seu texto, continua: ‘a independência de juízo e a de decisão resultam particularmente necessárias nestas matérias por razões fundamentais:

12 PAULO, Vicente e ALEXANDRINO, Marcelo. *Agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003. Página 18.

13 SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006. Página 18.

14 ARIÑO *apud* MENDES, Conrado Hübner, *Reforma do Estado e Agências Reguladoras: Estabelecendo os Parâmetros de Discussão*, in: *Direito Administrativo Econômico*, Malheiros, 2000, Sundfeld, Carlos Ari (Coordenador), p. 124.

primeiro porque para o político o mais fácil é adiar o problema; segundo porque nos encontramos diante de situações que afetam diretamente os direitos e liberdades dos cidadãos, onde as decisões devem ser tomadas com a imparcialidade e independência de um juiz.”

Embora não seja viável tentar estabelecer uma definição científica do que seria uma agência reguladora, caberia realizar uma tentativa. Neste sentido, os doutrinadores Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino nos apresentam uma feliz proposição conceitual, uma competente tentativa de definir as agências reguladoras. A seguir:

Trata-se de entidades administrativas com alto grau de especialização técnica, integrantes da estrutura formal da Administração Pública, instituídas sob a forma de autarquias em regime especial, com a função de regular um setor específico de atividade econômica, ou de intervir de forma geral sobre relações jurídicas decorrentes destas atividades, que devem atuar com a maior independência possível perante o Poder Executivo e com a imparcialidade em relação às partes interessadas (Estado, setores regulados e sociedade).¹⁵

A festejada doutrinadora Maria Sylvia Zanella Di Pietro nos oferece uma conceituação mais ampla de agência reguladora em nosso ordenamento pátrio. Esta definição nos diz que a agência reguladora poderia ser entendida como qualquer órgão integrante da Administração Direta ou entidade de Administra-

15 PAULO, Vicente e ALEXANDRINO, Marcelo. *Agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003. Página 20.

ção Indireta, com o escopo de regular uma matéria específica. Mister ressaltar que esta referida ideia da especialização foi a grande inspiração para o modelo de agências norte-americanas, assim como a especialização também viria a inspirar a instituição/criação de autarquias no modelo europeu-continental.¹⁶

No momento da inserção das agências reguladoras em nosso ordenamento jurídico, o legislador federal optou por enquadrá-las no gênero de autarquia, que, segundo tradicional conceituação, distingue-se dos outros entes estatais descentralizados por possuir personalidade de Direito Público.¹⁷ É de clareza solar, portanto, que esta “roupagem autárquica” das agências reguladoras resulta de mera opção técnica.

Nas palavras de Cristiano Martins de Carvalho, sobre este referido tema, percebem-se as consequências resultantes desta referida “roupagem autárquica” conferida às agências reguladoras dentro de nosso ordenamento pátrio:

As agências reguladoras são pessoas jurídicas de direito público, classificadas como autarquias. Tal natureza é essencial para que desempenhem efetivamente seu papel, que consiste em intervir no domínio econômico e fiscalizar a prestação de serviços públicos, ou seja, deveres específicos do Estado. Sendo a atividade econômica instrumento para a obtenção do desenvolvimento pelo qual deve haver a criação de emprego, o respeito a dignidade e o bem-estar de todos, o Estado está legitimado para

16 PIETRO, Maria Sylvania Zanella Di. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2013. Página 529.

17 SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006. Página 26.

atuar em face da livre iniciativa, quando o interesse coletivo público assim exigir, ou seja, as agências reguladoras executam ações que podem implicar na restrição da liberdade empresarial em prol do interesse coletivo. Por ter natureza autárquica, com todas as independências estruturais anteriormente explicitadas, as agências reguladoras devem ser constituídas através de lei, e por representar opção discricionária de descentralização de certa função, a mencionada lei é de iniciativa exclusiva do Poder Executivo. Da mesma forma deve-se proceder em caso de extinção das agências reguladoras, ou seja, por iniciativa do Executivo, o legislativo deve votar a extinção ou não da agência em questão.¹⁸

Entretanto, ressalve-se que em nosso ordenamento não é propriamente obrigatória à adoção da forma autárquica para a instituição de uma agência reguladora. Conforme já explicitado, esta opção foi a adotada pelo legislador por diversas razões, como por exemplo a necessidade de lhes conferir atribuições típicas do Poder Público, como poder de polícia e poder normativo.¹⁹

Neste sentido, em comentada decisão, o Supremo Tribunal Federal considerou que esta personalidade jurídica de direito público é essencial para que um determinado ente exerça poderes típicos de autoridades públicas.²⁰ Portanto, para se adequar à esta realidade

18 CARVALHO, Cristiano Martins de. *Agências reguladoras*. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 54, 1 fev. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2654>>. Acesso em: 2 ago. 2014.

19 PAULO, Vicente e ALEXANDRINO, Marcelo. *Agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003. Página 20.

20 BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.717/DF. Relator Ministro Sydney Sanches. Data de julgamento 07.11.2002.

de, a melhor solução foi adequar as agências reguladoras na categoria dos entes autárquicos.²¹

Por amor ao debate, cabe salientar que uma dessas ditas funções típicas, o poder normativo, permite que sejam criadas normas mais diretas, mais específicas, que possam viabilizar a existência desta regulação sobre um determinado setor. Ademais, afirma-se que este chamado poder normativo das agências reguladoras não inviabiliza o poder de legislar tradicional, mas sim, aprofunda a atuação normativa estatal.²²

Nas lições de Maria Silvyia Zanella Di Pietro, as agências reguladoras estão sendo criadas como uma autarquia de regime especial. Sendo assim, ficam sujeitas as normas constitucionais que disciplinam estas entidades. Ressalte-se que o regime especial vem definido nas respectivas leis instituidoras.²³

Ainda nas palavras da ilustre autora, mostra-se a extensa lista de atribuições das agências reguladoras:

As atribuições das agências reguladoras, no que diz respeito a concessão, permissão e autorização de serviço público resumem-se ou deveriam resumir-se às funções que o poder concedente exerce nesses tipos de contratos ou atos de delegação: regulamentar os serviços que constituem objeto da delegação, realizar o procedimento licitatório para escolha do concessionário, permissionário ou autorizatário, celebrar o

21 SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006.

22 SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006.

23 PIETRO, Maria Sylvania Zanella Di. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2013 Página 531.

contrato de concessão ou permissão ou praticar ato unilateral de outorga da autorização, definir o valor da tarifa e da sua revisão ou reajuste, controlar a execução dos serviços, aplicar sanções, encampar, decretar a caducidade, intervir, fazer a rescisão amigável, fazer a reversão de bens ao término da concessão, exercer o papel de ouvidor de denúncias e reclamações dos usuários, enfim exercer todas as prerrogativas que a lei outorga ao Poder Público na concessão, permissão e autorização.²⁴

Destarte, a gama de atribuições destes entes reguladores, as atribuições, as prerrogativas, não são, de forma alguma, homogêneas. De acordo com as peculiaridades de cada setor regulado, cada lei irá estabelecer as características da sua agência reguladora. Enfatiza-se que seriam muito poucas as características comuns a todas as agências reguladoras, inclusive defende-se que inexisteste este núcleo comum.²⁵

Para o professor Carlos Ari Sundfeld, as agências reguladoras têm em comum o fato de exercerem atividade típica estatal, edição normativa, aplicação de eventuais sanções, soluções dos conflitos existentes, entre outros. As agências reguladoras ainda teriam em comum o fato de agirem sem a existência de subordinação ao poder Executivo, de forma independente.²⁶

Como já ressaltado, esta independência seria uma importante característica de várias das agências regu-

24 PIETRO, Maria Sylvania Zanella Di. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2013. Página 533.

25 PAULO, Vicente e ALEXANDRINO, Marcelo. *Agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003. Página 29.

26 PAULO, Vicente e ALEXANDRINO, Marcelo. *Agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003. Página 30.

ladoras. Esta opção por um sistema de entes com independência em relação ao Executivo para desempenhar as diversas missões regulatórias é uma espécie de proteção contra a concentração de poderes nas mãos do Estado, uma vez que inevitável neste diapasão intervencionista. Saliente-se que esta independência não significa imunidade a qualquer controle, uma vez que as agências reguladoras são necessariamente subordinadas aos controles parlamentar e judicial.²⁷

2.2. As agências reguladoras e o ordenamento jurídico brasileiro

Destarte, cabe ressaltar que nosso diploma maior, a Constituição Federal de 1988, não utiliza o termo “agência reguladora” em seu texto. Ocorre que, em decorrência das alterações introduzidas pela Emenda Constitucionais número 8 e número 9, ambas de 1995, ela menciona, em dois dispositivos, a expressão “órgão regulador”.²⁸

No artigo 21, XI, da Carta Maior, têm-se a previsão de que a Lei disporá sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais. Além desse dispositivo, o artigo 177, parágrafo segundo, determina que a Lei disponha sobre a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União sobre o petróleo.²⁹

27 SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006. Página 25.

28 PAULO, Vicente e ALEXANDRINO, Marcelo. *Agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

29 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

Apenas a título de curiosidade, cabe ressaltar que o referido “órgão regulador” sobre o monopólio da União na questão referente ao petróleo é a Agência Nacional do Petróleo, ANP, criada pela Lei 9.478 de 1997. Ressalte-se que, conforme explicitado, esta referida agência reguladora é ente regulador dotado de base constitucional expressa, qual seja, o supracitado artigo 177.

Ademais, cumpre salientar que, em nosso país, apenas dois entes reguladores possuem esta chamada “base constitucional expressa”. Além da ANP, temos também a ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações), instituída pela Lei 9.472 de 1997. Ambas as agências foram, então, criadas pelas respectivas leis, sob a forma jurídica de autarquia especial, sendo a ANATEL vinculada ao Ministério das Telecomunicações e a ANP, por sua vez, sendo vinculada ao ministério de Minas e Energias.³⁰

Cumpre ainda ressaltar, sobre as agências reguladoras e o nosso ordenamento jurídico pátrio, que em 18.07.2000, foi sancionada a Lei Federal 9.986, aqui qualificada como Lei das Agências. Nesta referida Lei, afora o tratamento dado ao tema dos recursos humanos das agências reguladoras federais, diversos outros pontos foram debatidos, dando início ao movimento de uniformização da disciplina jurídica sobre estes referidos entes.³¹

30 PAULO, Vicente e ALEXANDRINO, Marcelo. *Agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

31 CARDOSO, José Eduardo Martins. *Curso de direito administrativo econômico v.2*. São Paulo: Malheiros, 2006. Página 307.

Para não estender desnecessariamente o debate, uma vez que o foco do presente artigo tem um corte bastante restrito (qual seja, a nova lei de corrupção aplicada no fenômeno da captura nas agências reguladoras), abordar-se-á, neste capítulo, pontos específicos e determinados desta disciplina jurídica dispensada para os entes reguladores. Pontos que demonstram relação direta com o objetivo deste trabalho.

Ora, um dos aspectos mais relevantes trazidos é de que, conforme nossa Constituição Federal de 1988, os dirigentes das agências reguladoras serão indicados pelo Presidente da República, e por ele nomeados após aprovação pelo Senado Federal³².

Estes dirigentes são nomeados para exercício de mandato fixo, cuja duração será estabelecida nas Leis específicas das agências. Caberia também à Lei dispor sobre a não-coincidência dos mandatos, que se soma a regra geral das Leis das agências que estabelece que, em caso de vacância no curso do mandato, o sucessor será investido apenas para completar o mandato interrompido.³³

Ressalta-se ainda que estes referidos dirigentes só perdem o seu mandato em caso de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar³⁴. Isto seria uma garantia

32 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988. Artigo 52, alínea F, inciso III.

33 CARDOSO, José Eduardo Martins. *Curso de direito administrativo econômico v.2*. São Paulo: Malheiros, 2006. Página 308

34 CARDOSO, José Eduardo Martins. *Curso de direito administrativo econômico v.2*. São Paulo: Malheiros, 2006. Página 308

de independência entre as agências reguladoras e o poder político.

Destaca-se que a supracitada Lei 9.986/2000 previa que o regime jurídico dos servidores destas autarquias como o regime de emprego público, de caráter trabalhista, com a previsão de alguns cargos em comissão regidos por regime estatutário. Porém, este referido diploma foi derogado pela Lei 10.871 que, alterando o regime trabalhista dos servidores, veio a instituir o regime estatutário e dispor sobre a criação de carreiras e organização de cargos efetivos. Atualmente, têm-se que os servidores destas agências reguladoras devem sujeitar-se ao regime estatutário específico.³⁵

Ademais, impende destacar a existência da chamada “quarentena” sobre os dirigentes e ex-dirigentes. Conforme o artigo 8º da Lei das Agências, o ex-dirigente fica impedido para o exercício de atividade ou de prestar qualquer serviço no setor regulado pela respectiva agência, por um período de quatro meses, sendo contado a partir do momento da exoneração ou do término do seu mandato.³⁶

Sobre o referido tema, qual seja, o instituto da quarentena, aduz o professor Floriano Azevedo Antunes Marques Neto:

“No nosso entendimento a melhor forma de efetivar tais mecanismos é com o estabelecimento da proibi-

35 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Atlas, 2014. Página 496.

36 BRASIL. Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19986.htm>. Acesso em 01.08.2014.

ção de que o dirigente ou detentor de cargo relevante no órgão regulador represente qualquer interesse da regulada por um período mínimo de 12 meses após deixar seu cargo. Neste período cumpre ao Estado pagar pelo seu sustento o valor correspondente ao que ganhava no cargo. Em que pese às críticas a tal mecanismo, afirmando que isto caracterizaria pagamento de salário sem contrapartida, delas discordo. A natureza destes pagamentos é indenizatória.”³⁷

Conforme já afirmado anteriormente, não tem o presente artigo a pretensão de esgotar o debate acerca da regulação e seus entes reguladores. Abordou-se, até o presente momento, somente os pontos principais e basilares necessários para uma boa compreensão e entendimento do fenômeno das agências reguladoras.

Feita esta ressalva, adentra-se ao conteúdo principal do trabalho, que é analisar a chamada Teoria da Captura (do original no inglês, *capture theory*) sob a perspectiva da nova Lei Anticorrupção. Ademais, aborda-se também as hipóteses e consequências advindas desta mencionada inovação.

3. A TEORIA DA CAPTURA: CONCEITO E HIPÓTESES

Hodiernamente, a relação entre as agências reguladoras e as entidades privadas relacionadas ao seu campo de atuação tem gerado debates quanto a necessidade de afastar possíveis influências destas últimas sobre os entes reguladores, com o intuito de bus-

37 MARQUES NETO, Floriano Azevedo. *A nova regulação estatal e as agências independentes*. In: *Direito Administrativo Econômico* (Coordenação de Carlos Ari Sunfeld). São Paulo: Malheiros, 2000, p. 85 e 86.

car determinado benefício, em desfavor dos usuários do serviço. Isto seria o que a moderna doutrina chama de “teoria da captura” (*capture theory*, na doutrina norte-americana), através da qual se busca impedir uma vinculação promíscua entre a agência, de um lado, e o governo instituidor ou os entes regulados, de outro, com o claro comprometimento da independência da pessoa controladora.³⁸

Parte dos autores utiliza o termo “captura” para descrever a situação em que determinado ente regulador, não sendo capaz de resistir ao imenso poder dos agentes econômicos vinculados ao campo regulado, passa a atuar tendenciosamente em favor dos interesses destes últimos. Ou seja, o ente regulador converte-se praticamente em um legítimo representante dos interesses das empresas do setor regulado, em detrimento dos usuários dos serviços, bem como em detrimento do próprio Estado em si³⁹. Afirma-se, então, que resta ineficaz o objeto deste ente, uma vez que não se encontra mais uma de suas características basilares: a sua independência.

Nas palavras do festejado doutrinador Vital Moreira, sobre o conceito de captura:

captura se configura quando a agência perde a sua condição de autoridade comprometida com a realização do interesse coletivo e passa a produzir atos destinados a legitimar a realização dos interesses egoístas de um, alguns ou todos os segmentos em-

38 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Atlas, 2014. Página 495.

39 PAULO, Vicente e ALEXANDRINO, Marcelo. *Agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003. Página 47.

presariais regulados. A captura da agência se configura, então, como mais uma faceta do fenômeno de distorção de finalidade dos setores burocráticos estatais.⁴⁰

Ora, a utilização do sistema das agências reguladoras implica que lhes seja conferido um certo grau de independência em relação a agentes externos. Se existe algum tipo de interferência, este referido sistema perde a sua pureza e primária vocação.⁴¹

Neste sentido, impende destacar que a justiça vem adotando posicionamento semelhante à este pensamento, de que é imprescindível esta independência de fatores externos, obstando a nomeação, para vaga no conselho consultivo de determinada agência reguladora, de indivíduos que haviam anteriormente ocupado cargos em empresas concessionárias.

Abaixo, trechos destacados da decisão do TRF 5ª Região na apelação cível de nº 342.739/PE, em que se discute a (il)egalidade da nomeação de um indivíduo para o Conselho Consultivo da ANATEL, uma vez que o mesmo era, no momento da nomeação, presidente da TELEBRASIL, associação que congrega grandes empresas deste referido campo regulado:

**CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCES-
SUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. NOMEAÇÃO
DE MEMBROS DO CONSELHO CONSULTIVO DA
ANATEL. CABIMENTO. ILEGALIDADE. ATO AD-
MINISTRATIVO. DISCRICIONARIEDADE. APRE-**

40 MOREIRA, Vital. Auto-regulação profissional e administração pública. Coimbra: Almedina, 1997. p. 49.

41 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Atlas, 2014. Página 494.

CIAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. ILEGALIDADE DA NOMEAÇÃO. ART. 34 DA LEI Nº 9.472/97. ART. 37 DO DECRETO Nº 2.338/97. REPRESENTANTES DA SOCIEDADE E DOS USUÁRIOS. NULIDADE DOS ATOS DE DESIGNAÇÃO. AFASTAMENTO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA.” A necessidade de autonomia no desempenho de funções regulatórias não pode imunizar a agência reguladora de submeter-se à sistemática constitucional. A fiscalização não elimina a autonomia, mas assegura à sociedade que os órgãos titulares de poder político não atuaram sem limites, perdendo de vista a razão de sua instituição, consistente na realização do bem comum. Esse controle deverá recair não apenas sobre a nomeação e demissão dos administradores das agências, mas também sobre o desempenho de suas atribuições”.

(...)

Quanto ao segundo apelante, **fora o mesmo nomeado membro do Conselho Consultivo da ANATEL, como representante dos usuários, quando era Presidente da TELEBRASIL, associação composta por pessoas físicas e jurídicas exercentes de atividades em telecomunicações e em tecnologia afins, a qual congrega grandes empresas do setor de telecomunicações, tais como, a Ericsson Telecomunicações S.A., Siemens Ltda., Tele Norte Leste Participações S/A, Telecom Itália do Brasil S/C Ltda., Telecomunicações de São Paulo S/A, Telesp Celular Participações S/A, Intelig Telecomunicações Ltda., Vésper S/A, Portugal Telecom Brasil S/A, Nokia do Brasil Ltda., entre outras.** Manifesta, destarte, a ilegalidade de sua nomeação para representar os usuários perante o Conselho Consultivo da ANATEL. 16. Não há que se alegar ser

o bastante a indicação do segundo apelante por entidades representantes dos usuários. A uma, porque se vislumbra ser a ABRANET – Associação Brasileira de Provedores de Acesso, Conteúdo e Informações da Rede Internet, entidade representativa dos usuários dos serviços de telecomunicações, pois seu objetivo social, consoante se colhe do site www.abranet.org.br, “é dar apoio ao esforço brasileiro na implantação de empresas provedoras de acesso, serviços e informações e buscar o desenvolvimento da Internet – Brasil”. A duas, porquanto “não basta que o candidato ao cargo seja indicado por uma entidade representativa dos usuários e da sociedade, mas também que o mesmo seja um legítimo representante deste segmento, de forma que os seus interesses coincidam com aqueles cuja defesa lhe foi outorgada, sob pena de não haver uma efetiva participação de todos os segmentos da sociedade naquele Conselho e, por conseguinte, de descumprimento do artigo 33 da Lei 9.427/97”. **In casu, flagrante é o conflito entre os interesse dos usuários dos serviços de telecomunicações e os interesses da associação que o segundo apelante representa, implicando, pois, em se reconhecer a impossibilidade de sua indicação como representante dos usuários perante o Conselho Consultivo da ANATEL.** 17. A nomeação dos apelantes como membros do Conselho Consultivo da ANATEL, **representa o que a doutrina estrangeira e alguns doutrinadores brasileiros tem denominado de captura da agência pelos interesses regulados.** 18. **Ocorre a captura do ente regulador quando grandes grupos de interesses ou empresas passam a influenciar as decisões e atuação do regulador, levando assim a agência a atender mais aos interesses das empresas** (de onde vieram seus membros) do que os dos usuários do serviço, isto é, do que os interesses públicos. “É a

situação em que a agência se transforma em via de proteção e benefício para setores empresariais regulados”. 19. No respeitante ao § 4º do art. 37 do Regulamento da Agência Nacional de Telecomunicações, aprovado pelo Decreto nº 2.338 de 07 de outubro de 1997, é salutar destacar, que em não havendo indicações, a escolha do Presidente da República será livre, desde que em obediência à lei, fulcrado nela e visando o fiel cumprimento das finalidades previstas na lei e na Constituição. Deveras, outra interpretação não pode sobressair do aludido § 4º do art. 37 do Regulamento da ANATEL. 20. Não havendo indicação das entidades de classe dos usuários e das entidades representativas da sociedade dentro do prazo fixado, fica ao alvedrio do Presidente da República a indicação dos membros do Conselho Consultivo, respeitada, evidentemente, a representação democrática, ou melhor, a pluralidade representativa, assegurada pela Lei nº 9.472/97 e ainda, obedecidos aos princípios constitucionais norteadores da administração pública, sobretudo, da moralidade e da legalidade e considerada a qualificação do indicado, isto é, a compatibilidade da sua qualificação com as matérias afetas ao colegiado. 21. É de se ressaltar, outrossim, ser prescindível prova conclusiva de que os apelantes estariam a serviços de interesses contrários a sociedade a fim de caracterizar a ilegalidade, visto que como demonstrado, **houve descumprimento do art. 34 da Lei nº 9.427/97, além de inobservância dos princípios constitucionais da Administração Pública, a exemplo, do princípio da moralidade, legalidade e razoabilidade.** 22. Recursos de apelação e remessa oficial improvidos. (grifos nossos)⁴²

42 BRASIL. *Tribunal Regional Federal 5ª Região*. Apelação Cível nº 342739/PE. Relator Ministro Francisco Cavalcanti.

Ora, seria razoável afirmar que tal nomeação seria incompreensível, sendo muito feliz a decisão proferida pelo ínclito Tribunal Regional Federal da 5ª região. Seria no mínimo arriscado (para não utilizar outro termo) nomear um indivíduo amplamente ligado aos agentes econômicos de um determinado setor (*in casu*, presidente da TELEBRASIL) para o Conselho Consultivo do ente regulador responsável. Utilizando um velho e conhecido ditado popular, seria como “deixar a raposa tomando conta do galinheiro”, por conta do flagrante conflito de interesses no caso concreto.

Mister ressaltar que não estamos fazendo uma avaliação do caráter do sujeito nomeado, tampouco estamos avaliando suas supostas intenções. Entretanto, não seria coerente sua nomeação para tal cargo, de forma a comprometer a independência da referida agência reguladora.

Ressalte-se também que a captura pode ocorrer da forma inversa. Ao invés do sujeito entrar na agência reguladora, um indivíduo que já esteja dentro da mesma é cooptado para atuar de acordo com os interesses econômicos. Esta também seria uma hipótese da captura, senão a mais comum.

Ora, a expressão “risco de captura” pode ser utilizada em sentido muito mais amplo, podendo abranger situações em que se verifica, seja a ineficácia do órgão regulador, seja a contaminação de sua atuação pelos interesses de algumas das partes diretamente interessadas nas relações concernentes à atividade regulada. Neste sentido mais amplo, a captura descreve a situação em que o ente regulador passa a atuar com parcialidade, com o intuito de favorecer uma

das partes envolvidas com o campo regulado, ou ainda, passa a ser uma estrutura inoperante, meramente figurativa.⁴³

O festejado doutrinador Floriano Azevedo Marques Neto aponta quatro diferentes e graves riscos dentro desta hipótese de captura. São os seguintes⁴⁴:

- A. Risco de Concussão: Seria a hipótese sobre o problema da corrupção, em que o sujeito receberia vantagem indevida para favorecer terceiros. Exigiria uma seleção extremamente minuciosa dos agentes do ente regulador e a existência de mecanismos efetivos e permanentes de controle, inclusive por parte da sociedade.
- B. Captura por contaminação de interesses: Seria aquela hipótese que trata da assunção pelo órgão regulador dos valores e interesses do regulado, como se fossem os interesses gerais da coletividade. Esta modalidade de captura seria a mais comumente descrita, consequência do enorme poder econômico das empresas atuantes nos mais importantes setores regulados e do contato contínuo entre estes sujeitos e o ente regulador.
- C. Captura por insuficiência dos meios: Esta seria a hipótese em que a atuação do agente regulador é mitigada pela ausência ou má gestão de seus recursos materiais, logísticos, finan-

43 PAULO, Vicente e ALEXANDRINO, Marcelo. *Agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003. Página 49.

44 NETO *apud* PAULO, Vicente e ALEXANDRINO, Marcelo. *Agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003. Página 50.

ceiros e humanos. Quando a insuficiência dos recursos é grande, passam a ser impossíveis tanto a interlocução quanto a autoridade exercida pela agência reguladora.

- D. Captura pelo poder político: É aquela situação que ocorre quando não existem os instrumentos capazes de assegurar a independência do ente regulado, este passando a ser um mero agente dos interesses políticos-partidários dos governantes. Esta seria uma captura extremamente perigosa, uma vez que levaria a uma inviabilização da agência em função de um processo de deslegitimação, perante os operadores e os próprios usuários.

Percebe-se, então, que esta captura representa uma severa mitigação a uma das principais características das agências reguladoras, que é a sua independência. Caso esta autonomia seja extirpada, perde-se a própria função do ente regulatório. Por este motivo que a “teoria da captura” merece uma especial atenção, por ser um tema bastante sensível no que se refere ao campo da regulação, podendo até mesmo comprometer toda a estrutura do fenômeno das agências reguladoras em nosso ordenamento..

4. A LEI Nº 12.846 E A RESPONSABILIDADE DAS PESSOAS JURÍDICAS POR ATOS LESIVOS A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Em meio aos protestos ocorridos na metade do ano de 2013, foi publicada a Lei 12.846/2013, chamada de Lei Anticorrupção. Aponta-se que a grande inovação trazida por esta é o fato de que agora, com as

implementações trazidas pelo seu texto, as pessoas jurídicas também poderão ser responsabilizadas objetivamente, no âmbito administrativo e civil, pelos atos realizados contra a administração pública.⁴⁵

Até então, salvo pontuais exceções, apenas as pessoas físicas (agentes públicos e privados) poderiam ser responsabilizadas pelas práticas de atos em desfavor da administração pública.⁴⁶ O que representava, inegavelmente, uma certa fragilidade na proteção dos entes reguladores em relação aos grandes agentes econômicos.

Afirma-se, portanto, que o grande diferencial desta Lei reside no fato de que a Administração poderá condenar uma empresa mesmo que não se consiga comprovar dolo ou culpa nos seus atos. Ou seja, bastaria a demonstração de relação entre os atos praticados e as hipotéticas vantagens auferidas em decorrência destes referidos atos.⁴⁷

Assim sendo, com essa inovação legislativa, as pessoas jurídicas podem e devem sofrer as devidas punições, independentemente da identificação ou eventual responsabilização das pessoas físicas responsáveis. Em outras palavras, elas não serão mais “imunes” para as

45 BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.

46 SOUZA, Caroline Stahl de. *Lei 12.846/2013 — Lei “anticorrupção”*. Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 3871, 5 fev. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26610>>. Acesso em: 3 ago. 2014.

47 CORRÊA, Rogerio Cesar Mateus. *Lei 12.846/2013 — Lei Anticorrupção*. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3833, 29 dez. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26245>>. Acesso em: 2 ago. 2014

eventuais responsabilizações decorrentes de determinado ato contrário à Administração Pública.

Por exemplo, se uma determinada empresa participa de uma licitação dotada de ilegalidade, apenas as pessoas físicas seriam penalizadas por suas práticas, de acordo com a legislação anteriormente em vigor no nosso ordenamento jurídico. Entretanto, com o advento da nova Lei, a própria empresa poderá sofrer as punições, de maneira objetiva, independentemente da atuação dos agentes físicos.

Nas precisas palavras de Caroline Stahl de Souza, sobre essa responsabilização objetiva:

Essa necessidade de individualização do procedimento e prova do elemento subjetivo dificultava a punição dos envolvidos e falta de responsabilização das empresas, verdadeiras beneficiadas por esses atos, gerava na sociedade uma certa sensação de impunidade. Agora, com a entrada em vigor da Lei Anticorrupção, as pessoas físicas continuam a ser responsabilizadas, porém, conjuntamente ou não, podem sofrer penalidades as pessoas jurídicas abarcadas na prática. A lei indica sanções administrativas e judiciais, como multa de até 20% sobre o faturamento bruto, nunca inferior ao valor da vantagem irregular obtida — ou, na impossibilidade desse cálculo, no valor de até R\$ 60 milhões. Será possível até a dissolução da empresa, o perdimento de seus bens, além de outras penas já previstas na Lei de Improbidade Administrativa. Atente-se para o fato de que essa responsabilidade é **objetiva**, ou seja, basta que seja verificada a existência de uma condu-

ta e seu nexos causal com o resultado, independentemente da comprovação de dolo ou culpa.⁴⁸

Percebe-se então que a nova Lei representa um inegável avanço no combate a corrupção, problema tão presente em nosso país. A possibilidade de responsabilizar as pessoas jurídicas é uma tentativa de coibir ainda mais as práticas escusas em desfavor da Administração Pública, ocorridas de maneiras tão variadas.

Ainda neste ponto, sobre a prática de condutas ilícitas, mister também ressaltar as precisas e pontuais palavras do Procurador Federal Fábio Lucas De Albuquerque Lima:

Com isso, a responsabilidade administrativa e civil das pessoas jurídicas que praticarem ilícitos lesivos à administração pública nacional ou estrangeira, será avaliada pelo Estado na modalidade objetiva, sendo necessária apenas a prova do ato ou conduta ilícita e o nexos causal desta com o fato ilícito, não havendo a perquirição do elemento subjetivo da culpa para a condenação da pessoa jurídica envolvida em corrupção administrativa, até porque sendo a personalidade jurídica uma ficção atribuída pelo direito à entidade, o exame de culpabilidade fica prejudicado. Note-se que os dirigentes ou administradores dessas pessoas jurídicas poderão vir a ser responsabilizados também, como autores, coautores ou partícipes do ato ilícito.⁴⁹

48 SOUZA, Caroline Stahl de. *Lei 12.846/2013 — Lei “Anticorrupção”*. Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 3871, 5 fev. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26610>>. Acesso em: 3 ago. 2014.

49 LIMA, Fábio Lucas de Albuquerque. *Lei Anticorrupção*. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/30260/lei-anticorrupcao#ixzz39Mg1aTDe>>. Acesso em 01.08.2014.

Sendo assim, seria de clareza solar o fato de que esta referida lei pode e deve ajudar também na hipótese de uma eventual captura realizada por alguma empresa atuante em determinado campo regulado, que é o tema analisado no presente trabalho. Essa inovação legislativa seria um obstáculo a mais para que esta prática (tão comum, embora ilícita) seja dificultada, além dos mecanismos já mencionados, como por exemplo, o instituto da quarentena e também a proibição de nomeação em cargos consultivos para pessoas com interesses contraditórios.

Essa nova Lei representa um inegável avanço na proteção dos interesses dos entes reguladores em nosso ordenamento pátrio. Não apenas os agentes físicos podem responder pelos seus atos, ao contrário do que acontecia anteriormente. O fato de a própria pessoa jurídica ser responsabilizada objetivamente já faz com que a captura se torne um pouco mais dificultosa.

5. A LEI Nº 12.846 E O POSSÍVEL ENQUADRAMENTO DA TEORIA DA CAPTURA NA RESPONSABILIZAÇÃO DAS PESSOAS JURÍDICAS

Como já explicitado anteriormente, a captura é uma prática bastante comum dentro do campo das agências reguladoras, realizada com o objetivo de favorecer os agentes econômicos atuantes em um determinado campo.

E são diversos os exemplos desta prática. O mais recente e de grande repercussão ocorreu no ano de 2012. Foi noticiado, em diversos meios de comunicação, que dois diretores de agências reguladoras (Agência Nacional de Águas e Agência Nacional de Aviação

Civil) foram presos acusados de favorecer empresas privadas. De acordo com as denúncias, os indivíduos cooptavam funcionários hierarquicamente inferiores para obter pareceres fraudulentos, com o intuito de beneficiar os interesses privados, gerando prejuízo para a Administração Pública.⁵⁰

Ora, esse caso dos diretores presos pela Polícia Federal é apenas um dos muitos casos que ocorrem no âmbito das agências reguladoras. Enfocando-se tão somente nos casos que receberam uma maior atenção da mídia, destaque-se a denúncia feita pelo Ministério Público, no ano de 2008, a um funcionário da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, por corrupção passiva. O indivíduo foi acusado de receber vantagem indevida de determinada empresa, com o intuito de liberar a importação ilegal de produtos sujeitos a inspeção sanitária. Além do funcionário, também foram denunciados o dono da empresa e o despachante aduaneiro.⁵¹

No ano de 2009, a Polícia Federal apurou um esquema de corrupção na Agência Nacional de Energia Elétrica, que consistia na venda de informações privilegiadas por parte de um funcionário. Segundo apurou a investigação, um servidor estaria recebendo propina de uma empresa para liberar informações

50 PIZA, Paulo Toledo. *PF prende dois diretores de agências reguladoras e indícia 18 por fraudes*. In Portal G1. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2012/11/pf-indicia-18-por-fraudes-em-pareceres-tecnicos.html>>. Acesso em 01.08.2014.

51 Disponível em: <http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_criminal/mpf-es-denuncia-fiscal-da-anvisa-por-corrupcao-passiva-1>. Acesso em 28.07.2014.

privilegiadas, através de constante troca de mensagens eletrônicas.⁵²

Já no ano de 2010, foi denunciado um esquema na Agência Nacional de Petróleo envolvendo o pagamento de propina para dois assessores com o objetivo de resolver um problema de determinadas empresas. Toda a situação foi gravada em vídeo por uma advogada, com ajuda do Ministério Público. Independentemente do resultado das investigações, o fato já representa um forte abalo na credibilidade da referida agência.⁵³

Estes são apenas alguns fatos acontecidos nas agências reguladoras e noticiados pela grande mídia. Por óbvio, na prática, são muitos mais casos ocorridos envolvendo a corrupção de um agente de ente regulatório, que, entretanto, não são conhecidas do grande público. E na tentativa de mitigar estas condutas ilícitas, a Lei Anticorrupção é um importante mecanismo de defesa.

Nesta situação concreta, com a nova Lei Anticorrupção, as empresas privadas também iriam sofrer punições, e não somente os diretores das agências. Com o advento da responsabilização objetiva, estes agentes econômicos não têm mais a certeza da “irresponsabilização” que pairava anteriormente. Na situação atual, independe da comprovação de dolo por parte da empresa, sendo objetiva a sua responsabilidade.

52 MEDINA, Humberto. *PF apura esquema de corrupção na ANEEL*. In: Jornal Folha de São Paulo. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi1806200925.htm>>. Acesso em 28.07.2014.

53 Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/948886-video-mostra-suposta-corrupcao-na-anp-diz-revista.shtml>>. Acesso em 04.08.2014.

É possível que todas estas práticas acima descritas sejam enquadradas na tipificação da lei 12.846/13. No texto legal:

Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:

I — prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada;

II — comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei;

III — comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados.⁵⁴

Como já afirmado anteriormente, uma das hipóteses de captura é através da concussão, modalidade em que o funcionário público recebe vantagem indevida de terceiros em razão do cargo que ocupa. Sendo assim, inegável que o artigo 5º, inciso I, da supracitada Lei, abarca esta conduta. Afinal, o que seria captura, senão fornecer vantagem indevida a agente público dentro de uma agência reguladora, para conseguir algum benefício?

54 BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.

Sendo assim, a captura pode e deve estar abrangida pela nova Lei Anticorrupção. Não se configura nenhum óbice para que as empresas praticantes destes atos também sejam responsabilizadas. Representaria, sobretudo, uma forma de ressarcimento ao erário público pelos prejuízos causados pela conduta ilícita, através da multa prevista no artigo 6º, inciso I.⁵⁵

Evidentemente que por si só a Lei 12.846/13 não é capaz de acabar com esta nefasta prática da corrupção (que é uma das hipóteses da captura). Entretanto, já representa um significativo avanço, embora, mesmo após seis meses de sua entrada em vigor, não tenha servido de base para a abertura de nenhum processo administrativo em nível federal.⁵⁶

Ora, essa corrupção faz com que a própria razão de ser da agência reguladora não mais exista, uma vez que pressupõe-se uma autonomia do ente em relação aos agentes externos. Pressupõe-se uma relação triangularizada, que é afetada pela corrupção praticada pelos agentes econômicos, com o intuito de receber vantagens indevidas.

Essa Lei terá, por consequência, grande impacto no que se refere aos entes reguladores. Essa responsabilização objetiva das empresas servirá como uma espécie de “freio” em relação aos atos praticados de forma flagrantemente ilícita. Servirá para garantir que a agência reguladora tenha sua independência garantida. Tenha sua atuação de forma limpa, sem a nefas-

55 BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.

56 Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/lei-anticorrupcao-ainda-aguarda-regulamentacao>>. Acesso em 03.08.2014.

ta influencia de nenhum agente externo, de modo que não comprometa a função para qual o ente regulador foi criado.

Em que pese seja ainda incipiente, a nova Lei, sem dúvida alguma, representa um forte inibidor das atuações ilícitas no campo regulatório. Ora, seria óbvio concluir que as empresas (agora colocadas em situação fragilizada, por conta da responsabilização objetiva), não estariam mais imunes por suas práticas.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A atividade das agências reguladoras, desde o seu início, pressupõe certa independência na sua atuação. Entretanto, por conta do fenômeno da captura, esta dita independência passa a ser ameaçada, havendo uma contaminação de interesses, através do oferecimento de vantagens indevidas para agentes inseridos dentro destes entes reguladores, consequentemente inviabilizando o bom exercício de suas atividades.

Entretanto, com o advento da Lei 12.846/13, a Lei Anticorrupção, surgiu mais um mecanismo de defesa em face da ocorrência frequente de captura dentro das agências reguladoras. Atualmente, além dos agentes físicos, as próprias empresas podem ser responsabilizadas pelos seus atos ilícitos em desfavor da administração pública.

Conforme explicitado, o combate a esta captura efetivamente encontra guarida na referida Lei, sendo tipificada no seu artigo 5º. Cumpre mais uma vez ressaltar que essa corrupção faz com que a própria razão de ser da agência reguladora não mais exista, uma vez

se perde sua autonomia, em função desta contaminação de interesses.

Deste modo, efetivamente a Lei 12.846/13 representa uma legítima obstáculo em face destes atos ilícitos presentes nos campos regulados.

7. REFERÊNCIAS

ARIÑO *apud* MENDES, Conrado Hübner, Reforma do Estado e Agências Reguladoras: Estabelecendo os Parâmetros de Discussão, *in: Direito Administrativo Econômico*, Malheiros, 2000, Sundfeld, Carlos Ari (Coordenador), p. 124.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. *Lei no 9.986, de 18 de julho de 2000*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19986.htm>. Acesso em 01.08.2014

BRASIL. *Lei n° 12.846, de 1° de agosto de 2013*.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.717/DF. Relator Ministro Sydney Sanches. Data de julgamento 07.11.2002.

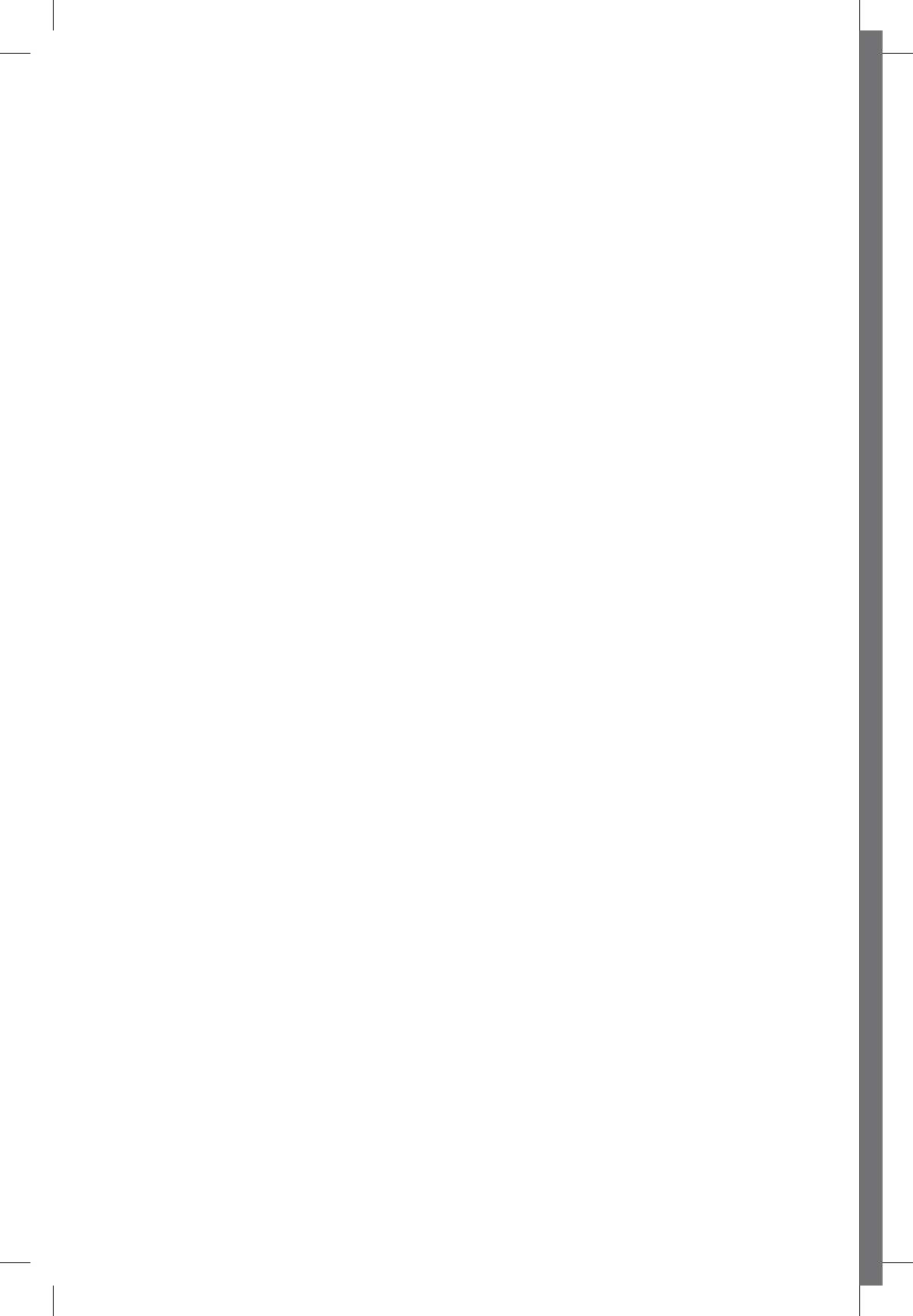
BRASIL. *Tribunal Regional Federal 5ª Região*. Apelação Cível n° 342739/PE. Relator Ministro Francisco Cavalcanti

CARDOSO, José Eduardo Martins. *Curso de direito administrativo econômico v.2*. São Paulo: Malheiros, 2006.

CARVALHO, Cristiano Martins de. *Agências reguladoras*. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 54, 1 fev. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2654>>. Acesso em: 2 ago. 2014.

- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Atlas, 2014.
- CORREIA, Rogerio Cesar Mateus. *Lei 12.846/2013 — Lei Anticorrupção*. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 383 3, 29 dez. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26245>>. Acesso em: 2 ago. 2014
- Disponível em: <http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_criminal/mpf-es-denuncia-fiscal-da-anvisa-por-corrupcao-passiva-1>. Acesso em 28.07.2014.
- Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/948886-video-mostra-suposta-corrupcao-na-anp-diz-revista.shtml>>. Acesso em 04.08.2014.
- Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/lei-anticorrupcao-ainda-aguarda-regulamentacao>>. Acesso em 03.08.2014.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *As Agências Reguladoras*. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-6-MAIO-2006-DINORA.pdf>>. Acesso em 01.08.2014.
- HEINEN, Juliano. *Agências reguladoras e o seu “poder” de regular(mentar)*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 22 3, 16 fev. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4821>>. Acesso em: 4 ago. 2014.
- LIMA, Fábio Lucas de Albuquerque. *Lei Anticorrupção*. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/30260/lei-anticorrupcao#ixzz39Mg1aTDe>>. Acesso em 01.08.2014.
- MARQUES NETO, Floriano Azevedo. *A nova regulação estatal e as agências independentes*. In: *Direito Administrativo Econômico* (Coordenação de Carlos Ari Sundfeld). São Paulo: Malheiros, 2000.

- MEDINA, Humberto. *PF apura esquema de corrupção na ANEEL*. In: Jornal Folha de São Paulo. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi1806200925.htm>>. Acesso em 28.07.2014.
- MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e administração pública*. Coimbra: Almedina, 1997.
- NETO *apud* PAULO, Vicente e ALEXANDRINO, Marcelo. *Agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *O modelo norte-americano de agências reguladoras e sua Recepção pelo direito brasileiro*. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista47/Revista47_157.pdf>. Acesso em 01.08.2014.
- PAULO, Vicente e ALEXANDRINO, Marcelo. *Agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2013.
- PIZA, Paulo Toledo. *PF prende dois diretores de agências reguladoras e indícia 18 por fraudes*. In Portal G1. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2012/11/pf-indicia-18-por-fraudes-em-pareceres-tecnicos.html>>. Acesso em 01.08.2014
- SOUZA, Caroline Stahl de. *Lei 12.846/2013 — Lei “anticorrupção”*. Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 3871, 5 fev. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26610>>. Acesso em: 3 ago. 2014.



Capítulo II

A natureza jurídica da execução penal

Hannah Abram Santos

Bacharelanda de Direito da Faculdade Baiana de Direito e Gestão.
Monitora de Direito Penal I. Participante do grupo de estudos sobre
Dano e do grupo de pesquisa sobre bioética. (hannahazu@gmail.com)

A natureza jurídica da execução penal

Resumo: O presente estudo cuida da análise crítica acerca natureza jurídica da execução penal, de modo a identificar se a corrente utilizada é a administrativa, se jurisdicional ou, ainda, se a híbrida. Desse modo, analisam-se quais seus fundamentos e consequências da sua aplicabilidade no Ordenamento Brasileiro.

Palavras-chaves: Execução Penal. Natureza Jurídica. Sistemas de Execução Penal.

Sumário: 1. Introdução — 2. Execução penal: 2.1. Sobre o conceito de execução penal; 2.2. Sistemas de execução penal; 2.3. A lei de execução penal (LEP, nº 7.210/84); 2.4. Breve olhar sobre o anteprojeto da lei de execução penal — 3. Natureza jurídica da execução penal — 4. Considerações finais — 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo analisa de forma crítica sobre a natureza jurídica da execução penal no sistema jurídico brasileiro, verificando, também, qual a corrente adotada, se teria natureza administrativa, se natureza jurisdicional, ou, ainda, se de natureza mista.

Essa discussão torna-se relevante para entender as consequências da posição tomada, tanto em ques-

tões meramente teóricas, como em questões práticas, referentes à gestão de presídios na realidade brasileira.

Para tanto, é feita breve análise, inicialmente, acerca do que seria execução penal, afim de prosseguir o estudo, passando pelo significado da nomenclatura de sistema jurídico e a análise da Lei de Execução Penal. Dessa forma, verifica-se, de modo crítico, se o anteprojeto abrange as questões, ainda, controversas no Ordenamento Brasileiro referente ao tema da natureza jurídica da execução da pena.

Por fim, passa-se a analisar a natureza jurídica, propriamente dita, da Execução Penal, de forma a identificar a corrente utilizada no Sistema Jurídico do Brasil. Se ter-se-ia adotado a corrente administrativa, jurisdicional ou “híbrida”, atendo-se a sua aplicação no Sistema Jurídico Brasileiro.

2. EXECUÇÃO PENAL

2.1. Sobre o conceito de execução penal

Consabe-se que o ato de condenar não é um fim em si mesmo, mas um meio para que se possa ter início à execução da pena. Dessa forma, não faria sentido existir um processo cognitivo se houver frustrações quanto ao cumprimento da pena, de forma a desvirtuar e quebrar a lógica estabelecida para o supracitado ato¹.

1 GOMES, Geder Luiz Rocha. O processo de execução penal e a questão recorrente acerca da sua natureza jurídica. In: MOREIRA, Rômulo Andrade. (org.). *Leituras Complementares de Processo Penal*. Salvador: JusPodium. 2008. P. 225.

Baseando-se numa visão de juridicização do sistema, há de se relacionar, de imediato, com os valores sociais e que entre as normas não existam antinomias. Nesse sentido, Geder Luiz Rocha² entende que um Estado Democrático de Direito pressupõe regras de execução penal diretamente ligadas ao modelo que vige. Sendo, ainda, importante ressaltar a necessidade de que essa execução penal respeite a todos os princípios presentes na Carta Política Brasileira de 1988, sendo essa vinculação a responsável por trazer uma máxima efetividade para os elementos do sistema e a todo ordenamento jurídico.

Há de se salientar, entretanto, que a execução penal brasileira é amplamente centralizada na prisão, ainda que se permita, em alguns momentos, determinada abertura ou arrefecimento das restrições dos contatos externos.

Esse rótulo é lembrado e, inclusive, estendido a terceiros³, ainda se faz presente os antigos etiquetamentos, dos quais tratou Becker⁴ e Baratta⁵ na teoria do *labelling approach*, determinando que a origem do crime era uma realidade construída politicamente, de modo a colocar etiquetas em determinadas condutas, identificando o perfil da sociedade a partir dos crimes cometidos por ela e antevendo qual seria a clientela penal, a rotulando previamente.

2 Idem. P. 226.

3 DO PRADO, Daniel Nicory. *Redesenhando A Execução Penal 2: Por um Discurso Emancipatório Democrático*. Salvador: Jus Podivm P. 70.

4 BECKER, Howard S. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. São Paulo: Zahar. 2008.

5 BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan. 2011. P. 86.

Quando criada a Lei nº 3.274 de 1957, que dispunha sobre normas gerais do regime penitenciário, em nada cresceu para atacar os graves problemas da execução, limitando-se a susomencionada lei a delimitar princípios e garantias⁶ advindas de arrolamento de princípios e regras editadas pela Organização das Nações Unidas (ONU) e declarações internacionais, distribuídos de forma deficiente em seus quarenta artigos⁷.

Sendo assim, tornou-se possível identificar singela evolução no tratamento da execução da pena, ainda que irrisória. Entretanto, o resultado da atividade legislativa na criação da Lei nº 3.274/57, tornou-se a sistemática ignorância da supracitada Lei e a recusa implícita ao cumprimento das normas gerais.

2.2. Sistema de execução penal

Os sistemas de execução penal são resumidos e divididos pela doutrina brasileira entre o sistema administrativo de execução da pena ou o sistema jurisdicional. Salo de Carvalho⁸ define com clareza tais sistemas.

Segundo o autor, nos sistemas administrativos, o preso é objeto da execução e as eventuais atenuações da quantidade ou qualidade da pena são entendidas como benefícios, configurando como as liberalidades do Estado no exercício do *jus puniendi*. Nos sistemas jurisdicionais, diferentemente, o preso é sujeito de uma re-

6 Tais como a individualização das penas, classificação dos condenados, garantias do presidiário, livramento condicional.

7 DOTI, René Ariel. A Lei de Execução Penal. P. 275

8 CARVALHO, Salo. *Pena e Garantias*, 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003

lação jurídica em face do Estado, sendo, dessa forma, o titular de direitos e obrigações.

A identificação do sistema de execução da pena torna-se de extrema importância, haja vista que as consequências para o sistema jurisdicional ou o sistema administrativo são diametralmente opostas e significativas.

Embora haja divergência quanto à natureza de execução da pena, Daniel Nicory do Prado⁹ constatou que seja ela de natureza administrativa, jurisdicional ou, ainda, mista, há uma concordância na doutrina brasileira de que há uma tendência no sentido da jurisdicionalização.

Compondo a corrente administrativa, hoje minoritária, Adhemar Raymundo da Silva entende que cessada a atividade do Estado, compreendida na parte jurisdicional, que se exauri com a sentença final, passa-se a ter uma segunda atividade do Estado, compreendida pela administração do Estado, compreendida pela administração da execução da pena¹⁰. Atividade essa que traria uma função gerenciadora para o Estado ao lidar com as consequências da sentença condenatória penal que teve trânsito em julgado.

Há de se convir, entretanto, conforme muito bem esclarece Salo de Carvalho, de que o entendimento puramente administrativista colide imediatamente com

9 DO PRADO, Daniel Nicory. *Sobre a natureza Jurídica da Execução Penal*. P. 2. Disponível em <<http://www.execucaopenal.com.br/SobreNaturezaJuridica%20ExecucaoPenal.pdf>>. Acesso em 27 de setembro de 2014 às 22:00.

10 SILVA, Adhemar Raimundo apud CARVALHO. Op. Cit. P. 166

a necessidade de intervenção judicial nos chamados incidentes da execução, à exemplo do livramento condicional, progressão de regime, indulto, comutação de pena, remição de pena, entre outros¹¹. Esse posicionamento criaria problemas práticos à execução penal e a recorrente questão sobre as consequências de se adotar uma corrente administrativa ou jurisdicional da natureza jurídica da susomencionada execução.

Posição outra que merece destaque é a que tece caminho entrelaçado entre as correntes administrativa e a jurisdicional. A chamada corrente híbrida ou mista, defendida por Ada Pellegrini Grinover e Haroldo Caetano da Silva, não nega a complexidade que é a atividade da execução penal e nem que ela envolve e se desenvolve nos planos jurisdicional e administrativo.

Nesse sentido, a corrente híbrida reconhece a participação de dois Poderes do Estado, o Poder Judiciário e o Poder Executivo. Sobre o tema, esclarece a autora sobre a necessidade de se separar cada um desses aspectos, devendo deixar de lado a atividade meramente administrativa, que resultaria na simples expiação da pena através da vida penitenciária do condenado; de sua vigilância; observação cautelar e proteção; e o que seria matéria de direito penitenciário e matéria estranha ao processo de execução penal. Ainda que defenda uma corrente híbrida, Pellegrini entende ter a execução penal natureza indiscutivelmente jurisdicional, mesmo que apresentando aspectos administrativistas¹².

11 CARVALHO. Op. Cit. p. 166

12 GRINOVER, Ada Pellegrini. Natureza Jurídica da Execução Penal in GRINOVER, Ada Pellegrini (coord). *Execução Penal: mesas de*

De acordo com o entendimento da susomencionada Autora existiram dimensões da execução penal, que se enquadrariam em atividades administrativas, sendo elas a expiação da pena e o cumprimento material da sentença. Configurando lado oposto, estariam a perspectiva jurisdicional da execução da pena, representadas pela apreciação dos incidentes de execução, que caberiam somente ao juiz da execução esta análise. Desse modo, se verificaria uma necessidade dessas duas atividades tivessem uma atuação conjunta.

A constatação de que existe essa bipartição é fruto de uma grande evolução doutrinária, necessária, por assim dizer, em função do crescimento da importância dos incidentes da execução, fato esse que abalou a concepção administrativista pura da natureza jurídica da execução penal.

Uma importante análise foi feita por Salo de Carvalho, que identificou que a jurisdicionalização formal da execução da pena no Brasil se configurou a partir do início da vigência da Lei de Execução Penal, a LEP. Em seu artigo primeiro, fixa o conteúdo jurídico da execução, no seguinte anuncia a jurisdição e o processo, no artigo 66 detalha a competência do juiz de Execução Penal e em seu artigo 194 determina o procedimento judicial pertinente¹³.

processo penal, doutrina, jurisprudência e súmulas. São Paulo: Max Limonad, 1987, Apud. DO PRADO, Daniel Nicory. P. 10. A natureza jurídica da execução penal.

- 13 GRINOVER, Ada Pellegrini. Natureza Jurídica da Execução Penal in GRINOVER, Ada Pellegrini (coord). *Execução Penal: mesas de processo penal, doutrina, jurisprudência e súmulas*. São Paulo: Max Limonad, 1987, Apud. DO PRADO, Daniel Nicory. P. 10. A natureza jurídica da execução penal. P. 3-4

Merece também destaque e a conseqüente análise, a opinião da lusitana Anabela Miranda Rodrigues, ao explicar que em Portugal, o fato de que os passos ensaiados no sentido da jurisdicionalização serem tímidos é reflexo da tensão que se suscita ao tratar de estabelecer uma linha limitadora entre as competências do juiz de execução da pena e da administração penitenciária. Esclarece Rodrigues, que se cabe a dimensão jurisdicional a organização e a inspeção das instituições penitenciárias, o objetivo de assegurar a defesa dos direitos dos reclusos cometidos ao juiz, poderá, em muitos casos, contender com aquelas tarefas.¹⁴

2.3. Lei de execução penal (LEP — lei nº 7.210/84)

A Lei de Execução Penal, nº 7.210 de 1984, teve origem com a exposição de motivos nº 213/1984, afirmando com veemência sobre a necessidade de se ter compromisso com a aplicação correta da execução da pena. Na supracitada exposição de motivos, em seu item 11 discorre que a Carta Magna consagra regras próprias da execução penal ao estabelecer a personalidade e a individualização da pena como garantia do homem perante o Estado. Ainda, evidencia o tratamento do Código Repressivo sobre as regras da execução, destacando os estágios do descumprimento da pena e respectivos regimes.

De mais a mais, ressalte-se que a execução penal se reveste de grande importância ao legislador infra-

14 RODRIGUES, Anabela Miranda. *Novo Olhar Sobre a Questão Penitenciária: Estatuto Jurídico do Recluso e Socialização, Jurisdicionalização, Consensualismo e prisão*. Coimbra Editora, junho de 2000. São Paulo: Revista dos Sunais, 2001, pág. 137. Apud. PRADO, Daniel Nicory do.

constitucional ao ponto de tornar necessária a regularização e normatização da sua aplicabilidade, de forma e existir ritos para a execução penal, consagrada na Lei de nº 7.210/84.

A lei de Execução Penal de 1985 traz a presença de institutos como o sistema progressivo de regimes, sistema que consiste na passagem por etapas de regimes de cumprimento de pena. O referido instituto de etapas de cumprimento de pena possibilita uma melhor preparação do indivíduo condenado para o retorno de melhor maneira possível à sociedade, devendo, portanto, entender que a execução também traz a importante questão de ressocialização, ainda que traga a importância do punir e as consequentes análises das teorias da pena.

René Dotti ensina que a existência de uma lei orgânica nacional para regular os problemas da execução das penas e das medidas de segurança traduz não apenas a satisfação de antigas e renovados anseios, como, também, o ideal de tornar possível um direito de execução penal de maneira autônoma e adequada aos interesses da Justiça Criminal¹⁵.

O direito de execução penal, desde muito tempo definido como um conjunto de regras jurídicas relativas à execução das penas e das medidas de segurança não deixaria de ser disciplinada sem autonomia científica e sem poder regular de forma adequada a zona jurídica neutra, situada no espaço intermediária-

15 DOTTI, René Ariel. *A Lei de Execução Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais. P. 275.

rio entre aplicação da pena e a execução das medidas de segurança¹⁶.

De modo a demonstrar a importância do direito de execução penal e insurgindo contra as críticas que lhe nomeavam como um ramo sem poder de regulação, a Lei de Execução Penal, desse modo, veio a reagir contra o absorvedouro da insegurança e o descrédito, instituindo a judicialização do procedimento executório, tentando, dessa forma, trazer maior credibilidade da sociedade em sua própria Justiça Criminal.

Essa dimensão do diploma traduziu um dos pontos fundamentais e de maior relevância, vindo a definir o caráter complexo e interligado da execução, que a partir da publicação e vigência da referida Lei, ao longo dos tempos, vinha sendo considerada como de natureza meramente administrativa¹⁷.

A partir daí, passou-se a discutir a recorrente questão: se teria a execução penal natureza jurídica puramente administrativa, se somente jurisdicional ou, ainda, se híbrida, com aspectos de um e de outro.

2.4. Breve olhar sobre o anteprojeto da LEP

a despeito do anteprojeto de execução penal, após análise cuidadosa acerca do tratamento da natureza jurídica, resta mantido o tratamento dado pelo antigo diploma de execução penal. Diploma esse também responsável pelas dúvidas acerca da natureza jurídi-

16 Idem. P. 276.

17 DOTTE, René Ariel. *A Lei de Execução Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais. P. 278.

ca, de modo que, em meio às indagações feitas pela questão, se posicionou de modo a demarcar as áreas de competências dos órgãos de execução, consagrando esforços no sentido de jurisdicionalizar, no que for possível, o Direito de Execução Penal¹⁸.

O Anexo II, responsável pela exposição de motivo da LEP (Lei n° 7.210), ainda reflete sobre a natureza jurídica da execução e o conseqüente hiato de legalidade, afirmando dever ser o controle jurisdicional frequente, embora ter se manifestado timidamente para não ferir a autonomia administrativa do processo executivo. Dessa forma, as dúvidas criadas desde antes da atividade legislativa sobre o tema não fora solucionado, deixando, ainda na LEP, esta dúvida e reflexão.

Há de se ressaltar que o próprio documento afirma a compreensão do caráter administrativo da execução ter sua sede jurídica na doutrina de Montesquieu ao falar da famigerada separação de poderes, sustentando que a lei deve se manifestar de forma abrangente para o bom desempenho da administração penitenciária, já que, segundo o autor, ela individualiza a aplicação da pena e às exigências educacionais e morais de cada um¹⁹.

De mais a mais, anteprojeto da LEP, no entanto, não adiciona modificações quanto ao tema, devendo ser mantido o entendimento antigo, sempre no sentido de jurisdicionalizar, mas nunca radicalizar o julgamento.

18 Anexo II: Das exposições de motivos da Lei de Execução Penal. Dos órgãos da execução penal. P. 6.

19 MONTESQUIEU. *L'individualisation de la peine*. Paris, 1927. P. 267-268.

Convém salientar que, o anteprojeto da Lei de Execução Penal, timidamente, se mostra a resolver as controvérsias doutrinárias, de forma a deixar, ainda, lacunas importantes em lei, tais como a demonstração do posicionamento antigo e sua manutenção, que na Lei nº 7.210 se mostrava de forma neutra, ou, por assim dizer, sem trazer uma inovação concreta ao sistema de execução da pena.

Com efeito, torna-se relevante a exposição de que sendo esse o posicionamento adotado, se faz possível a adoção de políticas carcerárias que visem a efetividade da pena e, como conseguinte, da execução penal como um todo, abrangendo as gestões somente públicas dos órgãos penitenciários, aquelas de co-gestão e as totalmente privadas, essa última que ainda traz espanto pelo vanguardismo no que se refere à realidade brasileira, de sua possibilidade de acontecimento.

3. NATUREZA JURÍDICA DA EXECUÇÃO PENAL

O reconhecimento da progressiva jurisdicionalização da execução da pena é axiomático, conforme tece Daniel Nicory do Prado, embora ainda há quem defenda que ela integraria a função jurisdicional do Estado, desde sempre, em razão de sua natureza²⁰.

De acordo com a concepção clássica, existiria um poder-dever de solucionar os litígios, e, não havendo como se negar à execução penal o caráter de atividade jurisdicional, mas sendo possível compreender que à

20 DO PRADO, Daniel Nicory. *Sobre a natureza Jurídica da Execução Penal*. P. 2. Disponível em <<http://www.execucaopenal.com.br/SobrenNaturezaJuridica%20ExecucaoPenal.pdf>>. Acesso em 27 de setembro de 2014 às 22:00. P. 5

primeira vista é difícil de identificar. Seguindo esse entendimento, não seria possível a afirmação de que com o trânsito em julgado iria se exaurir a função jurisdicional do Estado, haja vista que os comandos do processo de conhecimento, se não cumpridos, não teriam eficácia ao processo como um todo²¹.

O processo de execução vem, desse modo, trazer um efetivo cumprimento, não apenas declara, mas requer a realização, de modo voluntário ou forçado.

Nesse sentido, se não houvesse essa necessidade de efetivação do processo transitado em julgado, haveria uma quebra da lógica de sistema jurídico e o conseqüente e imediato não alcance da tão almejada paz social, consagrada pelos famosos contratos sociais, que instituem todo o fundamento das instituições da Justiça Pública.

Tecendo comentários acerca da natureza jurídica da execução penal, Nucci entende ser o processo de natureza jurisdicional com finalidade imediata em tornar efetiva a pretensão punitiva do Estado, envolvendo, ainda, a atividade administrativa. Sendo assim, em consonância com posição de Ada Pellegrini Grinover, a execução penal seria uma atividade complexa, que se desenvolve, entrosadamente, nos planos jurisdicional e administrativo.

Para os referidos autores, não se desconhece que participam dois Poderes dessa atividade, o Poder Judiciário e o Poder Executivo, respectivamente, dos órgãos jurisdicionais e dos estabelecimentos pe-

21 *Ibidem*. *Idem*.

nais²². Seria, portanto, inviável se pensar no processo da execução penal desligado da atuação do Poder Judiciário, sendo posição, inclusive da lição de Sidnei Agostino Beneti, presidente da comissão responsável pela edição da nova Lei de Execução Penal.

Sobre o entroncamento entre as atividades jurisdicionais e administrativas, Nucci entende que ocorreria em razão do judiciário ser o órgão responsável por proferir comandos pertinentes à execução penal, embora o cumprimento de forma efetiva somente se dê em estabelecimentos administrados, custeados e sob a responsabilidade do executivo. Ainda que o juiz seja o corregedor do presídio, sua atividade executória, segundo o susomencionado autor, não supriria o aspecto de autonomia administrativa plena de que gozam os estabelecimentos penais brasileiros, bem como os hospitais de custódia e tratamento²³.

Esse entendimento se consagra com a fala de José Joaquim Calmon de Passos, dizendo que, embora a jurisdição significar “dizer o direito”, o seu conteúdo em real é mais amplo que isso, não se limitando ao conhecimento da causa e ao seu julgamento, mas também com a execução do julgado, estando, portanto, a execução da pena contida no aspecto jurisdicional. O direito, portanto, não acaba com a declaração, mas com a sua conseqüente aplicação, mesmo que autoritária²⁴.

22 NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 5ª edição. São Paulo: Revista dos tribunais. 2010. P. 1003.

23 Idem. Pág. 1004.

24 CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Da Jurisdição*. Salvador: Publicações da Universidade da Bahia, 1957, p 14-15.

Lado outro, é impensável a dissociação do Direito de Execução Penal do Direito Penal e Processo Penal, pois o primeiro cuida, primordialmente, os vários institutos de individualização da pena, úteis e utilizados pela execução penal,

enquanto o Processo Penal estabelece os princípios e as formas fundamentais de regular o procedimento da execução, impondo garantias processuais penais típicas, como o contraditório, a ampla defesa, o duplo grau de jurisdição, entre outras²⁵.

Merece destaque a afirmação de René Ariel Dotti, a compreensão de que a execução penal tem natureza puramente ou prevalentemente administrativa radica a concepção política e jurídica em harmonia destoando da distinção entre os momentos da cominação, da aplicação propriamente dita da pena e da execução como correspondentes aos Poderes do Estado, que segue a tripartição clássica de Montesquieu²⁶.

Não se nega a importância dada ao judiciário na execução penal e nem a intensão de jurisdicionalizar, dessa forma, evidencia-se o relevo dado à autoridade judiciária, mas isso está longe de prescrever uma tímida vigilância ou as bases para um controle remoto, já que a Lei de Execução Penal especifica em concreto as possíveis e diversas hipóteses em que se tem tal atuação²⁷.

25 CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Da Jurisdição. Salvador: Publicações da Universidade da Bahia, 1957, p 14-15.

26 DOTTI, René Ariel. A lei de Execução Penal. Revista dos Tribunais. Ano 74 – agosto de 1985. Volume 598 P. 278.

27 Ibidem. P. 279.

Giovanni Leone constata que a função da execução penal se debruça entre três ramos distintos, a primeira relaciona-se à vinculação da sanção e do direito subjetivo estatal de castigar, integrando, portanto, a execução no Direito Penal Substancial. Uma segunda raiz integra à vinculação como título executivo, constante no Direito Processual Penal e a terceira, e última, raiz tocaria a atividade executiva propriamente dita, fazendo parte, portanto, do Direito Administrativo, deixando sempre a salvo a possibilidade de episódicas fases jurisdicionais correspondentes, como nas providências de vigilância e nos incidentes da execução²⁸.

Para uma melhor reflexão, torna-se relevante fazer menção ao tratamento da natureza jurídica da execução penal em países alienígenas.

Conforme informação trazida por Mirabete, na Itália se tinha, a princípio, a execução da pena como atividade tipicamente administrativa, passando depois dar início a um processo de jurisdicionalização com a Lei nº 357 de 12 de julho de 1975, de modo a notabilizar as atribuições dos órgãos jurisdicionais no Código de Processo Penal de 1988 (artigos 665 a 695)²⁹.

Em países diversos, manifestações e projetos foram desenvolvidos no sentido de dar maior autonomia ao Direito de Execução Penal, trazendo estruturas e con-

28 MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Execução Penal: Comentários à Lei 7.210, de 11-07-84*. 5ª edição – Revisada e atualizada – São Paulo: Atlas, 1992. P.28.

29 MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Execução Penal: Comentários à Lei 7.210, de 11-07-84*. 5ª edição – Revisada e atualizada – São Paulo: Atlas, 1992. P.28.

teúdos de maneira a libertar da situação de parte ou mero apêndice do Direito Processo Penal. Podem ser utilizados como exemplos, e exemplos esses expressivos, os diplomas da Argentina (Lei Penitenciária Nacional da Argentina/1958), da Polônia (Código de Execução das Penas/1969), da República Federal da Alemanha (Normas sobre o Ordenamento Penitenciário/1976), da República Democrática Alemã (Lei sobre Execução das Penas Privativas da Liberdade/1977) e da Espanha (Lei Geral Penitenciária/1979)³⁰.

Após analisar ordenamentos distintos a questão, Mirabete concluiu que resta o entendimento de que a “natureza jurídica da execução não se confina no terreno do direito administrativo e a matéria é regulada à luz de outros ramos do ordenamento jurídico, especialmente o direito penal e processual”. Dessa maneira, uma parte da execução ficaria sob a responsabilidade das autoridades penitenciárias, desenvolvendo, lado a isso, a atividade do juízo de execução, ou como o próprio autor denomina: Atividade judicial de execução³¹.

A visão de Paulo Lúcio Nogueira é adepto da corrente híbrida, entendendo que a execução penal e complexa e eclética, no sentido de que algumas normas pertenceriam ao direito processual, a exemplo da resolução de incidentes, enquanto outras estariam contidas na execução propriamente ditas, compondo o direito administrativo³².

30 *Ibidem. Idem.*

31 *Ibidem. Pág. 29.*

32 NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Comentários à lei de Execução Penal*. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1996. P. 5-6.

É extremamente salutar a explanação de Daniel Nicory do Prado no sentido de que ao contrário do que se observa nos demais ramos do Direito, no processo penal, o juiz ao final confia o cumprimento da pena a uma autoridade constituída, autoridade essa que integra o Poder Executivo, estabelecimento pertencente à estrutura da administração direta. Acrescenta o autor que não se deve esquecer que na execução das sentenças, mesmo aquelas não penais, o Judiciário pode se valer da colaboração com o Executivo, existindo, por tanto, uma cooperação entre os Poderes Judiciário e Executivo³³.

O que torna diferente essa execução e cooperação dos poderes susomencionados é a intensidade, já que nas sentenças civis, normalmente, é algo esporádico, enquanto que nas sentenças penais que condenam os réus às penas privativas de liberdades são cumpridas, obrigatoriamente, em estabelecimentos especializados³⁴.

Ainda dentro do limite das execuções penais, não se tratando de penas privativas de liberdades, a participação do Poder Executivo se configura de maneira menos influente, podendo até não vir a atuar, caso das penas de multa ou de prestação pecuniária, em havendo o cumprimento voluntário e dentro do prazo previsto. Entende Daniel Nicory do Prado, que a atuação do Poder Executivo se dá de forma singular, já que na

33 DO PRADO, Daniel Nicory. Sobre a natureza Jurídica da Execução Penal. P. 6. Disponível em <<http://www.execucaopenal.com.br/SobrenNaturezaJuridica%20ExecucaoPenal.pdf>>. Acesso em 27 de setembro de 2014 às 22:006.

34 *Ibidem. Idem.*

maioria dos casos (excluindo casos em que a sentença condena à pena privativa de liberdade) a atuação do supracitado Poder se dará de forma excepcional.

Esclarece, ainda, o referido Autor que o que distingue a execução da sentença penal que condena à prisão das demais é a manutenção dos estabelecimentos penais pelo Estado-Administração e, em função dessa distinção, que numerosos doutrinadores defenderam a natureza jurídica da Execução Penal como administrativa, haja vista que tais estabelecimentos são mantidos pelo Executivo. Não sendo a eventual intervenção do Poder Executivo que vem a descaracterizar a natureza jurisdicional da Execução Penal.³⁵

Tal constatação permite melhor compreender o que antes Calmon de Passos havia afirmado: mais do que declarar o direito, é preciso que ele se concretize de fato. É preciso que haja a manutenção da paz de forma efetiva, mesmo que isso signifique recorrer a uma nova cooperação, de outro Poder. Dessa forma, tem-se, verdadeiramente, o cumprimento, solução do conflito e alcance da Paz Social.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante dos fatos expostos, pode-se observar que:

- A. O ato de condenar faz-se necessário para que se possa trazer efetividade ao processo cognitivo sem haver frustrações. Tal ato não pode se desvincular, entretanto, dos valores sociais, e conseqüentemente, dos valores principiológicos trazidos pela Carta da República de 1988.

35 Ibidem. P. 7.

- B. A Execução penal Brasileira não se centraliza de modo isolado na prisão, embora se ensine a sociedade que isso é o que acontece.
- C. Os sistemas de execução da pena são resumidos pela doutrina brasileira entre o sistema administrativo e o jurisdicional, mas há quem defenda que exista um outro, híbrido, que abranja características dos dois anteriores.
- D. Há uma constatação da doutrina, concordando ou não com os sistemas administrativo e jurisdicional, em entender que há uma tendência de jurisdicionalização
- E. Foi constatado que a jurisdicionalização formal da execução penal no Ordenamento Brasileiro se configurou a partir do início da vigência da Lei de Execução Penal, a LEP, nº 7.210.
- F. A LEP foi fundamental como reação ao absorvedouro da insegurança e descrédito, dando maior credibilidade à Sociedade Brasileira em sua Justiça Criminal, traduzindo um ponto de extrema importância, de modo a definir o caráter complexo e interligado da execução.
- G. O anteprojeto da Lei de Execução Penal se posiciona de modo tímido a resolver as controvérsias que existem no que tange a natureza jurídica da execução da pena.
- H. Mais que declarar o direito, é necessário que ele se concretize de fato, bem como anunciava Calmon de Passos. Dessa forma, e só assim, é possível a manutenção da paz de forma efe-

tiva, e conseqüentemente, alcançar a Harmonia Social.

5. REFERÊNCIAS

- ANEXO II: *Das exposições de motivos da Lei de Execução Penal*. Dos órgãos da execução penal.
- CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Da Jurisdição*. Salvador: Publicações da Universidade da Bahia, 1957.
- CARVALHO, Salo. *Pena e Garantias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- DO PRADO, Daniel Nicory. Sobre a natureza Jurídica da Execução Penal.
- DOTTI, René Ariel. *A lei de Execução Penal*. Revista dos Tribunais. Ano 74 — agosto de 1985. Volume 598.
- GOMES, Geder Luiz Rocha. O processo de execução penal e a questão recorrente acerca da sua natureza jurídica. In: MOREIRA, Rômulo Andrade. (org.). *Leituras Complementares de Processo Penal*. Salvador: JusPodivm. 2008.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Natureza Jurídica da Execução Penal in GRINOVER, Ada Pellegrini (coord). *Execução Penal: mesas de processo penal, doutrina, jurisprudência e súmulas*. São Paulo: Max Limonad, 1987, Apud. DO PRADO, Daniel Nicory.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Execução Penal: Comentários à Lei 7.210, de 11-07-84*. Paulo: Atlas, 1992.
- MONTESQUIEU. *L'individualisation de la peine*. Paris, 1927.
- NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Comentários à lei de Execução Penal*. São Paulo: Saraiva, 1996
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. Editora Revista dos Tribunais.

HANNAH ABRAM SANTOS

DO PRADO, Daniel Nicory. XIMENES, Rafson Saraiva. *Redesenhando a execução penal 2: Por Um Discurso Emancipatório Democrático*. Salvador: Jus Podivm, 2012.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *Novo Olhar Sobre a Questão Penitenciária: Estatuto Jurídico do Recluso e Socialização, Jurisdicionalização, Consensualismo e prisão*. De Coimbra Editora, de junho de 2000. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

Capítulo III

Direito de recesso nas sociedades limitadas à luz do princípio constitucional da livre associação

Luciana Lima Simões de Vasconcelos

Graduanda em Direito pela Faculdade Baiana de Direito e Gestão.
E-mail: llsvasconcelos@hotmail.com

Direito de recesso nas sociedades limitadas à luz do princípio constitucional da livre associação

Resumo: ao longo deste artigo, apresenta-se um breve histórico da sociedade limitada no direito pátrio, expondo-se o seu regime, oportunidade em que se explica de que forma se deu o seu surgimento, bem como suas características. Seguidamente, trata-se de temas a natureza das sociedades limitadas e natureza do ato constitutivo da sociedade e sua relação com os fundamentos do direito de retirada. Por fim, avalia-se a possibilidade de aplicação do princípio constitucional da livre associação no direito societário e os seus reflexos no direito de recesso do sócio de sociedades limitadas por prazo indeterminado ou determinado. Trata-se de um trabalho que não busca, evidentemente, esgotar o grande debate em torno desta questão. Busca-se, contudo, realizar uma reflexão sobre este tema tão controverso, mas ao mesmo tempo tão presente na realidade social.

Palavras-chave: Direito Societário. Sociedades Limitadas. Direito de Recesso. Livre Associação.

Sumário: 1. Introdução — 2. A sociedade limitada no direito brasileiro: 2.1. Histórico e características das sociedades limitadas; 2.2. Natureza das sociedades limitadas; 2.3.

Natureza do ato constitutivo da sociedade e sua relação com os fundamentos do direito de retirada — 3. Direito de recesso e liberdade de associação: 3.1. Aplicação do princípio constitucional da livre associação no direito societário; 3.2. Direito de recesso nas sociedades limitadas por prazo indeterminado; 3.3. Direito de recesso nas sociedades limitadas por prazo determinado — 4. Considerações finais — 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo objetiva tratar da possibilidade do exercício do direito de recesso nas sociedades limitadas independentemente de manifestação de divergência em relação a qualquer alteração contratual e, mesmo quando nenhum dos sócios remanescentes se interessarem pela aquisição das quotas do sócio dissidente, por força do princípio constitucional da livre associação.

Inicialmente, trata-se da evolução histórica da sociedade limitada no direito brasileiro, expondo-se o seu regramento, oportunidade em que se explica de que forma se deu o seu surgimento, bem como suas características.

Seguidamente, são abordados temas como a natureza das sociedades limitadas e natureza do ato constitutivo da sociedade e sua relação com os fundamentos do direito de retirada.

Por fim, discute-se a possibilidade de aplicação do princípio constitucional da livre associação no direito societário e os seus reflexos no direito de recesso

do sócio de sociedades limitadas por prazo indeterminado ou determinado.

2. SOCIEDADE LIMITADA NO DIREITO BRASILEIRO

A sociedade limitada possui grande importância no ordenamento jurídico brasileiro por ser um dos modelos societários mais adotados no país especialmente por possibilitar ao sócio a realização de uma atividade empresarial sem comprometer seu patrimônio particular.

Entende-se, pois, necessária uma breve análise histórica acerca das dificuldades enfrentadas pelo direito brasileiro no regramento do aludido tipo societário, para uma melhor compreensão da matéria abordada no presente estudo.

2.1. Histórico e características das sociedades limitadas

Até o século XIX, os tipos de sociedades existentes dividiam-se em dois grupos, quais sejam, (1) as sociedades por ações (ou de capital), as quais, a despeito de restringirem ao mínimo a atuação pessoal do participante, concediam a “regalia” da limitação de responsabilidade e; as chamadas (2) sociedades de pessoas, que, em que pese fossem de formação mais simples e de funcionamento menos complexo do que as sociedades por ações, eram caracterizadas pela responsabilidade solidária e ilimitada do sócio¹.

¹ ABRÃO, Nelson. *Sociedade por quotas de responsabilidade limitada*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 1-2.

Neste cenário, surgiu um novo tipo societário, a sociedade limitada — anteriormente chamada de “sociedade por quotas de responsabilidade limitada” — que foi instituída no Brasil através Decreto nº 3.708/1919. Por ser extremamente sucinto, tal decreto deixava várias lacunas, que eram supridas, nas matérias atinentes à constituição e dissolução, pelo Código Comercial de 1850 e, nos demais aspectos, se omisso o contrato social, pelas normas da sociedade anônima.²

Conforme esclarece Adalberto Simão Filho³, a sociedade limitada surgiu com uma dupla finalidade: (1) fomentar a atividade mercantil, atraindo interessados a fim de que estes desenvolvessem suas atividades econômicas em um novo tipo social mais adequado e menos complexo, quando comparado à estruturação orgânica e de gestão das sociedades por ações e; (2) limitar indistintamente a responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais contraídas à integralização do capital social.

Segundo Marlon Tomazette⁴, não obstante o Código Civil de 2002 (Lei nº 10.406/2002) tenha revogado integralmente o aludido decreto, passando a disciplinar a sociedade limitada através dos artigos 1.052 a 1.087, a legislação sobre as sociedades limitadas permanece insuficiente, o que torna necessária a apli-

2 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial: direito de empresa*. v. 2, 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 377.

3 SIMÃO FILHO, Adalberto. *A nova sociedade limitada*. São Paulo: Manole, 2004, p. 4.

4 TOMAZETTE, Marlon. *Direito Societário*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 156.

cação subsidiária das regras atinentes à sociedade simples, salvo se no contrato social os sócios optarem pela aplicação das regras da sociedade anônima.

O referido autor adverte que, ao regulamentar a sociedade limitada, o Código Civil de 2002 peca em diversos pontos, a saber, (1º) o ideal seria que a sociedade limitada possuísse regulamentação própria, não devendo buscar socorro em nenhuma legislação supletiva; (2º) é um contrassenso recorrer às normas relativas às sociedades simples para disciplinar as limitadas, posto que apenas essas últimas exercem atividade empresária e; (3º) a dualidade de regimes normativos da sociedade limitada pode gerar uma grande insegurança, mormente no que tange às relações da sociedade com terceiros.⁵

Como visto, a sociedade limitada tem como principais características a limitação da responsabilidade dos sócios⁶ e a sua simplicidade de organização, quando compara à sociedade anônima. A maior vantagem da sociedade limitada é justamente o fato de dos sócios exercerem atividade empresarial sem comprometer o seu patrimônio particular, razão pela qual é o tipo societário mais frequentemente registrado nas Juntas Comerciais brasileiras.⁷

5 TOMAZETTE, Marlon. *Direito Societário*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 159.

6 Lei 10.406/2002. Art. 1.052. Na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social.

7 Departamento Nacional de Registro do Comércio. *Estatísticas de Constituição De Empresas Por Tipo Jurídico – Brasil – 1985-2005*. Disponível em: www.dnrc.gov.br. Acesso em 19 mai. 2014.

Ressalte-se que a contratualidade também configura um grande atrativo para as sociedades limitadas, porquanto facilita a sua constituição, sendo suficiente a elaboração de um contrato social escrito e o registro deste no Cartório competente para que a sociedade adquira personalidade jurídica. Outra característica marcante das sociedades limitadas é a liberdade que tem os sócios para estabelecerem as suas próprias regras no contrato social, resultado de seu escasso arcabouço normativo.

Vale lembrar que, ao contrário das sociedades anônimas, às sociedades limitadas é dispensada a publicação de balanço financeiro na imprensa oficial, que elimina este tipo de gastos para os sócios. Por fim, saliente-se que, nas sociedades limitadas, há liberdade para o uso de denominação social, típica das sociedades de capitais, ou razão social, comum às sociedades de pessoas, fator este que reforça a tese da natureza híbrida da sociedade limitada.⁸

2.2. Natureza das sociedades limitadas

Em consonância com os apontamentos anteriores, pode-se afirmar que a sociedade limitada surgiu, no final do século XIX, como resposta às necessidades de grandes e médios empresários que buscavam um tipo societário com facilidade de criação e funcionamento e menores riscos ao patrimônio particular (responsabilidade limitada). Então, por combinar as vantagens de diversos tipos societários, a sociedade

8 TOMAZETTE, Marlon. op. cit., p. 162.

limitada acaba por dificultar o seu enquadramento como sociedades de pessoas ou de capitais.⁹

Nas lições de Fabio Ulhõa Coelho¹⁰, constituem as sociedades de pessoas naquelas em que a materialização do objeto social depende mais dos atributos subjetivos dos sócios que da contribuição material destes. Por outro lado, essa contribuição material, no caso das sociedades de capital, tem mais relevância que as características individuais dos sócios. Esta distinção na natureza da sociedade tem repercussão no que tange à alienação da participação societária (quotas ou ações), à sua penhorabilidade por dívida pessoal do sócio e ao regramento da sucessão por morte.

Para a doutrina majoritária, a sociedade limitada pode ser compreendida como uma sociedade híbrida, ou seja, de acordo com o caso concreto ela poderá ter um caráter de sociedade de pessoas ou de capital.¹¹ Nas palavras de Fábio Ulhoa Coelho¹², “a sociedade limitada pode ser de pessoas ou de capital, de acordo com a vontade dos sócios. O contrato social define a natureza de cada limitada.” Contudo, as sociedades limitadas não se restringem a uma dessas duas classificações isoladamente, pois existem casos em que poderão assumir tanto traços personalistas quanto ca-

9 TOMAZETTE, Marlon. Liberdade de associação e o recesso nas sociedades limitadas. *Revista de Direito Brasileira*. V.1, n. 1, 2011. Disponível em: <<http://www.rdb.org.br/>> Acesso em 19 mai de 2014.

10 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial: direito de empresa*. v. 2, 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, 25.

11 TOMAZETTE, Marlon. op. cit.

12 COELHO, Fábio Ulhoa. op. cit, 381.

pitalistas, concedendo ao sócio um papel de maior ou menor destaque.

Dito isto, considerando-se as diversas formas de organização que a sociedade limitada pode assumir, conclui-se que somente diante do caso concreto, no qual seja possível analisar as decisões dos sócios em relação a diferentes matérias, haverá possibilidade de afirmar que se está diante de uma sociedade de pessoas ou de capital.

2.3. Natureza do ato constitutivo da sociedade e sua relação com os fundamentos do direito de retirada

Entre as diversas teorias criadas com a finalidade de explicar a natureza jurídica do ato constitutivo de uma sociedade, pode-se citar: (1) contratualismo clássico; (2) ato coletivo, colegial e complexo; (3) contrato plurilateral, (4) institucionalismo e (5) contrato-organização.

Segundo Calixto Salomão Filho¹³, foi na doutrina e jurisprudência italiana que o contratualismo teve o seu maior desenvolvimento. Esta teoria nega que o interesse social seja hierarquicamente superior ao interesse dos sócios. Então, considerando-se que todas as partes do contrato eram elementos essenciais para sua existência, a saída de um sócio da sociedade, em virtude de falecimento, por incapacidade ou por vontade própria, deveria dissolvê-la.

O contratualismo clássico, bem como as outras teorias que o sucederam, como afirma Evy Cynthia

13 SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 26.

Marques¹⁴, não trouxeram elementos que explicassem satisfatoriamente a natureza do ato constitutivo da sociedade, razão pela qual surgem os defensores da teoria do contrato plurilateral, capitaneada por Tullio Ascarelli¹⁵. Para este autor, além dos contratos bilaterais, a exemplo do contrato de compra e venda e permuta, caracterizados pela contraposição de duas partes que possuem interesses distintos e divergentes, existem os contratos plurilaterais, como o contrato de sociedade, no qual não há limitação quanto ao número de partes, haja vista que o interesse individual de cada contratante é convergente à consecução de uma mesma finalidade.

Nessa direção, Rubens Requião¹⁶ assinala que a teoria do contrato plurilateral trata de um contrato de caráter aberto, que admite a participação de um número não fixo, mas variável de partes, que se põe em paralelo, sendo cada participante titular de direitos e obrigações em relação às outras, em um sistema harmonizado, que permite a adesão de novas partes ou a retirada daquelas já integrantes, sem que isto afete o contrato integralmente e resulte na sua extinção.

O ordenamento vigente parece refletir a teoria do contrato plurilateral, tendo em vista a definição existente de sociedade inserta no artigo 981 do Código Ci-

14 MARQUES, Evy Cynthia. Fundamentos jurídicos do direito de retirada. In ADAMEK, Marcelo Vieira von (Org.). *Temas de direito societário e empresarial contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 116-117.

15 ASCARELLI, Tullio. *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. São Paulo: Quórum, 2008, p. 255.

16 REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 371.

vil de 2002, *in verbis*, “Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.” Este dispositivo engloba todos os traços da teoria contratualista tradicional, que são a (1) pluralidade de indivíduos, concentrados em torno do exercício de uma atividade econômica e a (2) reciprocidade das obrigações entre os sócios, os quais se obrigam entre si e não em relação à sociedade.¹⁷

Ora, se a sociedade é instituída por um contrato plurilateral, por óbvio, admite-se o ingresso e a saída de sócios sem a extinção do contrato, o que acaba por conceder ao legislador uma maior liberdade criativa para elaborar todas as hipóteses de direito de recesso.

3. DIREITO DE RECESSO E LIBERDADE DE ASSOCIAÇÃO

No direito positivo brasileiro, o direito de retirada surgiu em 1919, com o Decreto nº 3.708, também denominado Lei das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada, cujo artigo 15 assegurava “aos sócios que divergirem da alteração do contrato social a faculdade de se retirarem da sociedade, obtendo o reembolso da quantia correspondente ao seu capital, na proporção do último balanço aprovado”.

Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, foi introduzido o art. 1.077¹⁸, cuja redação contempla

17 SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 36.

18 Lei 10.406/2002. Art. 1.077. Quando houver modificação do contrato, fusão da sociedade, incorporação de outra, ou dela por ou-

o direito de recesso nas sociedades, que constitui uma espécie de poder potestativo, conferido aos sócios das sociedades limitadas que discordam das alterações promovidas ou que não querem mais permanecer associados, de deixar a sociedade, criando para esta a obrigação de pagamento do valor de reembolso¹⁹ das suas ações.²⁰

A finalidade do direito de recesso, como bem afirmam Débora Mascarenhas e Rúbia Neves²¹, é “proteger os sócios minoritários das deliberações perpetradas pela maioria societária, que muitas vezes acarreta prejuízo àqueles sócios que não têm poder decisivo na sociedade limitada”. Trata-se, portanto, de uma compensação ao sócio minoritário pela perda de poder nas deliberações sociais.

Vale lembrar que o Código Civil de 2002, em seu art. 1.057, contempla a possibilidade de os sócios se retirarem da sociedade através da livre cessão ou não das quotas na sociedade limitada. Neste caso, “há ampla margem de liberdade para os sócios, que podem

tra, terá o sócio que dissentiu o direito de retirar-se da sociedade, nos trinta dias subsequentes à reunião, aplicando-se, no silêncio do contrato social antes vigente, o disposto no [art. 1.031](#).

19 Lei 10.406/2002. Art. 1.031. Nos casos em que a sociedade se resolver em relação a um sócio, o valor da sua quota, considerada pelo montante efetivamente realizado, liquidar-se-á, salvo disposição contratual em contrário, com base na situação patrimonial da sociedade, à data da resolução, verificada em balanço especialmente levantado.

20 NASCIMENTO, João Pedro Barroso do. *Direito Societário Avançado*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2014, p. 157-159.

21 MASCARENHAS, Débora de Carvalho; NEVES, Rúbia Carneiro. *Sociedade limitada: o direito de recesso no Código Civil de 2002*. Meritum. Belo Horizonte. v.3 n.1. jan./jun, 2008. p. 304.

dar um caráter mais personalista ou mais capitalista à sociedade limitada.²²

Feitas essas considerações, qual seria a solução para o caso do sócio de sociedade limitada que deseja exercer o seu direito de retirada, mas que não esteja diante das hipóteses do artigo 1.077, além de não poder ceder suas cotas por depender da anuência dos demais sócios, por força do artigo 1.057 da Lei Civil em referência? Ora, impor a condição de sócio a uma pessoa, contra a vontade desta, constitui uma clara violação à *affectio societatis* e ao dispositivo constitucional da liberdade de associação (art. 5º, XX, CRFB), que, por se tratar de um direito fundamental, não deve ser interpretada restritivamente.

3.1. Aplicação do princípio constitucional da livre associação no direito societário

Ao se considerar que o direito empresarial brasileiro está inserido num ordenamento jurídico geral capitalista, torna-se mais fácil supor que os princípios e valores constitucionais basilares desse regime capitalista de mercado também são princípios e valores fundamentais do direito empresarial, a exemplo da liberdade de associação, assegurada expressamente *na Lex Fundamentalis*, em seu art. 5º, XVII e XX.²³

22 TOMAZETTE, Marlon. Liberdade de associação e o recesso nas sociedades limitadas. *Revista de Direito Brasileira*. V.1, n. 1, 2011. Disponível em: <<http://www.rdb.org.br/>> Acesso em 19 mai de 2014.

23 RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Liberdade de associação. In: COELHO, Fábio Ulhoa; NUNES, Marcelo Guedes (Orgs.). *Princípios do direito comercial*. Grupo de Estudos Preparatórios do Congresso de Direito Comercial. São Paulo, 2011, p. 16.

O inciso XX do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil estabelece que “ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado” e, por se tratar de uma norma definidora de um direito fundamental, o §1º do referido dispositivo legal prevê a sua aplicação imediata, que deve ser reconhecida em razão da supremacia constitucional e da superioridade das normas constitucionais dentro do ordenamento jurídico.

O constitucionalista José Afonso Da Silva²⁴ defende a aplicação do inciso em referência como fundamento constitucional do direito de retirada, sob o argumento de que “a liberdade de associação inclui tanto as associações em sentido estrito (em sentido técnico estrito, associações são coligações de fim não lucrativo) e as sociedades (coligações de fim lucrativo).”

André Luiz Santa Cruz Ramos²⁵ explica que, sendo um princípio constitucional, a liberdade de associação possui dois vetores, a saber: “(i) *positivo*, que garante a todo e qualquer cidadão o direito de associar-se livremente, sem nenhuma restrição por parte do Estado” e; “(ii) *negativo*, que assegura a todo e qualquer cidadão os direitos de não se associar e de se desassociar, sem nenhuma imposição por parte do Estado.” O referido autor ainda destaca que o Supremo Tribunal Federal já se posicionou nesse sentido.²⁶

24 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 267.

25 RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Liberdade de associação. In: COLHO, Fábio Ulhoa; NUNES, Marcelo Guedes (Orgs.). *Princípios do direito comercial*. Grupo de Estudos Preparatórios do Congresso de Direito Comercial. São Paulo, 2011, p. 17.

26 “Ao lado, portanto, da liberdade positiva — liberdade de associar-se livremente sem oposição por parte do Estado —, consagrou a

Waldo Fazzio Júnior entende que o art. 1.077 do Código Civil de 2002 apresenta o rol em *numerus apertus*, e, tendo como fundamento o princípio constitucional da liberdade de se associar ou se desassociar, o artigo 1.029, que regula o direito de recesso nas sociedades simples, seria subsidiariamente aplicável para disciplinar o direito do sócio de retirar-se da sociedade limitada de forma imotivada.²⁷

O art. 1.029 do Código Civil de 2002 estabelece que, nas sociedades constituídas por prazo indeterminado, qualquer sócio poderá retirar-se da sociedade, mediante notificação aos demais sócios (com antecedência mínima de 60 dias), independentemente de fundamentação do pedido de saída, ao passo que, no caso das sociedades com prazo determinado, o recesso dependerá da comprovação judicial de justa

nova Carta a liberdade negativa, ou seja, a de não ser compelido a associar-se ou a manter-se associado, situação absolutamente incompatível com a liberdade de associar-se, implicando impossibilidade de a lei impor um ato de adesão ou de permanência em uma associação. [...] Já não há espaço para a concepção de um imperativo sistema centralizado de arrecadação e distribuição dos direitos autorais, inexistindo dúvida de que a lei, em agredir a nova disciplina constitucional sobre a liberdade de associação (incisos XVII e XXI do artigo 5.o da CF) e sobre a exclusividade do autor sobre o direito de utilização, publicação e reprodução de suas obras (inc. XXVII do dispositivo citado), já não pode compelir os titulares desses direitos a reunirem-se, diretamente ou por via de suas associações, numa entidade única, para vê-los arrecadados e distribuídos.” BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. *ADI nº 2054 DF*, Tribunal Pleno, Relator: Min. Ilmar Galvão, Data de Julgamento: 02 abr. 2003, Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 19 mai. 2014.

27 FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Sociedades limitadas: de acordo com o Código Civil de 2002*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 169.

causa, ou seja, o sócio dissidente deverá provocar o Poder Judiciário, mediante prova da justa causa, a fim de que o magistrado se pronuncie favoravelmente à sua saída da sociedade.

Evy Cynthia Marques²⁸ adverte que, antes da aplicação irrestrita do princípio constitucional da livre associação, devem ser analisadas e respeitadas as normas específicas destinadas a cada tipo societário.

Por tudo isso, conclui-se que, tratando-se de sociedade de responsabilidade limitada não regida supletivamente pela Lei das Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404/76), mas pela formação da sociedade simples, incide o art. 1.029 do Código Civil de 2002, que disciplina o direito de retirada de modos distintos, conforme se trate de sociedade constituída por prazo determinado ou por prazo indeterminado.²⁹

3.2. Direito de recesso nas sociedades limitadas por prazo indeterminado

No caso das sociedades constituídas por tempo indeterminado, por óbvio, não há data prevista para sua dissolução e, tendo em vista os princípios da liberdade de contratar, da não perpetuidade das relações contratuais e da livre associação (em sua concepção negativa, ou seja, o direito de se desassociar), não se

28 MARQUES, Evy Cynthia. Fundamentos jurídicos do direito de retirada. In: ADAMEK, Marcelo Vieira von (Org.). *Temas de direito societário e empresarial contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 132.

29 FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Sociedades limitadas: de acordo com o Código Civil de 2002*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 169.

pode submeter os sócios a um vínculo eterno e, estes, por sua vez, terão a prerrogativa de extingui-lo a qualquer tempo, sem necessidade de fundamentação.

Nessa esteira de pensamento, para Fábio Ulhoa Coelho³⁰, às sociedades constituídas com prazo indeterminado é possível aplicar o disposto no art. 1.029 do Código Civil de 2002, isto é, o sócio pode exercer o direito de recesso a qualquer momento, sob o fundamento de que ninguém pode ser obrigado a se manter associado, nos termos dos princípios constitucionais da autonomia da vontade e da liberdade de associação.

Outrossim, para Priscila da Fonseca e Rachel Sztajn³¹, esta possibilidade de que o sócio, a qualquer tempo e sem motivação, possa se desligar da sociedade é que melhor atende ao espírito do negócio associativo: liberdade para participar e liberdade para dele (ou dela, sociedade) retirar-se”.

Ante o exposto, nas sociedades limitadas constituídas por tempo indeterminado, ao sócio deve ser concedida a possibilidade exercício de seu direito de recesso a qualquer tempo, sem necessidade de causa justificada, com vistas a evitar que o sócio permaneça preso à sociedade indefinidamente. “Trata-se de uma interpretação de tal direito de acordo com a liberdade de associação prevista no art. 5º, XX, da CF/88. Protege-se, nesta concepção, o núcleo essencial da re-

30 COELHO, Fábio Ulhoa. *A sociedade limitada no novo código civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 103.

31 FONSECA, Priscila M.P. Corrêa da; SZTAJN, Rachel. *Código Civil Comentado*. v. 11. São Paulo: Atlas, 2008, p. 350.

ferida liberdade, evitando uma vinculação vitalícia a uma sociedade³².

3.3. Direito de recesso nas sociedades limitadas por prazo determinado

Em regra, o contrato celebrado por prazo determinado não pode ser extinto antes do transcurso deste, pois as partes se comprometeram a permanecer vinculadas durante todo o tempo estipulado e este vínculo deve prevalecer sobre a liberdade do sócio que com ele expressamente anuiu.³³

Nas sociedades limitadas construídas por prazo determinado, o próprio sócio ao ingressar na sociedade tem conhecimento dos limites em que ele terá que ficar vinculado. Então, como bem afirma Marlon Tomazette³⁴, não há motivos para ampliar o direito de recesso nestas sociedades, ou seja, o direito de recesso deve ficar restrito às hipóteses já previstas pelo legislador no art. 1.077 do CC/2002, quais sejam, (1) alteração do contrato social, (2) fusão e (3) incorporação. Somente nesses casos, haveria uma quebra da legítima expectativa dos sócios, que resultaria na concessão do direito de retirada da sociedade.

Deste modo, considerando que o próprio sócio manifestou sua livre vontade ao concordar em esta-

32 TOMAZETTE, Marlon. Liberdade de associação e o recesso nas sociedades limitadas. *Revista de Direito Brasileira*. V.1, n. 1, 2011. Disponível em: <<http://www.rdb.org.br/>> Acesso em 19 mai de 2014.

33 MARQUES, Evy Cynthia. Fundamentos jurídicos do direito de retirada. In ADAMEK, Marcelo Vieira von (Org.). *Temas de direito societário e empresarial contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 122.

34 TOMAZETTE, Marlon. op. cit.

belecer os limites de seu vínculo com a sociedade limitada por prazo determinado, entende-se que, neste caso, não restou configurada a violação à liberdade de associação.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, algumas conclusões são extraídas, senão vejamos:

- A. Após terem sido levantados o histórico e características fundamentais que constituem as sociedades limitadas, constatou-se que o legislador deixou lacunas no regramento deste modelo societário. Ademais, verificou-se que a sociedade limitada possui diversos atrativos justamente por mesclar elementos positivos das sociedades de capital e das sociedades de pessoas, isto é, possibilita que o sócio realize uma atividade empresarial com organização mais simplificada, sem comprometer seu patrimônio particular, razão pela qual é um dos tipos societários mais adotados no país;
- B. Se forem levadas em consideração as diversas configurações que a sociedade limitada pode assumir, por ser híbrida, pode-se concluir que, somente diante do caso concreto, no qual seja possível analisar as decisões dos sócios em relação a diferentes matérias, haverá possibilidade de afirmar que se está diante de uma sociedade de pessoas ou de capital;
- C. Partindo-se da premissa que as sociedades são instituídas por um contrato plurilateral, por

força do Art. 981 do Código Civil de 2002, por óbvio, admite-se o ingresso e a saída de sócios sem a extinção do contrato, o que acaba por conceder ao legislador uma maior liberdade criativa para elaborar todas as hipóteses de direito de recesso;

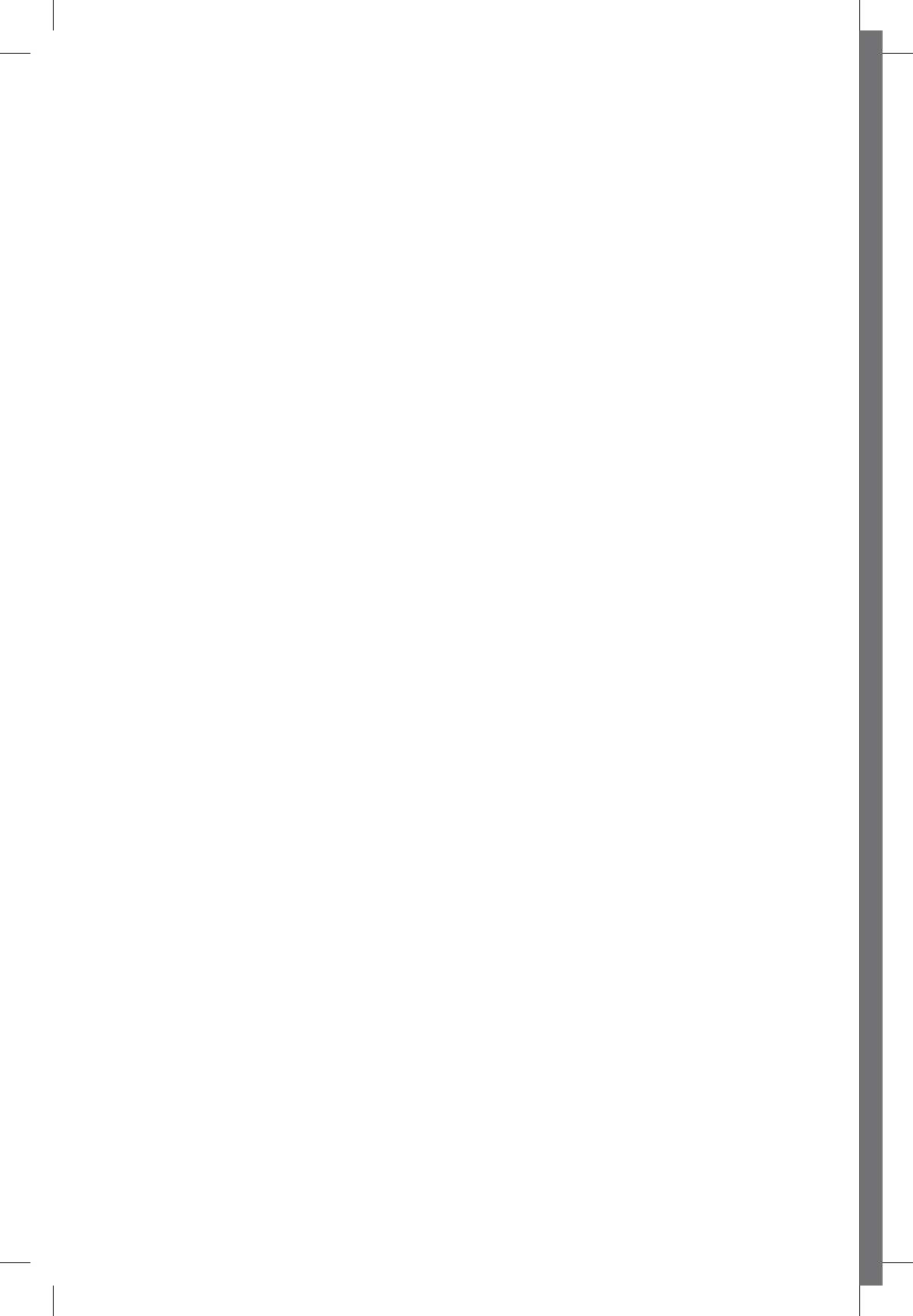
- D. Com base no entendimento de que o princípio constitucional da livre associação é aplicável às sociedades, tanto em seu sentido positivo (liberdade para se associar), quando no negativo (liberdade para não se associar ou se desassociar), pode-se afirmar que o art. 1.077 do Código Civil brasileiro apresenta o rol exemplificativo que contempla, de modo subsidiário, as hipóteses do artigo 1.029, possibilitando ao sócio, retirar-se da sociedade limitada de forma imotivada, desde que a sociedade limitada não seja regida supletivamente pela Lei das Sociedades Anônimas;
- E. O recesso independentemente de manifestação de divergência em relação a qualquer alteração contratual e, mesmo quando nenhum dos sócios remanescentes se interessarem pela aquisição das quotas do sócio dissidente, pode ser admitido no caso das sociedades limitadas por prazo indeterminado, por força do princípio constitucional da livre associação. Contudo, no caso das sociedades limitadas por prazo determinado, o direito de recesso deve ficar restrito às hipóteses do art. 1.077 do CC/2002, pois se presume que o sócio ingressou na sociedade com consciência da extensão do víncu-

lo, sem afetar a essência do direito à liberdade de associação.

5. REFERÊNCIAS

- ABRÃO, Nelson. *Sociedade por Quotas de Responsabilidade Limitada*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- ASCARELLI, Tullio. *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. São Paulo: Quórum, 2008.
- BRASIL. Departamento Nacional de Registro do Comércio. *Estatísticas de Constituição De Empresas Por Tipo Jurídico - Brasil - 1985-2005*. Disponível em: www.dnrc.gov.br. Acesso em 19 maio 2014.
- _____. Supremo Tribunal de Justiça. *ADI nº 2054 DF*, Tribunal Pleno, Relator: Min. Ilmar Galvão, Data de Julgamento: 02 abr. 2003, Disponível em : <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 19 maio 2014.
- _____. *Vade Mecum Rideel*. 18. ed. São Paulo: Rideel, 2014.
- COELHO, Fábio Ulhôa. *A sociedade limitada no novo código civil*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____. *Curso de direito comercial: direito de empresa*. v. 2, 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Sociedades limitadas: de acordo com o Código Civil de 2002*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- FONSECA, Pricila M.P. Corrêa da; SZTAJN, Rachel. *Código Civil Comentado*. v. 11. São Paulo: Atlas, 2008.
- MARQUES, Evy Cynthia. Fundamentos jurídicos do direito de retirada. In ADAMEK, Marcelo Vieira von (Org.). *Temas de direito societário e empresarial contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 2011, p.115-132.

- MASCARENHAS, Débora de Carvalho; NEVES, Rúbia Carneiro. *Sociedade limitada: o direito de recesso no Código Civil de 2002*. Meritum. Belo Horizonte. v.3 n.1. jan./jun, 2008. p. 287-315.
- NASCIMENTO, João Pedro Barroso do. *Direito Societário Avançado*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2014.
- RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Liberdade de associação. In: COELHO, Fábio Ulhoa; NUNES, Marcelo Guedes (Orgs.). *Princípios do direito comercial*. Grupo de Estudos Preparatórios do Congresso de Direito Comercial. São Paulo, 2011, p. 16-18.
- REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- SIMÃO FILHO, Adalberto. *A nova sociedade limitada*. 1 ed. São Paulo:Manole, 2004.
- TOMAZETTE, Marlon. *Direito Societário*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004.
- _____. Liberdade de associação e o recesso nas sociedades limitadas. *Revista de Direito Brasileira*. V.1, n. 1, 2011. Disponível em: <<http://www.rdb.org.br/>> Acesso em 19 maio de 2014.



Capítulo IV

Sociedade limitada: entendimento e peculiaridades

Milaila Bezerra de Almeida

Graduanda em Direito pela Faculdade Baiana de Direito e Gestão.
E-mail: milailalmeida@hotmail.com.

Sociedade limitada: entendimento e peculiaridades

Resumo: O presente trabalho tem como principal escopo entender a dinâmica, conceito e peculiaridades da Sociedade Limitada.

Por ser uma das sociedades mais comumente conhecida, desperta um interesse nas pessoas para que sejam entendidas dúvidas comuns, como por exemplo, a questão da responsabilização dos sócios, como a obrigatoriedade de determinados atos para essa sociedade, que têm gerado, inclusive, opiniões diversas na Jurisprudência atual, sendo, também, objeto de estudo por diversos doutrinadores do Direito Empresarial.

O foco maior do presente artigo é perpassar, somente, por alguns pontos críticos e de divergência sobre o tema, objetivando esclarecer eventuais divergências sobre o tema proposto.

Palavras-chave: Sociedade Limitada. Responsabilização. Sócios. Obrigatoriedade. Pontos críticos. Esclarecer. Dúvidas. Divergências. Doutrina. Jurisprudência. Direito Empresarial.

SUMÁRIO: 1. Conceito de sociedade limitada — 2. Responsabilidade limitada do sócio: 2.1. Integralização do capital social x responsabilidade dos sócios — 3. Peculiaridades da sociedade limitada: 3.1. Re-

alização de balanços pelas LTDA's — 4.
Conclusão — 5. Referências.

1. CONCEITO DE SOCIEDADE LIMITADA

As sociedades limitadas atualmente disciplinadas pelo Código Civil, antigamente eram chamadas de Sociedade por Cota de Responsabilidade Limitada, prevista no antigo Código Civil de 16, e representava a maioria esmagadora das sociedades empresárias em voga no Brasil.

A sociedade limitada é constituída por meio de contrato social, que disciplina a relação entre sócio e a atividade empresária e o seu desenvolvimento.

No Código Civil de 2002 a conceituação desta sociedade encontra-se presente nos artigos 1.052 a 1.087.

Acaso haja lacunas em relação a essas normas, no que tanga à solução de conflitos oriundos da relação societária, poderão ser aplicadas, de forma subsidiária, outras normas, entretanto, deve ser respeitado o “benefício de ordem” estabelecido, qual seja:

O contrato social prevê, expressamente, a aplicação supletiva da Lei das Sociedades Anônimas (Lei nº 6404/76);

O contrato é omissivo, assim se aplicam, supletivamente, as normas destinadas às sociedades simples;

O contrato prevê, expressamente, a aplicação supletiva das normas regulamentadoras das sociedades simples (arts. 997 a 1.032 do Código Civil)¹.

1 Aula de Direito Comercial. Aula 09 — Sociedade Limitada. Disponível em: <<http://arquivos.unama.br/professores/iuvb/contabilidade/DE/aula09.pdf>>. Acessado em: 22 de nov. de 2013.

Fabio Ulhoa ensina que, dessa forma, surgem dois subtipos de sociedades limitadas:

Um, o das sociedades limitadas sujeitas ao regime de regência supletiva das sociedades simples (subtipo I); outro, o das sujeitas ao regime de regência supletiva das sociedades anônimas (subtipo II). Às sociedades do primeiro subtipo proponho chamar limitadas de vínculo instável, às do segundo, limitadas de vínculo estável².

Compulsando o entendimento de Amador Paes de Almeida, *in verbis*:

O Código Civil, ao disciplinar a sociedade por quotas de responsabilidade limitada (arts. 1.052 a 1.087), deu-lhe nova denominação: sociedade limitada. E, tal como ocorria sob a égide da legislação anterior (Decreto n. 3.708/19), não a conceituou, deixando essa tarefa para os doutrinadores. Estes, ao conceituar as diversas espécies societárias, via de regra ressaltam seus traços marcantes — no caso da sociedade limitada, a responsabilidade solidária de todos os sócios pela integralização do capital social³.

Logo, tem-se que a sociedade limitada é aquela na qual a responsabilidade de cada sócio será restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social. Assim, apesar de se tratar de sociedade de responsabilidade limitada, os sócios respondem juntos até o momento da integralização do capital social.

2 COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

3 DE ALMEIDA, Amador Paes. *Manual das Sociedades Comerciais*. Direito de Empresa. 20. ed. São Paulo: Saraiva.

De forma supletiva, a sociedade limitada rege-se, como já dito, pelas normas da sociedade simples. Ademais, admite-se que o contrato social estabeleça a regência supletiva da utilização da Lei das Sociedades Anônimas (SA).

Obedecendo ao quanto previsto pelo próprio Código Civil em seu art. 1.053:

O contrato social poderá prever a regência supletiva da sociedade limitada pelas normas da sociedade anônima⁴.

O contrato social prevê tal disposição, bem como, no que couber, as indicações obrigatórias, e, se for o caso, a firma social.

Em virtude da sua simplicidade de formação, responsabilidade restrita ao valor do capital social, dispensa de publicação de balanços — que adiante ver-se-á a controvérsia existente sobre este tema — e a liberdade entre o uso da firma social, a sociedade limitada é a modalidade empresária que mais surge no Brasil.

De acordo com o entendimento de Marlon Tomazette as sociedades limitadas respondem aproximadamente por noventa e um por cento das sociedades empresárias e não empresárias que existem no Brasil sendo de fundamental importância para a economia do país⁵.

4 BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Código Civil Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 22 de nov. de 2013.

5 TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial*. v. 2. 3. ed. 2004.

2. RESPONSABILIDADE LIMITADA DO SÓCIO

A preferência pela composição de uma sociedade limitada em detrimento dos outros tipos societários se dá, justamente em virtude do seu caráter limitador da responsabilidade dos sócios.

Em conformidade com o artigo 1.502 do Código Civil, que diz:

A responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem, solidariamente pela integralização do capital social.

Além dessa peculiaridade, outras características que faz da LTDA o tipo societário mais comumente visualizado na prática estão o fato de que a sua formação se dá de forma simples, sem que seja necessária burocracia para a sua constituição; a responsabilidade restrita ao total do capital social; além da dispensa do ônus da publicação de balanços e atos outros; por fim, a liberdade de opção entre uso da firma social ou denominação.

Limitar a responsabilidade dos sócios nada mais se trata de um mecanismo de socialização entre os agentes econômicos, e da possibilidade da sociedade não encontrar o sucesso na sua atividade, nada mais é do que o risco presente em qualquer atividade empresarial.

Condição necessária ao desenvolvimento das atividades empresárias, inclusive no regime capitalista, já que a responsabilidade ilimitada retira o interesse de investir em empresas menos conservadoras.

E, ainda, por fim, mas não menos importante, a limitação possibilita a diminuição do preço de bens e serviços que são disponibilizados no mercado.

Importante ressaltar, o risco ao qual se expõe a pessoa que contrata com a sociedade limitada, haja vista que terá apenas o patrimônio social da própria empresa como garantia da negociação na hipótese de um inadimplemento.

Conforme entendimento exarado por Fábio Ulhoa Coelho, existem credores que podem embutir uma taxa de risco ao negociarem seus preços, como forma de socializar a possibilidade de insucesso das atividades econômicas. Todavia, ressalta que existem credores não negociais, como o Fisco, INSS, trabalhadores, consumidores, entre outros, que não possuem meios de negociar o preço e agregar qualquer taxa de risco, ficando sujeitos a prejuízos decorrentes da insolvência da sociedade empresária.⁶

A sociedade é constituída mediante contrato escrito e registrado ou arquivado na Junta Comercial do Estado, e a partir de então têm-se o início da existência de uma pessoa jurídica de direito privado denominada de sociedade limitada composta por sócios pessoas naturais ou outras pessoas jurídicas, passando então a ter autonomia, vida própria, não podendo em hipótese alguma se confundir com as pessoas que a constituíram.

Essa pessoa jurídica passa a poder assumir obrigações, direitos e podendo, inclusive, figurar como parte em processos judiciais e administrativos. Entretanto, apesar de assumir obrigações perante terceiros, o patrimônio pessoal dos sócios não fica exposto. No mesmo diapasão, determina o artigo 1.052 do Código

6 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. Vol 2. São Paulo: Saraiva 2012.

Civil, o qual dispõe que na sociedade limitada a responsabilidade de cada sócio se dará de forma restrita ao valor de suas quotas, entretanto, é de se afirmar que todos os sócios respondem solidariamente pela integralização do capital social, que, diga-se de passagem, trata-se de um ponto de bastante importância nessa modalidade societária.

2.1. Integralização do Capital Social x Responsabilidade dos Sócios

Trata-se de uma obrigação fundamental e indispensável dos sócios a integralização da sua quota ao capital social. No momento em que a pessoa física assina o contrato social e passa a assumir a condição de sócio da sociedade em questão, naquele ato subscrevem as quotas de capital com as quais passará a participar do negócio, ou seja, no momento da formalização do contrato os sócios formalizam as quotas das quais serão responsáveis pela integralização, devendo fazê-la, sob pena de incorrer em um dos deveres inerentes à condição de sócio.

O capital social deverá ser integralizado em moeda corrente, em bens ou com direito a receber. A responsabilidade dos sócios se dará de forma efetiva após a integralização de sua quota, entretanto, responderá de forma solidária com os demais sócios, na hipótese de algum outro não cumprir com a sua obrigação de integralizar. Respondem solidariamente, entretanto, até o limite que falta para a integralização do capital social da empresa.

Por outro lado, estando o capital totalmente integralizado, o patrimônio pessoal dos sócios não poderá ser atingido por dívidas da sociedade.

Ainda perpassando sobre a responsabilidade na sociedade limitada, existem algumas hipóteses em que os sócios respondem de forma subsidiária e ilimitada com seu patrimônio pessoal. São elas:

- A. Deliberações contrárias à lei ou ao contrato social;
- B. Sociedade constituída somente por marido e mulher contrariando o art.997 do Código Civil.
- C. Débitos trabalhistas em que o poder judiciário busca a proteção do hipossuficiente nas relações trabalhistas;
- D. Fraude contra credores quando se utilizada da autonomia patrimonial da
- E. Débitos junto ao INSS;

3. PECULIARIDADES DA SOCIEDADE LIMITADA

Tendo em vista o seu caráter diferenciado, inclusive no que tange à sua simplicidade de constituição, a Sociedade Limitada possui diversas peculiaridades que ensejam discussões severas no âmbito jurídico, é o que será visualizado no presente artigo.

3.1. Realização de balanços pelas LTDA's

O Código Civil de 2002 prevê expressamente a obrigatoriedade do sistema organizado de contabilidade e escrituração no âmbito do empresário e da sociedade empresária.

Pessoa física e jurídica poderá realizar o balanço patrimonial, entretanto comumente visualizado para fins de demonstração para pessoa jurídica.

Na elaboração do balanço patrimonial cabe apresentar a situação patrimonial da sociedade em relação a determinado momento, regra geral conceitua-se patrimônio como o conjunto de bens, direito e obrigações de uma pessoa.

Sabe-se que a limitada será formada por duas ou mais pessoas que são responsáveis solidariamente de forma limitado ao valor das quotas pela integralização do capital social.

Ao final de cada exercício, deverão ser apurados e consolidados os registros contábeis em um balanço patrimonial este devendo expressar as contas do ativo e do passivo, acompanhados do respectivo demonstrativo de resultado econômico.

Tais demonstrações serão publicadas com a indicação de todos os valores que devem corresponder, necessariamente, à realidade do exercício anterior.

As sociedades com patrimônio inferior a dois milhões de reais não será obrigada a elaborar e publicar as demonstrações dos fluxos de caixa.

O art. 3º da Lei 11.638/2007 (Lei das S/A) menciona aplicação às sociedades de grande porte, ainda que não constituídas sob a forma de sociedades por ações, e refere-se expressamente ao regime jurídico das demonstrações financeiras imposto pela Lei das S/A's, não fazendo, portanto, menção expressa à publicação das LTDA's o que deixa margem ao entendimento de que estas, de fato, não estariam obrigadas.

A vigência da Lei 11.638/2007 é de valiosa importância para a adequação das empresas de grande por-

te à nova realidade econômica brasileira, levando-se em conta o processo cada vez mais crescente da globalização dos mercados, de que decorre a evolução mundial dos princípios fundamentais de contabilidade e o relevante interesse público nas atividades empresariais, conforme entendimento de Modesto Carvalhosa.

No ano de 2008 o DNRC – Departamento de Registro de Comércio, emitiu o ofício circular nº 99, e através deste determinou que as sociedades de grande porte poderão facultativamente publicar suas demonstrações financeiras nos jornais oficiais ou outros meios de divulgação, para o efeito de ser deferido o seu arquivamento nas Juntas Comerciais.

Desta forma, o DNRC acabara de concluir que as publicações das demonstrações financeiras deveriam ser tratadas, tão somente, como uma opção para essas sociedades, tendo em vista, inclusive, a utilização do termo “facultativamente”, e não uma obrigação.

Tal ofício ensejou a ação judicial movida pela ABIO – Associação Brasileira das Imprensas Oficiais, requerendo a ineficácia do referido ofício.

O pedido da ABIO foi julgado parcialmente procedente, e foi determinado ao DNRC que passasse a exigir das sociedades limitadas de grande porte os balanços desde que em conformidade com a Lei nº 11.638/2007, determinando apenas a publicação em órgãos oficiais e não em jornais de grande circulação, conforme artigo 289 da Lei das S/A, já que para as Sociedades Anônimas se deseja ver publicado apenas em órgãos judiciais, porque que para as Sociedades Limitadas estar-se-á aumentando a complexidade, já que trata-se de um tipo societário muito mais simples?

Em 2009, no mês de Fevereiro, a Sexta Turma do TRF da 3ª Região em São Paulo suspendeu a decisão. A desembargadora que julgou o presente alega que a ABIO não teria legitimidade para defender o interesse público, sendo, portanto uma decisão que seria op-nível *erga omnes*.

A referida decisão protege o direito da concorrência entre as empresas, uma vez que os balanços seriam realizados e registrados nos órgãos públicos destinados a tanto, sendo que o único fato que deixaria de acontecer seria a exposição direta da sociedade limitada na mídia, já que não seria publicado em jornais de grande circulação, e tal exposição seria nociva às sociedades empresarias, já que as suas práticas comerciais seriam expostas diante do mercado e do público consumidor.

Atualmente tem-se viva uma discussão sobre esse tema, tendo em vista que a doutrina e a própria jurisprudência encontram-se divididas acerca do entendimento.

Conclui-se que o regime jurídico das sociedades anônimas, aplica-se às sociedades limitadas de grande porte, tendo que apresentar tais dados requeridos pelo ente público designado, porém, a publicação destes em jornais de grande circulação não é obrigatória, visando resguarda-las.

4. CONCLUSÃO

As sociedades limitadas são atualmente responsáveis por um número relevante de sociedades no Brasil. Os empreendedores de “primeira viagem” tendem a constituir uma limitada tendo em vista a sua

simplicidade na constituição, e inclusive pela responsabilização, já que, em regra, os sócios respondem limitadamente ao valor correspondente às suas quotas.

Desde um sujeito que resolve vender cachorro quente na praça e que funcione sob o regime de pessoa jurídica devidamente legalizada, até à grande e conhecida empresa Vale do Rio Doce, denominada simplesmente, Vale, têm-se sociedade limitada.

Tem-se a percepção de que a sociedade limitada abarca uma desde um simples empreendimento até uma multinacional, revelando o caráter elástico e de fácil modulação desse tipo societário, e revelando a motivação dos empresários em constituí-la em detrimento de outros tipos societários.

5. REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Código Civil Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 22 de nov. de 2013.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Curso de Direito Comercial*. Vol 2. São Paulo: Saraiva 2012.

DE ALMEIDA, Amador Paes. *Manual das Sociedades Comerciais. Direito de Empresa*. 20. ed. São Paulo: Saraiva.

FORTES, José Carlos. Artigo. *A responsabilidade dos sócios na sociedade limitada*. Disponível em: <http://www.fas-tjob.com.br/consultoria/artigos_visualizar_ok_todos.asp?cd_artigo=214>. Acesso em: 22 de nov. de 2013.

Capítulo V

A responsabilidade civil do Estado por ato de preso foragido

Pedro Almeida de Souza

Estudante do 5º semestre da Graduação em Direito
da Faculdade Baiana de Direito e Gestão.

A responsabilidade civil do Estado por ato de preso foragido

Resumo: O presente artigo visa a discutir a responsabilidade civil do Estado em razão de ato praticado por preso foragido. Para tanto, será feita uma análise histórica do instituto da responsabilidade do Estado, que abrange as teorias já adotadas até o cenário atual da aplicação. Ademais, são examinadas mais detidamente as teorias da responsabilidade objetiva por omissão estatal e a da responsabilidade subjetiva do Estado.

Palavras-chave: Preso foragido. Conduta lesiva. Responsabilidade civil do Estado. Espécies.

Sumário: 1. Introdução — 2. A responsabilidade civil do estado — 3. Responsabilidade civil do Estado por ato omissivo: 3.1 A responsabilidade objetiva na omissão; 3.2 O contraponto: o princípio da reserva do possível; 3.3 A responsabilidade subjetiva na omissão; 3.3.1 A omissão genérica; 3.3.2 A omissão específica; 3.4 O nexo de causalidade nos atos omissivos — 3. A negligência na custódia de presos e a responsabilidade civil do Estado: 3.1 A repercussão da matéria e análise jurisprudencial — 4. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho vem no intuito de discutir a responsabilidade civil do Estado por ato de preso foragido. Para entender melhor o tema e adquirir uma visão ampla do assunto, é necessário fazer uma análise histórica do instituto, bem como do cenário atual da sua presente aplicação. É nesse viés que o primeiro capítulo busca fazer um exame da evolução da responsabilidade civil do Estado, passando pelo estudo de diversas teorias já adotadas, para enfim chegar ao cenário atual, discutindo inclusive, sua aplicação frente às entidades de estatais de natureza privada prestadoras de serviço público.

Mais à frente, a discussão toma um maior direcionamento, passando a analisar a responsabilidade da administração pública nos casos em que se faz presente na sua conduta: a omissão. É dessa maneira que, o segundo capítulo se divide, passando a analisar com uma maior dedicação a aplicação da teoria da responsabilidade objetiva na conduta omissiva estatal, bem como aqueles que a adotam e os que a rechaçam.

Fez-se necessário então, incluir um novo tópico, que trata do contraponto da aplicação da teoria objetiva: o muito avocado princípio da reserva do possível, realizando uma análise contextual do tema, destacando a sua importância e discutindo sua aplicação atual, bem como a função que vem desempenhando no cenário atual.

Chega-se finalmente ao exame da aplicação da teoria da responsabilidade civil subjetiva do Estado, apresentando a sua linha de raciocínio, bem como os elementos e requisitos que a compõem, alcançando a

análise da sua aplicação atual. Mostrou-se necessário, nesse momento, subdividir o tópico da teoria subjetiva, passando a analisar com mais afinco a espécie de omissão a ser analisada: omissão genérica ou específica, relacionando as teorias já discutidas com as espécies de omissão apresentadas.

No último subtópico, o estudo é voltado ao nexo de causalidade nos atos omissivos, levando em conta as três principais teorias que abarcam o tema, a sua importância na construção da imposição da responsabilidade e a sua aplicabilidade conforme o ordenamento jurídico.

O próximo capítulo transfere a discussão para um viés mais específico: a negligência na custódia dos presos e a responsabilidade civil do Estado, estudando suas diversas peculiaridades e implicações, buscando uma solução para o tema proposto.

O penúltimo capítulo dedica-se a discutir a análise jurisprudencial sobre o tema, fazendo uma “ponte” com o que até aqui fora discutido, propondo uma reflexão através das ideias propostas e analisando os julgados mais importantes sobre o tema, de modo a evidenciar o que se mostra mais razoável e o que, até então, passa a divergir do raciocínio que começa a se delinear na pesquisa.

Finalmente, no último capítulo, são dispostas as conclusões alcançadas na pesquisa realizada, levando em conta todos os fatores que foram detalhadamente discutidos conforme sua importância e influência sobre o tema, buscando sempre atingir uma forma de pensar lógica e razoável, elementos estes imprescindíveis no julgamento de casos controversos como este a que se passa a apresentar:

2. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Desde a época imperial, a legislação brasileira já prevê a reparação por danos causados a terceiros pelos seus agentes, seja por ato positivo ou omissivo. Enfrentamos então uma situação bastante controversa, onde o Estado, que tem como razão de ser a própria proteção do cidadão, individualmente, acaba por através de seus agentes, direta ou indiretamente, causar dano ao próprio sujeito, objeto de seu amparo.

Em primeira mão, não aparenta ser uma situação comum, mas é, devido às próprias características da administração pública, como o seu grau de complexidade e a sua abrangência, o seu gigantismo, intensificado na realidade brasileira devido a própria extensão territorial do país. Durante a evolução do nosso ordenamento a forma de regulamentar e entender a responsabilidade civil do estado mudou, surgindo, vigorando e perdendo força diversas teorias.

A primeira teoria que vigorou foi a da irresponsabilidade do Estado, onde o ordenamento já previa a responsabilização dos seus agentes por danos causados a terceiros, mas se isentava de qualquer incumbência indenizatória, ficando o ônus nas mãos do próprio agente ou funcionário. O Estado era aqui, a própria manifestação do Direito, não havendo nenhum sentido em ser responsabilizado por um dano causado a quem deveria proteger.

Essa teoria era adotada quando ainda existiam os Estados absolutistas, apoiando-se na soberania que era exercida pelo rei, o Estado possui uma autoridade indiscutível diante do seu súdito, realizando a própria tutela do direito, não podendo, dessa forma agir con-

tra ele mesmo. Daí brotam os princípios de que o rei não pode errar (*the king can do no wrong; Le roi ne peut mal faire*) e o que agrada o príncipe tem força de lei (*quod principi placuit habet legis vigorem*). Qualquer responsabilidade imputada à Coroa seria o mesmo que colocá-lo no mesmo patamar que o seu súdito, ideia inconcebível, e que desconsideraria a sua soberania¹.

Com o tempo essa teoria perdeu força, e com a decadência do regime absolutista, surgiram as teorias subjetivistas também conhecidas como civilistas, que tinham como foco a aplicação da responsabilidade estatal baseada no subjetivismo da conduta. Seguindo essa teoria, a responsabilidade do Estado se fundamenta na própria culpa do agente, exigindo, portanto, que haja um elemento anímico em sua conduta danosa.

A teoria civilista se desmembra em algumas teorias, como a teoria da culpa civilística, teoria da culpa administrativa e teoria da culpa anônima, apresentando, entre elas, mais destaque as duas últimas. A teoria da culpa administrativa passa a entender o agente público não mais como um representante do Estado, mas também como algo que constitui sua estrutura, um instrumento, que, gerando dano a outrem, automaticamente o faz em nome da administração. Vale salientar que, nesta ainda é exigido o elemento subjetivo, apesar de estar aqui, um pouco relativizado.

Com o surgimento da teoria da culpa administrativa, a responsabilidade do Estado deixa de ser indi-

1 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010, p.644.

reta (teoria da culpa civilística), passando a ser direta. Dessa maneira, é necessário que o agente particular comprove a ocorrência do dano, o comportamento do funcionário e o nexos de causalidade, entre esses, já que no entendimento desta corrente o agente público é considerado um instrumento do Estado, agindo por conta e em razão deste. É evidente, portanto, a influência da teoria organicista, cuja ótica vê o ato do funcionário como ato da administração².

Essa teoria engloba para muitos, a teoria da falta do serviço, ou “faute du service” que consiste na transferência do elemento subjetivo da “culpa do agente” para a “culpa do serviço”. Ou seja, a falta do serviço, quando este funciona mal ou simplesmente não funciona, causando dano ao cidadão, também configura a culpa administrativa, não sendo necessário que se prove o elemento subjetivo, mas simplesmente a falta, a ausência do serviço.

A culpa do serviço público ocorre quando : o serviço público não funcionou (ocorre uma omissão do Estado, uma ação negativa, de não fazer) ou quando o serviço funcionou atrasado ou funcionou mal. Em todas as três hipóteses expostas, ocorre a culpa (*faute*) do serviço ou acidente administrativo, sobre a qual recai a responsabilidade estatal independente de haver, na situação concreta, qualquer culpa do agente público³.

2 GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de Direito civil, volume: III: Responsabilidade civil/ Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho*. São Paulo: Saraiva, 2009, p.188.

3 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2008, p.646.

Nesse raciocínio, essa teoria possui o escopo de dar uma maior proteção a vítima, facilitando o conjunto probatório, permitindo que a responsabilidade passe da subjetiva situada no *locus* da culpa do agente, para a subjetiva focada agora na culpa do serviço. Dessa forma, a vítima não precisa apontar o agente, basta que demonstre a ocorrência de alguma das formas de culpa do serviço, ou seja, que o serviço não foi prestado quando deveria ter sido, ou foi prestado de forma ineficiente ou de forma malfeita, ou a prestação ocorreu com atraso quando deveria funcionar a tempo (*faute du service*), também chamada de culpa anônima⁴.

Na esfera da teoria subjetiva surge ainda a teoria da culpa anônima ou impessoal, que possui como escopo diminuir a dificuldade de provar a origem do dano por parte do sujeito lesado, de modo que, não seria necessário provar quem foi o causador do dano, mas apenas que aquela lesão foi oriunda da atividade pública. Observa-se aqui que as teorias subjetivas vão perdendo força, onde seus respectivos elementos começam a se descaracterizar, dando espaço para outros, de cunho cada vez mais objetivo.

Isso é decorrente da própria organização do Estado, considerando o gigantismo do aparelho estatal e a pequenez do particular, onde este se encontrava quase sempre em uma situação de hipossuficiência probatória, onde só conseguia provar, objetivamente, o dano e a situação do serviço, decorrente do seu mau funcionamento, não funcionamento ou funcionamen-

4 MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. Niterói: Impetus, 2011, p.936.

to tardio, causados pelo agente público⁵. Nesse sentido, leciona o autor Ricardo Hoyos Duque, *in verbis*:

“Concebida en términos recriminatorios, solo podía afirmarse frente a las actuaciones em que el agente se individualiza, quedando así amparados por uma especie de impunidade los daños ocasionados cuyo origen era incierto o al cual contribuían múltiples factores.”

As teorias subjetivas se mostraram insuficientes, já que acabavam por muitas vezes, a criar um enorme encargo probatório para o sujeito que sofreu dano, gerando uma grande dificuldade para que se restasse constituído processualmente a conduta culposa, impossibilitando uma indenização por parte do Estado.

Passaram a ganhar força então as teorias objetivas, onde passou a ser desnecessária a existência do elemento anímico para configurar a responsabilidade estatal, onde basta a ocorrência do fato danoso para a imputação da responsabilidade pelo devido ressarcimento, não sendo imprescindível a comprovação da culpa por parte da administração para provar a existência do dano, e o conseqüente compromisso indenizatório com o lesado.

Por sua vez, divide-se esta em três teorias de relevância para o estudo da matéria, quais sejam: Teoria do risco administrativo, teoria do risco integral e teoria do risco social. A teoria do risco administrativo sustenta que o Estado no decorrer das suas atividades, acaba, no seu exercício, gerando risco à comunidade pela própria natureza daquelas, sendo a elas

5 BAHIA, Saulo José Casali. *Responsabilidade Civil do Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p.25.

inerente, passando a administração como representante da própria população, a suportar os danos que de sua atividade decorrem. Não é necessário que haja qualquer tipo de elemento anímico para que seja configurada a responsabilidade, sendo esta decorrente apenas do dano causado pelo órgão administrativo. Aqui a obrigação de indenizar o dano surge em razão do simples fato lesivo causado por ela.

A ideia trazida pela teoria do risco administrativo prossegue no intuito de promover uma maior divisão da responsabilidade, e uma maior distribuição dos prejuízos entre os membros da sociedade, surgindo, dessa maneira, a obrigação de reparar o dano quando da simples comprovação da ocorrência do ato lesivo, sem haver a necessidade de provar a falta do serviço ou a culpa do agente⁶.

Na teoria do risco administrativo, a culpa é substituída pelo nexu causal entre a deficiência na prestação do serviço e o prejuízo sofrido pelo cidadão. Assim sendo, não importa que o serviço prestado pelo Estado tenha funcionado bem ou mal, regular ou irregular. Mas constituem elementos essenciais para a configuração da responsabilidade objetiva do Estado (a) que seja praticado ato ilícito ou lícito pelo agente público, (b) que resulte dano ou prejuízo, (c) que haja nexu de causalidade entre o ato do agente público e o dano sofrido pela vítima⁷.

6 GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de Direito civil, volume: III: Responsabilidade civil/ Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho*. São Paulo: Saraiva, 2009, p.193.

7 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2008, p.646.

Outra teoria objetiva de grande relevância é a do risco integral, consistindo em um modelo extremo da teoria do risco administrativo, onde há uma concentração completa por parte da administração no sentido de indenizar todo e qualquer dano causado a terceiros, mesmo que causado com culpa ou dolo da vítima. O Estado seria o garantidor de todas as causas existentes, excluindo elementos necessários para a configuração da teoria do risco administrativo, como: a atividade ser de natureza pública, o nexo de causalidade entre o dano e a atividade, bem como admite a responsabilização mesmo em casos de culpa ou dolo do lesado.

Na adoção dessa teoria pelo Estado, este passaria a reconhecer a existência da responsabilidade civil em qualquer situação, desde que estejam preenchidos os três requisitos essenciais para a constituição do dever de reparar, desprezando-se quaisquer excludentes de responsabilidade, assumindo, portanto a Administração todo o risco que decorre da sua atuação⁸. Toma para si toda a responsabilidade dos eventos danosos que da sua atuação despontarem.

Por último, vem a teoria do risco social, que possui como diretriz a harmonia e a estabilidade da sociedade, onde ficará o Estado obrigado a indenizar as situações em que gerar uma quebra desse equilíbrio social, gerando o dever de reparação.

O fundamento da teoria do risco social brota da própria noção da atividade finalística da administração pública, quais sejam, o dever de cuidar da harmonia e

8 GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de Direito civil, volume: III: Responsabilidade civil/ Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho*. São Paulo: Saraiva, 2009, p.193

da estabilidade social. Logo, se estes constituem deveres da administração, e o dano provém do rompimento desta harmonia e estabilidade, surge o dever de indenizar do Estado. Baseia-se, do mesmo modo, na ideia de socializar para garantir e compensar, e não mais na ideia de individualizar para reprimir e compensar⁹.

Contempladas as fases de evolução da responsabilidade e suas teorias mais importantes, cumpre analisar o regime atual, que vigora em nosso ordenamento. A teoria adotada pela Constituição Federal de 88 em seu art. 37, §6º, foi a teoria objetiva, englobando tanto as pessoas jurídicas de direito público como as pessoas jurídicas de direito privado que prestam serviços públicos, *in verbis*:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos poderes da união, dos estados, do distrito federal e dos municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

§6º. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

O §6º estabelece a regra geral de responsabilidade civil do Estado, de forma que será indenizado o sujeito lesado quando sofrer dano causado por agente público, e vale aqui frisar, a Constituição inovou já que substituiu o termo “funcionário”, possuindo ago-

9 BAHIA, Saulo José Casali. *Responsabilidade Civil do Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p.93

ra uma abrangência muito maior, no sentido de ser agente público “aquele que atua naquela circunstância em nome do Estado”, como também assegura o direito de regresso do Estado contra o causador do dano, nesse caso o próprio agente, nos casos de verificados dolo ou culpa.

Adotou o ordenamento brasileiro a regra que mais favorece o sujeito lesado, na sua grande maioria o cidadão comum, que acaba sendo privado de seus direitos de forma injusta devido à negligência e ao abuso praticado na gestão governamental, produzindo o dever de indenizar o sujeito na sua dimensão material como também em seu aspecto moral, tentando minimizar o dano, causado pelo descomedimento e desmazelo da sua própria atuação.

Nesse sentido, Fernanda Marinela traz a ideia de que a atuação estatal é imperativa, ou seja, não há como recusá-la, sendo impossível afastar a sua atividade, porque age de forma independente. Assim sendo, já que os administrados ficam vinculados à sua atuação e a ela devem se submeter, é justo que, para esse indivíduo que se encontra impotente diante da ação do aparelho estatal, seja atribuído um tratamento diferenciado, promovendo uma maior proteção para os indivíduos, frente ao amplo poder do Estado, que deve ser submetido a um regime de maior fiscalização, rigor e responsabilização dos seus atos.¹⁰

A esse respeito, bastante elucidativa é a afirmação de José Joaquim Gomes Canotilho, *in verbis*:

10 MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. Niterói: Impetus, 2011, p.933/934.

“conquista lenta, mas decisiva do Estado de Direito, a responsabilidade estadual é, ela mesma, instrumento de legalidade. É instrumento de legalidade, não apenas no sentido de assegurar a conformidade ao direito dos atos estaduais: a indenização por sacrifícios autoritariamente impostos cumpre outra função ineliminável no Estado de Direito Material — a realização da justiça material”.

Afirma o autor Yussef Said Cahali, que a regra da responsabilidade objetiva, constitucional, necessita apenas da verificação do nexu causal entre o procedimento comissivo ou omissivo da administração pública e o dano produzido como consequência¹¹.

Inovou também a Constituição ao incluir as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos no regime de responsabilidade objetiva, atribuindo a estas o mesmo regimento das pessoas jurídicas de direito público, de forma que dentro das referidas circunstâncias respondem igualmente de forma objetiva em face do terceiro lesado.

As regras atribuídas pelo diploma constitucional e pelo código civil não possuem aplicabilidade absoluta, de forma que serão excluídos das hipóteses de responsabilidade: os casos fortuitos e de força maior, como também os atos de culpa exclusiva da vítima e de terceiro. Em relação aos casos fortuitos, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não estabelece diferença com os de força maior, mas os consideram como causas excludentes de responsabilidade. Do mesmo modo, o dano emanado por ato de culpa

11 CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 2ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p. 40

exclusiva da vítima ou de terceiro não gera a responsabilidade, por que se o fizesse, adotaria o nosso sistema não a teoria da responsabilidade civil objetiva baseada na teoria do risco administrativo, mas sim a teoria do risco integral, que acaba por configurar um agigantamento incoerente da responsabilidade.

Destaca Felipe Braga Neto que o atual diploma constitucional de 1988, inovou na matéria da responsabilidade civil do Estado, trazendo atualmente previsão explícita no seu artigo 37, §6º, que as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público respondem objetivamente pelos danos que causarem. Nas Constituições anteriores não havia essa previsão, portanto, só eram englobadas no regime de responsabilidade as pessoas jurídicas de direito público¹². Essa mudança foi de extrema importância, já que abarcou diversas situações em que o serviço prestado pela pessoa jurídica de direito privado era de natureza pública, mas os danos que esta causava não eram passíveis de responsabilização do Estado, dificultando, dessa maneira, o acesso da vítima à indenização, bem como, implicava em uma menor fiscalização da atividade dessas empresas prestadoras de serviço público, pelo próprio ente estatal.

Ainda nesse tema, Sérgio Cavalieri afirma que as pessoas jurídicas de direito público, a empresa pública, a economia mista e os concessionários, permissionários e autorizatários de serviços públicos estão sujeitos, da mesma forma, ao regime de responsabilidade civil, não havendo mais espaço para dúvidas

12 BRAGA NETO, Felipe P. *Manual de Responsabilidade Civil do Estado*. Salvador: Juspodivm, 2012, p.133.

acerca do tema¹³, já que estes, na sua atuação, representam o próprio ente estatal, que, durante o seu exercício político, resolveu por delegar uma função que originariamente era sua, transferindo o seu exercício à pessoa jurídica de direito privado.

Ainda o autor, defende que essas pessoas jurídicas de natureza privada que assumem a função de realizar o serviço público, respondem elas mesmas pelos danos que vierem a causar aos administrados, com o seu patrimônio¹⁴. Não seria justo, consequentemente, que o Estado respondesse com os seus recursos em primeira mão, porque a pessoa jurídica de direito privado optou por prestar aqueles serviços, assumindo os riscos que da sua atividade pública emanam, para através da sua realização, obter lucro. Todavia, se escassos os recursos da pessoa jurídica de direito privado, para que haja uma maior proteção, e que seja garantido à vítima o acesso à indenização devida, o Estado responde subsidiariamente pelo dano causado, para assegurar ao particular a realização do seu direito à reparação.

Conclui-se, portanto, que responde o Estado apenas subsidiariamente no que concerne à responsabilidade civil de pessoa jurídica de direito privado, responsabilizando esta com seus recursos em primeiro plano, a fim de reparar o dano, utilizando os recursos públicos para a reparação apenas em último caso, quando da insolvência do ente privado, que fazia jus à sua função.

13 CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2008, p.243.

14 CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 244.

Nesse sentido ainda Sérgio Cavalieri, sustentando que, se a administração pública escolhe mal aquele ente privado que vai prestar o serviço público, deverá responder subsidiariamente pelo dano que este causou, quando este se tornar insolvente, não podendo o Estado se eximir completamente da responsabilização pelos prejuízos causados aos seus administrados, mesmo que indiretamente¹⁵.

Ainda o citado autor, propõe que alguns autores levantaram-se, ainda sob o império do regime anterior, no sentido de ser estendida a responsabilidade objetiva às pessoas jurídicas de direito privado, participantes da administração pública, quer como integrantes da administração indireta, quer como concessionários ou permissionários de serviços públicos. E a justificativa para a extensão era de uma lógica elementar: quem tem o bônus deve suportar o ônus. Aquele que participa da administração pública, que presta serviços públicos, usufruindo os benefícios dessa atividade, deve suportar os seus riscos, deve responder em igualdade de condição com o Estado em nome de quem atua¹⁶.

3. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATO OMISSIVO

Até aqui a matéria é pacífica, mas, quando entramos na discussão sobre a responsabilidade civil do Estado em se tratando de ato omissivo, negativo, por

15 CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2008, p.246.

16 CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2008, p.243.

parte da administração, as controvérsias aparecem em maior número, bem como, mudam se as perspectivas da maneira de pensar a disciplina.

A omissão estatal de configura quando há uma falta da conduta, uma ausência da conduta positiva, da prestação do serviço público ou uma má prestação quando era essencial, indispensável em determinada situação. Seguindo o raciocínio, responsabilizar-se-á a administração quando desse cenário ocorrer dano a terceiro, havendo necessidade da sua atuação, falhando no seu dever com o administrado.

O autor Felipe Braga Neto, ao analisar a responsabilidade do Estado quando este incorre em ato omissivo, propõe a seguinte reflexão: “As perguntas que o julgador deve se fazer são as seguintes: o que causou o dano? O Estado tinha o dever de evitá-lo? A ação do Estado foi proporcional e adequada? O Estado desempenhou com razoabilidade o seu papel de garantidor dos direitos fundamentais no caso concreto?”¹⁷

Como já analisado no capítulo anterior, para a conformação da responsabilidade objetiva, basta que haja a prova do dano e do nexos de causalidade, entre a conduta e o incidente danoso, encontrando-se, nos atos comissivos (positivos), facilmente comprovados. Contudo, diante de ato omissivo, na maioria das vezes é tarefa árdua conseguir provar o nexos causal do ato omissivo com o evento danoso, porque em geral, esta não possui um nexos direto com o fato lesivo, ficando, portanto a análise da existência do vínculo subordinado a teoria da causalidade adotada pelo magistra-

17 BRAGA NETO, Felipe P. *Manual de Responsabilidade Civil do Estado*. Salvador: Juspodivm, 2012, p.165.

do, seja a Teoria da equivalência dos antecedentes, a Teoria da causalidade adequada ou a teoria da ruptura do nexa causal. Estas, trataremos mais adiante.

Diante dessas considerações, é mister responder se o Estado pode ser responsabilizado de forma objetiva por seus atos omissivos que causam danos à sociedade tanto direta como também indiretamente, e se não, de que forma deverá ser feito esse processo de responsabilização.

É necessário analisar o evento não apenas da ótica passiva, mas também pelo polo ativo (que nesse caso é formado por uma omissão completa ou parcial) sempre levando em consideração o caso concreto, não havendo, pois, uma regra de aplicabilidade absoluta na matéria, presentes tamanhas divergências.

Devido à própria lacuna normativa concernente ao tema, a posição doutrinária se divide em duas correntes: a corrente civilista e a administrativista. A corrente civilista defende primordialmente a aplicação da responsabilidade objetiva quando da ocorrência de dano proveniente de omissão do agente estatal, apesar de ocorrerem algumas divergências, que veremos mais a frente. Já a vertente administrativista tende a defender o regime de aplicação subjetivo, guardadas certas ressalvas e preenchidos determinados requisitos, que trataremos no tópico: a responsabilidade subjetiva na omissão.

3.1. A responsabilidade objetiva na omissão

Retomando a construção do raciocínio, a responsabilidade objetiva é tida como regra para responsabilização civil do Estado, fixado no próprio art.43

§6º da Constituição, como vimos anteriormente, não tratando, entretanto, especificamente dos atos omissivos, deixando um espaço em branco, um lapso no tocante à sua prática.

Sobre a responsabilidade objetiva, ensina o autor Celso Antônio Bandeira de Mello, que consiste na incumbência indenizatória a alguém, em razão da prática de ato lícito ou ilícito, que veio a produzir dano ou prejuízo na esfera juridicamente protegida de outrem. Para que seja configurada, é apenas necessária a comprovação do nexo de causalidade entre o comportamento e o dano causado¹⁸.

A responsabilidade objetiva aplicada nos casos de omissão é defendida por excelência pela teoria civilista, já que seria aplicado o art. 43, §º6, tanto para os atos comissivos como também para os omissivos, restando apenas necessário para o terceiro atingido, provar a existência da ação ou omissão do agente no exercício das suas funções, e também a efetividade do dano. Essa corrente consegue alcançar determinadas situações em que o lesado fica praticamente impossibilitado de provar a ocorrência da culpa do agente provocador do fato danoso. Ficaria então, a administração pública com o encargo de provar que o seu agente não agiu com culpa, ou apresentar algum fato que afaste a sua responsabilidade, já que a relação é de administrador-administrado, sendo este último vulnerável em relação a aquele.

Fernanda Marinela assevera que o tema se apresenta de maneira divergente, admitindo que há, em grande

18 MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p.1014.

parte, a adoção da teoria subjetiva, mas que já é possível observar em diversos julgados, a adoção da teoria objetiva quando há dano proveniente de ato omissivo estatal, ainda que de forma minoritária, para garantir uma maior proteção à vítima. É visível, portanto, que há certa mutabilidade no tema, que varia de acordo com o caso concreto¹⁹.

Essa vertente proporciona para o cidadão uma maior proteção, já que basta provar a existência do dano e o ato omissivo do agente no exercício da sua função, gerando, dessa maneira, a obrigação indenizatória por parte do Estado. Fundamenta seu pensamento no Código Civil de 2002, em seu art. 43, que reafirma o diploma normativo constitucional, admitindo a análise do elemento anímico, ou seja, a culpa, apenas no concernente à ação regressiva do Estado em face do agente, sendo necessário para isso o dolo ou a culpa: “As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo”.

O Autor Sérgio Cavalieri Filho, ainda dentro da teoria civilista, diverge em sua forma de pensar sobre o presente tópico, de forma minoritária, trazendo uma maneira peculiar de entender a responsabilidade. Para o citado autor, primeiramente deve-se analisar que tipo de omissão ocorreu no caso concreto, abstrata ou específica, ou seja, vincula o regime de responsabilidade à natureza da omissão praticada pelo

19 MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. Niterói: Impetus, 2011, p.944.

Estado. Esclarecendo: omissão abstrata ou genérica seria aquela em que o Estado não possui um dever individualizado de agir, sendo nesse caso, segundo Cavalieri, aplicada a responsabilidade subjetiva, e a omissão específica, em que há um dever de agir intrínseco, devendo ser aplicada a responsabilidade objetiva²⁰. Trataremos das duas espécies de omissão mais à frente.

Entretanto, a vertente adotada por Cavalieri não logrou êxito, pois, analisando com cuidado o discutido tema, observa-se que a própria responsabilidade por ato de omissão específica também se baseia na culpa, no elemento anímico, exemplificando: Um policial que assiste a uma cena de roubo com plenas condições de impedi-la e não o faz, possui em sua conduta o elemento da culpabilidade. Disso, no que toca à responsabilidade por ocorrência de dano proveniente de omissão específica, trataremos mais profundamente, adiante.

Concluindo, a corrente civilista da responsabilidade civil do Estado amplia as possibilidades de reparação para o terceiro, abarcando situações em que há dificuldade, hipossuficiência probatória do administrado frente a máquina estatal.

O grande opositor da aplicação da responsabilidade civil objetiva do Estado, por ato omissivo, o seu relutante rival, consiste na limitação dos recursos da administração, o princípio da reserva do possível. Dessa forma, não é possível abarcar na aplicação da

20 CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2008, p.240.

teoria objetiva sem antes, analisar a sua real possibilidade de efetividade, contemplando cegamente qualquer dano resultante de omissão como objeto de indenização, tendo como limites o próprio erário público e a atividade judiciária dentro dos limites da tripartição de poderes. É o que tratamos agora.

4.2. O contraponto: o princípio da reserva do possível

O princípio da reserva do possível é aquele que condiciona o direito do indivíduo, sua efetividade, à reserva do que é financeiramente possível ao Estado, onde o cidadão só poderia exigir aquilo que razoavelmente se pudesse esperar da tutela do poder público. Fica evidente até aqui, a necessidade de analisar o tema a partir da ótica dos recursos públicos, tendo em conta o grau de amplitude de reparação que o critério da responsabilidade civil objetiva do Estado preconiza em sua estrutura.

Nesse espírito, os autores Stephen Holmes e Cass R. Sustein ensinam que a teoria do direito, em seu âmbito teórico, se espera capturar o caminho para denunciar a atual estrutura de regime de direitos e comportamentos, deveria levar em conta a seguinte realidade. Tribunais que decidem sobre a aplicabilidade de reivindicações de direitos em casos específicos, também vão raciocinar de forma mais inteligente e transparente, se eles reconhecem abertamente que os custos afetam o escopo, a intensidade e consistência dos direitos de execução²¹ (tradução livre).

21 HOLMES, Stephen & SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights: Why liberty depends on taxes*. New York, Norton & Co., 1999, p.9. "Theory of rights, If it hopes to capture the way a rights regime structure and governs actual behavior, should take this reality into ac-

Em se tratando da reparação do dano como uma prestação positiva do Estado, nesse caso, em uma larga dimensão, temos conflitos por recursos escassos²². Entendendo o sentido da palavra “escassez” como recursos “finitos”, temos que a necessidade da reparação se coloca em uma posição de confronto com a realização de outros direitos, inclusive os direitos sociais e fundamentais, que provêm em sua maioria, da realização dos programas governamentais, também dependentes dos recursos públicos.

Abre-se espaço então, principalmente no contexto social e político do Brasil, para uma análise e um discurso político do contexto do país, já que existe não uma falta evidente de recursos, mas sim uma grande deficiência na gestão dos mesmos, uma má alocação do capital, além dos diversos problemas relativos à corrupção e desvio de verbas. Resta configurado então, um cenário em que o poder executivo não dirige o patrimônio de maneira coerente e justa, bem como, concorre a isto um poder legislativo omissivo, remanescendo ao poder judiciário um papel que não lhe é peculiar: o de tentar, na medida do possível, relocar os recursos da melhor maneira possível, sem, contudo, invadir demasiadamente o princípio da tripartição dos poderes.

Nessa mesma lógica, o autor Gustavo Amaral afirma que falar da existência de um desequilíbrio entre

count. Courts that decide on the enforceability of rights claims in specific cases will also reason more intelligently and transparently if they candidly acknowledge the costs affect the scope, intensity, and consistency of rights enforcement”.

22 AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro, Renovar, 2001, p.130.

o que se gasta, e os recursos disponíveis, ou seja, que se gasta muito e que se angaria muito pouco, é uma maneira mais sutil de dizer que milhares, talvez milhões de pessoas sejam privadas de serviços básicos essenciais, não por carência de recursos, mas por sua má alocação²³.

Como consequência, forma-se então o que se denomina: fenômeno da judicialização da política, onde o poder judiciário acaba, mesmo que indiretamente, fazendo “as vezes” do poder executivo. Retornando para o foco da discussão, torna-se difícil admitir, diante do contexto apresentado, que haja sucesso na aplicação da responsabilidade civil objetiva quando da omissão estatal, exclusivamente, fazendo-se imperativo que se encontre um equilíbrio, para que a demanda, que vem da necessidade de reparar os danos causados, não passe a comprometer ainda mais uma estrutura que já se encontra deteriorada.

Seguindo a construção do raciocínio, não deve, entretanto, a exposta situação fática, acarretar em um fundamento para a evasão do Estado no cumprimento dos seus deveres, que são em sua maioria, sua própria razão de ser. O contexto político, bem como a reserva do possível, são fragmentos que possuem elevada relevância, não podendo, todavia, constituir justificativa para a não observância do regime aplicado e adotado pelo ordenamento.

Nessa perspectiva, o autor Anderson Schreiber afirma existir, quando há uma análise da perspectiva

23 AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro, Renovar, 2001, p.184.

econômica da aplicação e efetivação de determinados direitos, uma inversão da lógica constitucional, como se vê em determinados casos, em que as cortes invocam como motivo para indeferir demandas indenizatórias, o risco para “o funcionamento da máquina da justiça”. É negada a devida reparação de um dano, sob o argumento de que o deferimento da obrigação indenizatória estimularia pedidos semelhantes, que acabariam por inundar os tribunais e prejudicar a prestação jurisdicional²⁴. É através dessa lógica que se deve entender a aplicação do princípio da reserva do possível, não podendo esta, servir de “desculpa” para o Estado se eximir de demandas reparatórias que lhe eram atribuídas. Ainda o autor, sobre o tema, afirma haver uma subversão completa, na proporção em que a falta de recursos para a tutela de direitos existenciais, acaba sendo empregado como fundamento para excluir a responsabilidade indenizatória do Estado²⁵.

A reserva do possível não constitui, portanto, argumento que destitui a responsabilidade do Estado, mas deve servir como contraponto para o poder judiciário na aplicação do regime de responsabilidade, bem como na interpretação frente ao caso concreto, servindo como elemento de ponderação para que se busque o equilíbrio nas suas decisões. O princípio não deve afastar a responsabilidade, mas atuar em favor do próprio interesse público, já que é presente a necessidade de gerir os recursos da forma mais in-

24 SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 128.

25 SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 128.

teligente possível, para que não haja uma sobrecarga desnecessária no aparelho estatal, provocando um indesejado desequilíbrio. Deve atuar no sentido de auxiliar na adequação da decisão do magistrado, que deve sempre buscar o caminho mais barato e eficaz para a solução dos conflitos, sem perder de vista, dessa forma, o interesse público, para que não ocorram julgamentos descomedidos.

Concluindo o raciocínio, a autora Fernanda Marinela sustenta que o Estado não pode se isentar das suas obrigações alegando o princípio da reserva do possível, até porque, diga-se, o mínimo existencial, condição de sobrevivência do ser humano, tem que ser prestado, não havendo, para o poder público, possibilidade de se eximir do seu cumprimento. Além disso, é obrigação do Estado ampliar a disponibilidade orçamentária para viabilizar a ampliação de seus serviços, buscando a efetivação dos direitos que aos cidadãos são constitucionalmente garantidos²⁶.

4.3. A responsabilidade subjetiva na omissão

Depois de uma análise geral sobre o princípio da reserva do possível e sua influência sobre a discussão acerca da responsabilidade civil do Estado, entramos finalmente no estudo da teoria defendida pela corrente administrativista, que se opõe à vertente civilista, ao pregar o regime da responsabilidade civil subjetiva, para os eventos nas quais ocorreu omissão da administração pública. Como vem sendo demonstrado, não se trata de tema pacífico, promovendo grande de-

26 MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. Niterói: Impetus, 2011, p.946.

safo ao enfrentar a matéria, onde ocorre uma divergência tanto nas fontes doutrinária e jurisprudencial. O autor Felipe Braga Neto, admite que ambas as correntes são respeitáveis e possuem bons argumentos, todavia, não constitui questão pacífica²⁷.

A doutrina administrativista ganhou mais força nos últimos anos, passando a ser a mais adotada, aplicando, segundo essa linha, a responsabilidade objetiva para as ações estatais (ações positivas) e a subjetiva no caso das omissões, passando, como já vimos anteriormente, o encargo probatório para o terceiro lesado, o qual se incumbirá de provar o dolo ou a culpa do agente estatal.

Neste ponto, é pertinente a análise de Celso Antônio Bandeira de Mello, que afirma ser na responsabilidade por atos omissivos do Estado, a análise oposta à que deve ser feita no exame da responsabilidade do Estado por atos comissivos. Nos casos de omissão, a responsabilidade não é decidida pelo ângulo passivo da relação (a do lesado em sua esfera juridicamente protegida), mas pelo polo ativo da relação. São, portanto, os elementos que caracterizam a omissão estatal que indicarão se há ou não a responsabilidade do ente pelo dano causado²⁸.

Percebe-se que há, assim sendo, uma tendência inversa, já que o caminho que vem sendo trilhado pelo próprio ordenamento de uma maneira global é o da maior proteção ao cidadão, diminuindo, daquela ma-

27 BRAGA NETO, Felipe P. *Manual de Responsabilidade Civil do Estado*. Salvador: Juspodivm, 2012, p.160.

28 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2011, p.1024.

neira, a possibilidade e a expectativa da compensação. É nesse mesmo curso, que o autor Felipe Braga Neto, sustenta que da análise do direito comparado dos países ocidentais, há uma clara tendência de transferência da responsabilidade subjetiva para a objetiva, esse é o sentido da evolução, em âmbito global. Entretanto, no Brasil, vivemos um fenômeno distinto. Percebe-se uma tendência inversa aquela que se vê nos outros países, porque, na responsabilidade do Estado por ato omissivo, vem sendo adotada, com maior frequência, o regime de responsabilidade subjetiva²⁹.

Na responsabilidade civil subjetiva do Estado, fica condicionado o direito de reparação à prova da culpa lato sensu do agente público pela omissão que causou dano a terceiro. É entendida, pela maioria doutrinária, como a regra geral da responsabilidade civil do Estado por omissão, no nosso ordenamento. É a partir daqui que há um maior aprofundamento relativo à categoria de omissão que ocorreu, o que trataremos mais adiante nos tópicos: omissão genérica e omissão específica.

Portanto, em se tratando de ato omissivo, embora haja uma divisão entre as correntes da responsabilidade subjetiva e objetiva, prevalece hoje a aplicação da teoria subjetiva, apenas havendo indenização quando da ocorrência de culpa.

Ainda o autor, Felipe Braga Neto, esclarece que em casos de omissão estatal, boa parte da jurisprudência vem exigindo a prova da culpa para a atribuição da

29 BRAGA NETO, Felipe P. *Manual de Responsabilidade Civil do Estado*. Salvador: Juspodivm, 2012, p.160.

responsabilidade. Consequentemente, ficaria o regime de responsabilidade objetiva restrito apenas às ações estatais, enquanto as omissões ficariam regidas pela responsabilidade subjetiva. Na análise prática dos julgados, entretanto, não há tanta diferença prática, visto que, quase sempre a culpa estatal está presente³⁰.

Entretanto, os próprios doutrinadores administrativistas, trazem algumas exceções para a aplicação da teoria subjetiva, admitindo o uso da responsabilização objetiva como fonte para reparação, em dois casos: quando há uma previsão expressa do ordenamento, e quando as próprias circunstâncias exigirem do Estado uma maior atuação, uma conduta mais rigorosa na fiscalização e prevenção de determinados danos. Neste sentido:

Mesmo, porém, no STJ — onde atualmente prevalece a responsabilidade subjetiva na omissão estatal —, em certos casos relativiza-se a tese da responsabilidade subjetiva, admitindo-se a aplicação da responsabilidade objetiva em determinadas situações: “Ordinariamente, a responsabilidade civil do Estado, por omissão, é subjetiva ou por culpa, regime comum ou geral esse que, assentado no art. 37 da Constituição Federal, enfrenta duas exceções principais. Primeiro, quando a responsabilização objetiva do ente público decorre de expressa previsão legal, em microsistema especial. Segundo quando as circunstâncias indicam a presença de standard ou dever de ação estatal mais rigoroso do que aquele que jorra, segundo a interpretação doutrinária e jurisprudencial, do texto constitucional, precisa-

30 BRAGA NETO, Felipe P. *Manual de Responsabilidade Civil do Estado*. Salvador: Juspodivm, 2012, p.7

mente a hipótese da salvaguarda da saúde pública. (STJ, Resp 1236863 min. Herman Benjamin, 2 T, DJ 27/02/2012). BRAGA NETO (2012, p.161).

Neste mesmo raciocínio, Celso Antônio Bandeira de Mello sustenta que quando o dano provém da omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) aplica-se a responsabilidade subjetiva. Portanto, se o Estado não agiu, como pode ser responsabilizado por um dano na qual não foi autor? Só caberá então a sua responsabilização se houver dever legal que o obrigue a impedir o evento lesivo, pois incorrerá em descumprimento de dispositivo legal³¹.

Portanto, o dever de indenização brota do comportamento ilícito praticado pela administração pública, devendo ser analisado o presente tema à luz do artigo 186 do Código Civil de 2002: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Fica demonstrado, de forma clara, que: da omissão tanto por negligência, imperícia ou imprudência (elemento culposo), estará configurado ato ilícito se violar direito e causar dano a outrem. Não há, portanto, razão em restringir o dever de reparação a apenas omissão quando da expressa previsão legal de exigência da conduta positiva, mas sim aplicar o proposto artigo previsto pelo diploma civil vigente, surgindo o dever de indenizar quando o dano decorre de ato ilícito, sendo este interpretado e aplicado conforme a decisão do legislador. Dessa forma:

31 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2011, p.1021.

É neste mesmo raciocínio, que afirma o autor Celso Antonio Bandeira de Mello, que, a responsabilidade do ente estatal por omissão, será sempre responsabilidade por ato ilícito. Dessa forma, se decorre sempre de ato ilícito, será aplicada a responsabilidade subjetiva, porque não há conduta ilícita do Estado que não provenha de negligência, imprudência ou imperícia (culpa), ou por propositadamente violar norma que o obrigava (comportamento doloso). Constituem como exposto, elementos que configuram a responsabilidade subjetiva (culpa e dolo). Conclui-se ser necessário que o Estado haja incorrido em ilicitude, por não ter impedido o dano (na qual era expressamente obrigado), ou por haver sido insuficiente ao fazê-lo, em razão de comportamento inferior ao que a lei exige³².

Parte-se aqui da ideia de que o Estado não pode estar em todos os lugares ao mesmo tempo, fiscalizando a tudo e a todos, pela própria inviabilidade fática desta possibilidade como também da limitação de recursos da administração, visto que é necessário então que haja a comprovação do elemento culposo presente na omissão do agente, ou se trate de um dos casos de exclusão da aplicação da responsabilidade subjetiva: a necessidade da atuação do Estado devido às circunstâncias do fato ou expressa previsão legal, para que seja constituída a responsabilidade de indenização da administração perante terceiro.

É necessário analisar mais profundamente do mesmo modo, as circunstâncias que exigem do Estado uma maior atuação, que acabam por ensejar, como ponde-

32 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2011, p.1021.

rado, uma maior responsabilidade, sendo inevitável recorrer ao estudo dos dois principais tipos de omissão que são praticadas, a omissão genérica e a específica.

4.3.1. A omissão genérica ou abstrata

A omissão genérica é aquela em que o Estado não possui um dever direto de impedir a ocorrência do dano, ou seja, a inércia da administração não é causa direta e imediata da lesão, exemplificando: se um motorista embriagado atropela e mata um pedestre, o Estado não deve ser responsabilizado pelo dano, já que consiste em um dano causado por culpa exclusiva de terceiro. Não obstante, se o aludido motorista passa por uma entidade de trânsito e esta se abstém de impedi-lo, aí restará configurada a responsabilidade da administração já que havia um dever concreto de agir (omissão específica, que será estudada no próximo tópico).

Dessa maneira, não há como responsabilizar o Estado por todas as perdas, estragos e degenerações sofridas durante o decurso da vida das pessoas, devendo ser aplicada, para as omissões de natureza genérica, a responsabilidade subjetiva.

Mostra-se pertinente, nesse tema, a afirmação de José dos Santos Carvalho Filho, de que surgem, de forma mais frequente, opiniões que defendem a responsabilização integral do Estado pelas omissões genéricas que por ele são praticadas. Tornam-se mais usuais na medida em que o poder público se mostra ineficiente para atender as demandas sociais, deixando de lado a realização de direitos de natureza existencial, constitucionalmente garantidos. A solução, todavia, não deve ter “ranços de passionalismo”, mas,

deve ser tratada através da ótica política e jurídica. O Estado é omissivo em relação ao cumprimento de diversos deveres genéricos: há carências nos setores de educação, saúde, segurança, habitação, etc. Porém, o atendimento dessas demandas sociais depende da implementação de políticas públicas, para as quais nem sempre o Estado possui verbas disponíveis (ou as possui, mas, as utilizam de maneira errada e diversas vezes ilegal). Essas omissões, por serem genéricas, não ensejam a responsabilidade civil do Estado, mas sim, a responsabilização política de seus dirigentes. Não se revela incompreensível tal indignação, já que são tantas as artimanhas praticadas pelo poder público na sua administração, gerando uma enorme impaciência frente às referidas lacunas. Compreende-se a indignação, mas o fato não conduz a que o Estado tenha que indenizar toda a sociedade pelas carências que ela apresenta. “Deve, pois, separar-se o sentimento emocional das soluções jurídicas: são estas que o direito contempla”³³.

4.3.2. A omissão específica ou concreta

A omissão específica é aquela em que o próprio Estado deu causa direta ao evento danoso, devido à sua atuação negativa, omissiva, havendo um dever individualizado de agir para evitar que ele ocorra. Dessa forma, trazendo novamente o exemplo do motorista embriagado, a abstenção diante do dever concreto de agir, da entidade de trânsito, gera, automaticamente, o dever de indenizar o dano originado da abstenção estatal. É entendimento do Supremo Tribunal Fede-

33 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.519.

ral, assim sendo, que diante de omissão específica, aplica-se o regime de responsabilidade objetiva.

Nessa mesma lógica, o autor Felipe Braga Neto afirma que para existir dever de reparação estatal, é necessário que haja mais do que uma simples omissão, é preciso que tenha ocorrido uma omissão qualificada, juridicamente relevante, que revele ser injusta a inação do ente estatal diante do caso concreto³⁴.

Conseqüentemente, quanto maior for a especificidade da omissão, maior será a responsabilidade, como também será mais clara a sua identificação diante do caso concreto. O mesmo autor destaca que não é, muitas vezes, fácil distinguir a omissão que gera a responsabilidade, da que não gera a responsabilidade. Para identifica-la, é necessário analisar múltiplos fatores, como: as circunstâncias que envolvem o fato, a natureza do dano, a configuração da omissão e o nexo de causalidade (este que aprofundaremos no item a seguir). Quando da análise desses elementos, quanto mais genérica se revelar a omissão, mais difícil será responsabilizar o Estado pela sua prática. Dessa forma, não se pode responsabilizar o Estado por todo assalto que ocorre no país, apesar de ser, a segurança, um dos direitos fundamentais garantidos pela nossa Constituição. No entanto, se um indivíduo é assaltado em frente a uma delegacia de polícia, ficando comprovada a inação policial, é possível, então, falar em omissão específica, e, conseqüentemente, em responsabilização civil do Estado. Quanto mais específica, concreta e palpável for a omissão diante do de-

34 BRAGA NETO, Felipe P. *Manual de Responsabilidade Civil do Estado*. Salvador: Juspodivm, 2012, p.162.

ver de agir, mais fácil será identificá-la e responsabilizar o poder público pelos danos causados³⁵.

Desse modo, haverá omissão específica do Estado, quando este cria a situação propícia para a ocorrência do evento lesivo, quando na verdade, deveria impedir que o dano ocorresse, seja atuando diretamente em face do ocorrido, seja tomando medidas de prevenção, evitando a sua ocorrência.

O autor Sérgio Cavalieri traz outra hipótese que se ajusta à omissão específica, que consiste nos casos em que o poder público é alertado da possibilidade de ocorrência de determinado dano e nada faz a respeito, também ensejando o dever de reparação. Mesmo que o fato seja proveniente de terceiros, a conduta preventiva, cuidadosa do Estado impediria a sua ocorrência. A responsabilidade do Estado aqui se mostra concreta, não podendo fugir à obrigação de reparar os danos³⁶.

A partir disso, conclui-se que a responsabilidade civil do Estado varia, de acordo com a situação que originou o fato, sendo aplicado o regime da responsabilidade objetiva quando da expressa previsão legal, da premente necessidade de ação do Estado devido às circunstâncias, ou quando da existência de omissão concreta da administração. Sendo aplicado o procedimento subjetivo quando há uma necessidade de comprovação do elemento culposo do agente público, situações estas que se aproximam da omissão genérica devido às circunstâncias que o caracterizam, passando

35 BRAGA NETO, Felipe P. *Manual de Responsabilidade Civil do Estado*. Salvador: Juspodivm, 2012, p.163.

36 CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2008, p.519.

a ser configurada, se provada a omissão culposa que ao dano deu causa, a responsabilização do Estado.

Aqui, é necessário que se faça uma importante observação sobre a análise da omissão específica. Apesar de haver no suporte fático da omissão específica um dever premente de ação para evitar o dano, está sempre presente o elemento subjetivo, a culpa, que foi o fator crucial para que o Estado não tenha agido para evitar o evento lesivo. Portanto, mesmo quando há uma omissão específica, é possível concluir que a abstenção do ente estatal se tratou de omissão culposa. Exemplo claro é o assalto que ocorre às vistas de um policial, que apesar de possuir plenas condições de efetuar a prisão do delinquente, abstêm-se, constituindo omissão específica e culposa, a conduta do agente público. Tem razão Celso Antônio Bandeira de Mello, que apesar de constatar a existência da omissão específica, atribui a ela o regime da responsabilidade subjetiva, pois não há como afastar o elemento culposo da análise do evento.

4.4. O nexó de causalidade nos atos omissivos

O nexó de causalidade consiste na relação de causa e efeito entre a conduta praticada pelo agente público (aqui será um ato negativo, de não fazer) e o dano que ele suscitou, provocou. Aqui o presente tema merece uma atenção maior, porque nos atos comissivos o nexó de causalidade se apresenta de forma mais evidente, de forma que essa relação se exterioriza e é identificada naturalmente. Já nos atos omissivos, essa relação não se mostra de tão fácil reconhecimento, devido à própria ausência da ação, dificultando o processo, exigindo um esforço maior do aplicador para veri-

ficar se está ou não presente o nexu causal, elemento imprescindível para a configuração do dano.

Na maioria das vezes, principalmente quando tratamos de ato omissivo, é difícil saber qual a origem exata do dano, principalmente quando há a existência de diversas causas (concausas), que concorrem para a configuração do nexu de causalidade. Em relação às concausas, surgem dois tipos: as concausas concomitantes (simultâneas) e as sucessivas. Em relação à primeira espécie, não há maiores problemas, visto que o próprio código civil em seu artigo 942 já prevê como será a atribuição da responsabilidade:

“Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação. Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932.”

Problema maior aparece quando se tratam de concausas sucessivas, irrompendo desse impasse três teorias que procuram abarcar uma solução para a determinação da responsabilidade, mediante causas conseqüentes: a teoria da equivalência das condições, teoria da causalidade adequada e teoria da causalidade imediata.

A primeira, também conhecida como teoria da *conditio sine qua non*, traz a ideia de que todas as causas que ocorreram, independentemente do tempo, caracterizam uma relação necessária para a configuração do dano, podendo ser, qualquer uma delas, considerada causa efetiva para a ocorrência do episódio danoso. Se suprimida qualquer uma das causas, não haveria ne-

nhum dano, existindo, segundo essa teoria, uma equivalência dos antecedentes.

A segunda teoria, a da causalidade adequada, dispensa muitas explicações, pois que, como o próprio nome já diz, a causa deve ser capaz, conveniente com os efeitos produzidos, a causa deve se adequar aos efeitos que produziram o dano.

Já a teoria da causalidade imediata propõe que a relação de causa e efeito existente seja direta e imediata, não podendo haver um lapso de tempo, um intervalo, o que desconstituiria seu caráter imediato, bem como não poderá ser a relação configurada através de outrem, mediante intermediário, o que descaracteriza seu cunho direto. Há previsão do código civil, em seu artigo 403, que prevê a aplicação desta teoria: “Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”.

Aplica-se, segundo o nosso ordenamento, a teoria da causalidade direta e imediata, sendo esta a regra geral para constituir o nexos causal necessário para a imposição da responsabilidade. Todavia, não há uma uniformidade na jurisprudência, de modo que há atualmente, uma tendência a manipular as teorias de causalidade, para julgar de acordo com a conclusão a que o magistrado, por um processo parcial e arbitrário, chegou. Isso ocorre porque, durante o processo de conhecimento, o magistrado acaba realizando pré-julgamentos, e, quando da análise de causas que concorrem para chegar a um determinado resultado, isso pode ser extremamente perigoso. É a inversão do

processo lógico de construção da decisão. Ao invés de adotar uma teoria e aplicá-la frente aos casos concretos, o juiz primeiro julga e depois fundamenta, utilizando a melhor teoria para justificar sua decisão.

5. A NEGLIGÊNCIA NA CUSTÓDIA DE PRESOS E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Aqui, a discussão passa a tomar uma diretriz mais específica, de modo a analisar a seguinte situação: quando um indivíduo, que está cumprindo pena em regime fechado, ou não o está, mas deveria, devido à ineficiência do poder público de por em prática a lei de execução penal, foge, ou por algum motivo não se encontra sob vigilância do ente estatal, encontrando-se livre, comete um ato lesivo ou até mesmo um crime, causando danos, em alguns casos, irreparáveis. Diante da exposta situação, questiona-se: é responsabilidade exclusiva do preso fugido reparar os danos produzidos, ou também deve ser responsabilizado o poder público, concorrendo à obrigação de indenizar as vítimas pelas lesões sofridas? Se sim, em todas as ocasiões, ou esta dependerá de determinadas circunstâncias? É a isto que a partir de agora se dedicará a responder.

Faz-se necessário, para isso, analisar todas as circunstâncias e aplicações que envolvem a discussão, pois, trata-se de um tema cheio de particularidades, relacionando-as com as correntes até então discutidas, no que diz respeito à aplicação das teorias de responsabilidade civil do Estado, do nexo de causalidade e do seu emprego frente ao caso concreto.

Destarte, é preciso atentar para a premissa que, consiste em dever do Estado promover a segurança

pública, como disposto no artigo 144 da Constituição Federal, bem como por em prática a lei de execução penal, com o intuito de preservar a ordem pública e a incolumidade da comunidade e do patrimônio, garantindo a segurança jurídica que deve emanar das decisões dos tribunais, assegurando sua execução, não havendo qualquer tipo de escusa para o ente deixar de realizá-la.

Consequentemente, quando o sistema prisional (ente estatal não privatizado), deixa de por em prática a lei de execução penal, incorre em ato de flagrante ilegalidade, além de desviar do seu escopo principal, configurando um desvirtuamento da instituição. Diante do problema, defronta-se com algumas situações inadmissíveis, como por exemplo: o apenado que cumpria regime semiaberto ou aberto, devido ao sistema de progressão de regime, comete falta grave, e não sofre a sanção prevista por lei, não retornando ao estado anterior de cumprimento de pena, permanecendo impune. Ainda, devido à falta de segurança dos estabelecimentos prisionais, à inadequação da utilização de distritos policiais para o cumprimento das penas, somado ao despreparo, negligência e à corrupção dos agentes penitenciários, vem dando margem as diversas evasões de detentos, que passam a gozar da impunidade, evidenciando a ineficiência do Estado no cumprimento do seu dever.

Nesse decurso, é imprescindível analisar que a fuga de preso do estabelecimento prisional, brota de forma quase totalitária, da conduta culposa do Estado, por meio dos seus agentes públicos responsáveis pela execução do serviço. Há a constituição, como anteriormente discutida, de omissão específica, pois há,

dever de ação e fiscalização que emana da lei, não podendo o poder público abster-se de realizá-lo. Pois, com a configuração de omissão específica, adotando o posicionamento de Celso Antônio Bandeira de Mello, aplica-se, aos casos em questão, o regime de responsabilidade civil subjetiva do Estado.

Seguindo com o raciocínio, é preciso, para que haja a formação do dever de indenizar do Estado, que estejam presentes os elementos que constituem a responsabilidade civil subjetiva, portanto: o dano, a culpa e o nexo de causalidade. Em relação à prova do dano, não se encontra, geralmente, maiores problemas, visto que, consiste matéria fática, concreta, sendo facilmente comprovada. Entretanto, é necessário dar uma maior atenção para a análise do nexo de causalidade, pois, sem ele, não haverá responsabilidade, constituindo elemento essencial para a configuração da responsabilidade estatal.

Como já exposto, há na doutrina, divergência quanto à teoria geral adotada pelo ordenamento brasileiro no que concerne ao nexo causal. Contudo, parece mais acertada a corrente que adota a teoria da causalidade adequada, dando fundamento a decisões mais justas e coerentes. Aqui, algumas causas concorrem para o preenchimento do suporte fático do nexo de causalidade, sendo duas as principais: a omissão do Estado na execução da lei de execução penal e o próprio ato lesivo do fugitivo, que causa o dano diretamente à vítima.

Na análise das duas causas concorrentes, é preciso, antes, fazer uma ressalva: o poder público possui com base em sentença transitada em julgado, um

atestado, uma certeza da periculosidade que aquele apenado oferece à sociedade, que se assim não o fosse, não se encontraria preso. Isto posto, parte-se do pressuposto que o fugitivo é um indivíduo que oferece perigo para a sociedade, porquanto deveria estar preso, passando a ser, nesse caso, a causa adequada para a conformação do nexos de causalidade: o fato do Estado não ter dado cumprimento à lei de execução penal, já que o próprio ato criminoso do preso fugido já é uma conduta esperada, pois não cumpriu o regime adequado, não se submetendo ao regime reeducativo e ressocializador da pena, por motivos negligentes e ilícitos, como os já citados: falta de segurança dos presídios, corrupção de agentes carcerários ou negligência na custódia e no cumprimento dos regimes e aplicação das sanções necessárias aos apenados.

Interpretar de forma diferente a exposta situação é fazer vista grossa ao perigo real que o Estado, em sua negligência, oferece aos cidadãos, desobedecendo dever legal. É preciso destacar a importância do cumprimento sério das leis que regem o sistema prisional, que possuem a finalidade de promover a execução da norma individual sobre os parâmetros da Lei de execução penal, atingindo o caráter punitivo da referida norma, bem como o seu cunho ressocializante, que é de extrema importância para a sociedade, bem como para o preso. Além disso, há que se destacar o papel coercitivo que a sanção imposta exerce sobre a sociedade, desestimulando a prática de atos criminosos, através do temor que a imposição da sanção causa ao indivíduo. Dessa forma, o cumprimento da pena deve ser realizado com seriedade, não havendo espaço para falhas, sob o risco de criar um estímulo à criminalidade, frente a um Estado omissivo, que não

sanciona de forma correta os infratores. Além disso, trata-se de uma questão de realização do princípio da segurança jurídica, bem como do princípio da justiça.

Atenção, não se defende aqui, pela construção do raciocínio lógico, que o fugitivo não responda pelos atos cometidos, pelo contrário, impera-se que haja a imposição de medida mais contundente, tendo em vista o grau de periculosidade que o sujeito apresenta. No entanto, não parece certo, através da própria conclusão a que se vai chegando, que o Estado se abstenha mais uma vez frente à sociedade, considerando que ele mesmo deu causa, através da análise do nexo de causalidade, à elucidada situação.

Por fim, para que não restem dúvidas acerca do surgimento da obrigação estatal de indenizar, é necessário que haja prova do elemento subjetivo na ação do Estado: a culpa. Como já explicitado, a necessidade da prova da culpa surge mesmo diante da omissão específica do Estado, constituindo também elemento essencial para imposição da responsabilidade. Logo, presente qualquer um dos elementos, negligência, imperícia, imprudência ou dolo dos seus agentes, configurar-se-á a culpa estatal.

Em boa parte dos casos, por mais incrível que pareça, o descaso, a corrupção, a negligência estatal são tão evidentes que a responsabilidade civil se impõe sem maiores questionamentos. Entretanto, continua sendo necessário que haja sua comprovação, mesmo que em alguns casos isso se mostre difícil, não podendo o Estado ser responsabilizado a reparar um determinado sujeito lesado por uma simples suposição de culpa. A prova do elemento subjetivo será feito, na maioria das vezes, de forma natural, visto

que a culpa acaba se evidenciando pelas próprias circunstâncias do fato.

Entretanto, devem ser destacadas algumas situações que não se encaixam na regra proposta até então, como por exemplo: o caso do preso fugir pela realização de artifício, artimanha ou habilidade, bem como por causa de um evento extraordinário, sobre a qual o Estado não tem controle. Assim sendo, a causa que deu origem à liberdade do foragido “foge às mãos” do poder público, não havendo como evitá-la, rompendo com o nexos de causalidade, bem como não havendo, nesse caso, elemento subjetivo culposo do órgão.

Portanto, no caso de um evento natural que comprometa a estrutura do estabelecimento prisional, ou os seus agentes, um atentado criminoso a veículo que transportam presos, ou a fuga que teve como causa uma habilidade inerente ao apenado, não se mostra presente omissão culposa do Estado. Aqui, fica evidente a necessidade de se comprovar a culpa do ente, já que não há possibilidade de prever e evitar todos os episódios e circunstâncias que ocorrerão.

Conclui-se dessa forma, que o Estado não é responsável pelos danos realizados pelos presos foragidos por causa de evento extraordinário, em virtude da ausência da omissão culposa, e por consequência, não haver formação do nexos causal entre ato culposos e o evento lesivo.

5.1 A repercussão da matéria e análise jurisprudencial

Passa-se agora a analisar os principais precedentes da suprema corte, à luz da análise até então reali-

zada, com a finalidade de visualizar de forma prática a sua aplicação.

EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ART. 37, § 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. *FAUTE DU SERVICE PUBLIC* CARACTERIZADA. ESTUPRO COMETIDO POR PRESIDÁRIO, FUGITIVO CONTUMAZ, NÃO SUBMETIDO À REGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL COMO MANDA A LEI. CONFIGURAÇÃO DO NEXO DE CAUSALIDADE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. Impõe-se a responsabilização do Estado quando um condenado submetido a regime prisional aberto pratica, em sete ocasiões, falta grave de evasão, sem que as autoridades responsáveis pela execução da pena lhe apliquem a medida de regressão do regime prisional aplicável à espécie. Tal omissão do Estado constituiu, na espécie, o fator determinante que propiciou ao infrator a oportunidade para praticar o crime de estupro contra menor de 12 anos de idade, justamente no período em que deveria estar recolhido à prisão. Está configurado o nexo de causalidade, uma vez que se a lei de execução penal tivesse sido corretamente aplicada, o condenado dificilmente teria continuado a cumprir a pena nas mesmas condições (regime aberto), e, por conseguinte, não teria tido a oportunidade de evadir-se pela oitava vez e cometer o bárbaro crime de estupro. Recurso extraordinário desprovido. **(RE409203/RS – RIO GRANDE DO SUL RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO Relator(a) p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA Julgamento: 07/03/2006 Órgão Julgador: Segunda Turma).**

A análise do exposto recurso especial não apresenta maiores dificuldades, pois, trata-se, como já discutido, de um caso que, a prova da negligência da omissão estatal, em deixar de aplicar a sanção devida

ao apenado, é evidente, havendo a formação incontestável do nexo de causalidade entre a omissão culposa e o evento lesivo ao terceiro. Há que se considerar o artigo 52 da Lei nº 10.792/03 (Lei de execução penal): “A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características [...]”, constatando de forma inequívoca a omissão do estatal ao descumprir disposição legal, deixando de executar a sanção e dando causa a um dano irreparável.

Sobre o julgado, explica o autor Anderson Schreiber que, conclui-se pela presença do nexo causal entre a fuga do preso e o dano sofrido pelas recorrentes, pois, se aplicada a Lei de execução penal com o mínimo de rigor, o condenado teria regressado ao regime anterior de pena, não havendo oportunidade para evadir-se e praticar o delito, causando enormes danos a vítima, pois se encontraria recluso no presídio³⁷.

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PESSOAS PÚBLICAS. ATO OMISSIVO DO PODER PÚBLICO: LATROCÍNIO PRATICADO POR APENADO FUGITIVO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA: CULPA PUBLICIZADA: FALTA DO SERVIÇO. C.F., art. 37, § 6º. I. — Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por tal ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, esta numa de suas três ver-

37 SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 59.

tentes, a negligência, a imperícia ou a imprudência, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a falta do serviço. II. — A falta do serviço — *faute du service* dos franceses — não dispensa o requisito da causalidade, vale dizer, do nexo de causalidade entre a ação omissiva atribuída ao poder público e o dano causado a terceiro. III. — Latrocínio praticado por quadrilha da qual participava um apenado que fugira da prisão tempos antes: neste caso, não há falar em nexo de causalidade entre a fuga do apenado e o latrocínio. Precedentes do STF: RE 172.025/RJ, Ministro Ilmar Galvão, “D.J.” de 19.12.96; RE 130.764/PR, Relator Ministro Moreira Alves, RTJ 143/270. IV. — RECONHECIDO e provido. **(RE 369820/RS - RIO GRANDE DO SUL RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator (a): Min. CARLOS VELLOSO Julgamento: 04/11/2003 Órgão Julgador: Segunda Turma).**

Analisando o proposto precedente, que foi fundamentado a partir da teoria da falta do serviço, acaba por dispensar o que chamou de “individualização”, atribuindo à *faute du service* a fuga do apenado. Entretanto, não parece ser a decisão mais acertada, visto que, se adotada a teoria da responsabilidade subjetiva até então trazida, se constatada culpa do Estado, incorre este ao menos para a análise do nexo causal. Em relação ao nexo de causalidade, ele não deixará de existir, apesar de se apresentar com uma maior fragilidade. Portanto, deve responder o Estado, (se comprovada a culpa como motivo da fuga), proporcionalmente aos atos praticados pelo foragido. Ou seja, será responsável o Estado a indenizar a vítima na medida da participação do fugitivo no ato criminoso. Dessa forma, pode ser o Estado eximido da res-

responsabilidade indenizatória se sua participação não foi significativa, bem como pode ser imposta o dever de reparação na medida em que sua atuação no latrocínio ganha importância. O magistrado deve analisar minuciosamente o caso concreto.

Responsabilidade civil do Estado. Dano decorrente de assalto por quadrilha de que fazia parte preso foragido vários meses antes. — A responsabilidade do Estado, embora objetiva por força do disposto no artigo 107 da Emenda Constitucional n. 1/69 (e, atualmente, no parágrafo 6. do artigo 37 da Carta Magna), não dispensa, obviamente, o requisito, também objetivo, do nexo de causalidade entre a ação ou a omissão atribuída a seus agentes e o dano causado a terceiros. — Em nosso sistema jurídico, como resulta do disposto no artigo 1.060 do Código Civil, a teoria adotada quanto ao nexo de causalidade é a teoria do dano direto e imediato, também denominada teoria da interrupção do nexo causal. Não obstante aquele dispositivo da codificação civil diga respeito a impropriamente denominada responsabilidade contratual, aplica-se ele também a responsabilidade extracontratual, inclusive a objetiva, até por ser aquela que, sem quaisquer considerações de ordem subjetiva, afasta os inconvenientes das outras duas teorias existentes: a da equivalência das condições e a da causalidade adequada. — No caso, em face dos fatos tidos como certos pelo acórdão recorrido, e com base nos quais reconheceu ele o nexo de causalidade indispensável para o reconhecimento da responsabilidade objetiva constitucional, e inequívoco que o nexo de causalidade inexistia, e, portanto, não pode haver a incidência da responsabilidade prevista no artigo 107 da Emenda Constitucional n. 1/69, a que corresponde o parágrafo 6. do artigo 37 da atual Constituição. Com efeito, o dano decorrente do assalto

por uma quadrilha de que participava um dos evadidos da prisão não foi o efeito necessário da omissão da autoridade pública que o acórdão recorrido teve como causa da fuga dele, mas resultou de concausas, como a formação da quadrilha, e o assalto ocorrido cerca de vinte e um meses após a evasão. Recurso extraordinário conhecido e provido. **(RE 130764/PR – PARANÁ RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. MOREIRA ALVES Julgamento: 12/05/1992 Órgão Julgador: Primeira Turma).**

O último julgado que se propõe a analisar é o mais antigo, mas também contribui para a evolução do debate. No caso referido, a suprema corte adota a teoria da causalidade direta e imediata (já discutida), defendendo a quebra do nexu causal pela ocorrência de concausas, como a formação de quadrilha e o lapso de tempo existente entre a data da fuga e a prática do delito.

Seguindo o mesmo espírito, deve haver a análise da existência do elemento culposu na realização do Estado da Lei de execução penal. Se constatada negligência, imprudência, imperícia ou dolo na conduta omissa do poder público, passa a analisar o nexu causal. Como já proposto, deve ser analisada a conduta do foragido. Por isso, faz-se necessário que haja uma grande atenção por parte do magistrado, que deve, através de um juízo de proporcionalidade, analisar o grau de importância da participação do fugitivo na prática do delito, vinculando o grau de responsabilidade estatal baseado na conduta do sujeito pela qual era responsável.

Dessa forma, não subsistirá desamparada uma família que teve um de seus membros assassinado

por um preso foragido, que era auxiliado por mais três delinquentes. É claro nesse caso, que a atuação do foragido é direta, causando o dano. Pode, entretanto, restar desamparada a mesma família, se nesse mesmo caso, o preso foragido não atua diretamente, possui uma participação indireta, como por exemplo: vender as armas para os outros três, fazer o papel de vigia enquanto os outros três executam, dirigir o veículo até o local do crime. Nesses casos a atuação do fugitivo também tem sua importância, mas não atua diretamente na produção do dano. O Estado, na realização do juízo de proporcionalidade que se propõe, passa a ser responsabilizado à parcela que deu causa, nem mais, nem menos. Qualquer tentativa de generalizar a aplicação da responsabilidade causará prejuízos, tanto para o Estado (no caso de ampliar demais as hipóteses de responsabilização, arcando com custos de forma excessiva e que não deu causa), como para os recorridos (quando há a adoção da teoria da causalidade direta e imediata e confrontam-se casos em que há outros elementos que também constituem causa do evento danoso).

O outro fator que compõe as concausas, responsável pelo rompimento do nexos causal direto e imediato, é o lapso temporal entre a data da fuga e o tempo do delito. Primeiramente, não parece ser a teoria da causalidade direta e imediata, a teoria mais adequada, nem possui, atualmente, uma aplicação unânime. Portanto, na aplicação da teoria da causalidade adequada, aqui introduzida como a de maior razoabilidade na aplicação, não constitui, o tempo, fator que descaracterize o nexos de causalidade entre a conduta culposa do Estado e o dano aos recorridos. Nem

aparenta, inclusive, ser sensato tal argumento, visto que o tempo em nada desconstitui a conduta culposa, muito menos a possível responsabilização do ente estatal diante dos possíveis danos que venha a causar. Além disso, a não punição do Estado devido à omissão culposa na fuga de preso, devido ao lapso temporal, coloca-o em uma posição muito “confortável”, já que a própria passagem do tempo (que gera mais risco de dano à sociedade) exime o ente da obrigação de reparar os danos que da sua omissão decorrerem. Um alienígena à relação diria que há um conluio, entre os foragidos e o Estado.

6. CONCLUSÃO

A partir do conteúdo exposto, das relações estabelecidas entre as teorias, princípios, e todos os fatores relevantes destacados até então, conclui-se que:

- A. Independentemente da natureza da omissão (genérica ou específica), aplica-se o regime de responsabilidade civil subjetiva do Estado por omissão, visto que o elemento subjetivo mostra-se sempre presente, o que afasta na maioria dos casos o esforço de aplicar a teoria objetiva, mesmo que esta apresente uma maior proteção ao sujeito lesado.
- B. Aplica-se o proposto regime ao ato danoso praticado por preso foragido, fazendo-se necessário para que se configure a responsabilidade indenizatória a comprovação: do dano, da culpa (*lato sensu*) e do nexó de causalidade, aplicando, nesse último quesito, a teoria da causalidade adequada.

- C. Não há conformação de obrigação reparatória para o Estado quando a fuga dos presos se dá por evento extraordinário ou artifício, pois aqui não é preenchido o requisito subjetivo.
- D. O lapso temporal entre a data da fuga e a data do crime não descaracteriza o nexo de causalidade existente entre a omissão culposa e os danos que dela decorreram, posto que não existe nenhum fundamento razoável que venha a romper o nexo de causalidade, bem como a responsabilização do Estado pelo simples “passar” do tempo.
- E. O Estado deve se responsabilizar apenas por aquilo a que deu causa. Portanto, o juiz deve realizar um juízo de proporcionalidade para definir, quando sobrevierem concausas, o grau de responsabilização indenizatória, tendo como medida a participação do foragido na produção do dano.

Capítulo VI

O Princípio da Adequação Social e sua abordagem material

Rafael Gomes Sansão

Estudante do 4º semestre da Graduação em Direito
da Faculdade Baiana de Direito e Gestão.

O Princípio da Adequação Social e sua abordagem material

Resumo: O presente artigo apresenta uma análise acerca da amplitude material do Princípio da Adequação Social, partindo da sua origem histórica e passando pela sua correlação com outros institutos jurídicos, a exemplo da imputação objetiva. Por fim, será examinado o conteúdo do referido princípio e a sua importância no Direito Penal brasileiro.

Palavras-chave: Princípio da adequação social. Limites. Imputação objetiva. Pós-positivismo.

Sumário: 1. Introdução — 2. Sobre o Princípio da Adequação Social: 2.1. Conceito: 2.2. Evolução; 2.3. Teoria da Imputação Objetiva — 3. Pós-positivismo e Democracia: 3.1. Pós-positivismo; 3.2. Soberania Popular; 3.3. Democracia — 4. Princípio da Adequação Social no Brasil: 4.1. Aplicação; 4.2. Orientações e Limites — 5. Considerações Finais — 6. Referências Bibliográficas.

“Jurista é esse homem apaixonado pela perseguição dessa bela mulher inconquistável que se chama Justiça”

J.J. Calmon de Passos

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo possui como objetivo principal apresentar uma análise sobre a amplitude material do Princípio da Adequação Social. Tem-se também, como *scopus* deste texto, trazer à discussão, o cerne do referido princípio e a sua importância no Direito Penal brasileiro.

A priori, irar-se-á trazer considerações sobre o Princípio da Adequação Social, quanto ao seu conceito, quanto ao *juízo de adequação social* e sua essencial importância na elaboração deste princípio, quanto à sua afinidade com a evolução histórica do Direito, e, sobre a sua relação com outros dispositivos do Direito, sobretudo com os filtros de imputação da Teoria da Imputação Objetiva.

A abordagem subsequente terá como núcleo o Pós-Positivismo brasileiro como relevante momento histórico para a vinculação dos princípios. Como também o conceito de Soberania Popular e o de Democracia, elemento fundamental para legitimar a aplicação do princípio, em suas amplitudes formal e material.

Posteriormente, será trabalhada a existência e aplicação, de tal princípio no ordenamento jurídico brasileiro. Conseqüentemente, será trazido à tona os seus limites e orientações para a sua utilização, principalmente quanto à aplicação do mesmo, observando o caráter isonômico e social do Direito brasileiro, proposto pela nossa Carta Magna de 88.

A posteriori ao que fora estudado, serão ressaltadas algumas considerações (nunca finais) sobre o tema, e possíveis entendimentos produzidos a partir

da linha de pensamento proposta pelo texto, com o desígnio de trazer ao sistema jurídico brasileiro a importância de tal dispositivo e também, os cuidados que se deve ter com a utilização deste relevante princípio.

2. SOBRE O PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL

2.1. Conceito

Estabelecido pelo jurista alemão Hans Welzel, o Princípio da Adequação Social determina que se exclua a tipicidade de uma conduta que seja considerada socialmente adequada pela ordem social. Esta aplicação se dá quando uma conduta é formalmente típica, expressa na Legislação Penal, contudo, por ser considerada adequada pelo pleito social, tem sua tipicidade excluída, tornando-se materialmente atípica.

Welzel, de forma única, faz uma análise sobre a relação entre o tipo objetivo e a adequação social, sobretudo, quanto à forma de existência concomitante e intrinsecamente profunda. Segundo o autor:

Na apresentação do ‘modelo’ de comportamento proibido, se coloca explanado que os moldes de conduta escolhidos pelo legislador, tem, de certa forma, um caráter social, referentes ao viver em comunidade, visto que, são incompatíveis com uma vida social ordenada. No tipo objetivo, encontra-se acessível a natureza social e ao mesmo tempo histórica do Direito Penal, pois indicam as formas de conduta que se distanciam dos ditames históricos da vida em sociedade¹.

1 WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Trad. Livre. Santiago: Jurídica de Chile, 1987, p. 66.

O Princípio da Adequação Social é regido pelo *juízo de adequação social* de um determinado povo, o qual irá determinar o que é permitido e adequado para este grupo. Este juízo é o julgamento feito por determinada sociedade sobre as condutas praticadas pelos agentes sociais, objetivando se elas são ou não, adequadas para aquela *societas*.

O referido princípio propõe que o Direito Penal não seja aplicado aos comportamentos legitimados pela sociedade. Diante deste fato, aquela conduta autorizada pela maioria da sociedade, estaria resguardada por uma excludente do fato típico, impossibilitando a aplicação do tipo penal ao fato socialmente aceito. A análise da conduta, neste ponto, é direcionada à sua amplitude material, retirando o caráter ilícito de tal fato, não obstante a existência de uma proibição legal.

O fato de se viver em sociedade delega inúmeros riscos à vida humana, no entanto, como expresso por Rogério Greco, estas condutas mesmo que “sejam perigosas, são consideradas socialmente adequadas, e, por esta razão, fica afastada a interferência do Direito Penal sobre elas”². Resguarda-se aqui, o caráter minimalista proposto por este princípio, delegando à ordem penal, apenas os riscos proibidos.

A aceitação deste ou daquele risco não é algo imposto explicitamente pela ordem social ou por um determinado grupo, mas sim, internalizado de forma cultural e tácita, sobretudo a partir dos usos e costumes da específica sociedade. O trânsito nas megalópoles

2 GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p. 57.

urbanas, o constante tráfego aéreo, a prática de artes marciais, etc, são exemplos de riscos diários que inúmeros cidadãos se predispõem e se permitem enfrentar.

Viver em uma sociedade sem riscos é utopia, visto que, o mínimo contato social produz riscos. Diante desta impossibilidade, é natural que o Direito Penal autorize a produção de riscos para que o viver em comunidade seja possível, desde que estes sejam adequados socialmente.

O risco permitido, para Roxin, é aquela conduta que cria um risco juridicamente relevante, mas que, de forma geral, está autorizada — no nosso caso pelo pleito social — excluindo assim, a imputação do tipo objetivo ao agente³. As condutas tipificadas, mas, socialmente adequadas, geralmente, quando não sempre, provocam um risco permitido para o universo penal.

2.2. Evolução

A partir deste princípio é que se pode observar a historicidade do Direito e sua mutabilidade no tempo e no espaço, visto que, o que é legitimado por uma sociedade pode não ser para outra, seja esta diferenciação, numa amplitude temporal, quando falamos do mesmo grupo social, ou, numa amplitude espacial, quando falamos de grupos sociais de um mesmo tempo, mas de diferentes territórios.

Como representação do supramencionado, é a observação daquilo que fora um dia, adequado socialmente para o Brasil Colônia, mas que já não se fazia presen-

3 ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Trad. Livre. Madrid: Civitas, 1997, p. 364.

te, em sua completude — visto que sempre há resquícios — no *juízo de adequação social* do Brasil Imperial. Como também, o que era considerado permitido pelo pleito social na época do Governo Vargas, já não restava, em sua totalidade, no Brasil pós-guerra.

Essa relação de evolução axiológica do *juízo de adequação social* é expressa de forma efetiva quando falamos da cronologia das penas. Segundo Michel Foucault:

Em algumas dezenas de anos, desapareceu o corpo supliciado, esquartejado, amputado, marcado simbolicamente no rosto ou no ombro, exposto vivo ou morto, dado como espetáculo. Desapareceu o corpo como alvo principal da repressão penal⁴.

Hoje, a sociedade ocidental não autoriza mais o corpo como objeto punitivo, mas sim, a liberdade do homem, direito individual-fundamental mais importante para as sociedades ocidentais capitalistas, principalmente após as Revoluções Liberais-burguesas e com a sedimentação dos direitos fundamentais de Primeira Dimensão.

No âmbito espacial, pode-se averiguar a mutabilidade do *juízo de adequação social* por conta dos usos e costumes de cada grupo territorial. Como exemplo, aquilo que é adequado socialmente para o povo brasileiro, pode não ser para os estadunidenses, e vice-versa.

Essa amplitude é mais ressaltada quando comparamos o *juízo de adequação social* dos países do ocidente, com os países do oriente, principalmente aqueles que ficam situados na região do Oriente Médio.

4 FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Petrópolis-RJ: Vozes, 2007, p. 12.

A dicotomia aqui presente é muito mais dilatada do que quando se analisa países com linhas culturais, políticas e religiosas mais próximas.

Deriva também, deste caso, a afirmação de que *Ex Facto, Oritur Jus*, ou seja, é do fato que nasce o Direito, portanto, afirmando que é da força social que o ordenamento jurídico deriva.

2.3. Teoria da Imputação Objetiva

Como um dispositivo que exclui o fato típico, o Princípio da Adequação Social é tratado por Roxin, como um dos filtros da Teoria da Imputação Objetiva. Estes limitadores da imputação, sistematizados por Roxin, vem para resolver os problemas da Teoria da Equivalência dos Antecedentes Causais (*conditio sine qua non*), que, para Bitencourt, define como causa todo e qualquer comportamento, sem o qual o resultado não teria ocorrido⁵.

A referida teoria de causalidade foi adotada pelo nosso Código Penal em seu artigo 13, e ela se utiliza do *juízo hipotético de eliminação* elaborado pelo professor sueco Thyréén, que exclui uma determinada conduta para avaliar se houve mudança no resultado. De forma mais clara, Heleno Fragoso diz que, “causa é todo antecedente que não pode ser suprimido *in mente*, sem afetar o resultado”⁶.

Contudo, por Roxin, “ao contrário do que antigamente se supunha, para que o tipo objetivo se consi-

5 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 258.

6 FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 165.

dere realizado não basta estarem presentes a causalidade e as elementares escritas”⁷. Ou seja, houve uma atualização para a real concretização da imputação do tipo objetivo.

Para que a Teoria da Equivalência não eleve o nexo de causalidade *ad infinitum*, o Princípio da Adequação Social e o Princípio da Insignificância são alguns dos filtros propostos por Roxin na Teoria da Imputação Objetiva, para excluir a tipicidade da conduta. Além destes, se analisa também: se o risco foi produzido pela própria vítima; se o risco não puder ser atribuído ao agente que se quer responsabilizar; e se o agente atuou para diminuir um risco maior.

Seguindo o que explana o autor, “aqui se compreenderá por risco permitido um comportamento que cria um risco juridicamente relevante, risco esse que é em geral — independentemente ao caso concreto — permitido”⁸.

Observa-se que Roxin, ressaltou a importância dos riscos permitidos, *vide* a sua elaboração sobre a existência destes na vida pós-moderna. A constante produção de riscos, algo inerente à sociedade, não deve inundar o Direito Penal, assim, portanto, retirando aqueles permitidos, seja pelo *juízo de adequação social*, seja pela sua insignificância ao âmbito penal, ou, seja pela observância dos outros filtros propostos pela Teoria da Imputação Objetiva.

Para muitos doutrinadores, esta proposição de Claus Roxin não é tida como uma teoria, mas, uma

7 ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 270.

8 Idem, *Ibidem*. p. 325.

teia principiológica e um englobado de regras fomentadas para cumprir a função de enquadrar e corrigir o nexos de causalidade adotado⁹.

Entende-se, que o Princípio da Adequação Social, serve, e contribui de certa forma, para desafogar o Direito Penal, sendo utilizado, geralmente, quando não sempre, em concomitância com outros dispositivos. Dentre eles, como já supracitado, a Teoria da Imputação Objetiva.

Para Rogério Greco, há a função deste princípio de orientar o legislador de duas formas. A primeira servindo como um norte para o legislador; este, selecionando condutas que deseja proibir ou impor, com o fim de proteger os bens jurídicos, tendo como base desta análise, o Princípio da Adequação Social. Na segunda função, o princípio se destinaria à orientar o legislador na revogação de tipos penais que já se adaptaram à evolução da sociedade, e por isso, suas ações são legitimadas por esta¹⁰.

Diante dessa importante relação entre o Princípio da Adequação Social com alguns dispositivos do Direito e, de forma redundante, com os Princípios Gerais do Direito, observa-se que é de extrema relevância a valorização de tal princípio.

3. PÓS-POSITIVISMO E DEMOCRACIA

3.1. Pós-positivismo

Momento histórico-contemporâneo muito importante para a afirmação e sedimentação dos princípios

9 GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal: parte geral – teoria constitucionalista do delito*. São Paulo: RT, 2006, p. 119.

10 GRECO, Rogério. *Op. Cit.*, p. 58.

no Direito brasileiro. Segundo Ricardo Maurício Freire Soares, “a ciência jurídica atual vem buscando formular novas propostas de fundamentação e legitimação do Direito, de modo a permitir a compreensão de suas múltiplas dimensões — normativa, fática e valorativa”¹¹.

A partir deste excerto, observa-se que o momento que é vivenciado no Direito brasileiro, é de um distanciamento da norma pura, legalista e positivista, para uma aproximação de uma ordem jurídica mais principiológica e pragmática. Há aqui uma maior preocupação de ordenar uma justiça a partir do caso concreto, desvalorizando a subsunção do fato à norma.

A ocasião que o Direito brasileiro se encontra é de afirmação dos princípios, diante da limitação gerada por um anterior sistema regido por apenas regras. Nessa linha, doutrina Canotilho, que um ordenamento jurídico constituído exclusivamente de regras conduzir-nos-ia a um sistema jurídico de limitada racionalidade prática¹².

Perante este evento que vive o Direito, o Princípio da Adequação Social, em concomitância com os outros lastros constitucionais, precisa ganhar força no Brasil — e de certa forma vem ganhando — maiormente por uma necessidade de atendimento aos preceitos da Carta Magna de 88, que determina um Direito social e menos punitivo.

Para Ricardo Maurício Freire Soares, os princípios são “normas de grande densidade axiológica e de evi-

11 SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Curso de introdução ao estudo do direito*. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 314.

12 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 1991, p. 175.

dente multifuncionalidade, servindo de fundamento para criação, interpretação e aplicação de um direito potencialmente mais justo”¹³. Como já supramencionado, o Princípio da Adequação Social, atende às características.

É de bom grado, para a desopressão do nosso sistema carcerário falido, a não excepcional utilização deste princípio quando observado, se o *juízo de adequação social* exclui a tipicidade da conduta. Aplicação esta, que possui força para existir nos preceitos do pós-positivismo jurídico, fundamentos estes, transpostos para a nossa Constituição Federal de 88, que superam a letra-da-lei, permitindo um Direito mais fatídico e real.

Além do presente momento ser favorável à vinculação principiológica, a Suprema Corte brasileira vem afirmando, na primeira década do século XXI, uma das propostas do pós-positivismo, que é a do fortalecimento do Poder Jurisdicional. A sociedade brasileira vive um forte pluralismo jurídico, sendo mais claramente perceptível quando a produção do Direito advém do Judiciário.

Como simbologia deste fato, é a ocorrência do Poder Jurisdicional, a partir do STF, regulando direitos, quando da inércia do Legislativo, de forma a normatizar fatos sociais. Para exemplificação, foram os casos dos julgados da União Estável Homoafetiva e do Aborto de Anencéfalo. O STF, portanto, vem vestindo a capa da vanguarda do Direito brasileiro, estabelecendo um caráter ativista para a Corte.

13 SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Op. Cit.* p. 65.

É neste momento, por conseguinte, que se abre caminhos para a utilização do Princípio da Adequação Social, visto que, há uma maior observância dos fatos no momento de criação do Direito.

3.2. Soberania Popular

Segundo Dirley da Cunha Junior, “o Estado Democrático se assenta no pilar da soberania popular, pois a base do conceito de Democracia está ligada à noção de governo do povo, pelo povo e para o povo”¹⁴. É a partir dessa noção de democracia, que o *juízo de adequação social* ganha força, sendo, de forma análoga, uma forma de soberania popular.

Assim, diante da assunção, por parte da CF/88, de um Estado Democrático de Direito, entende-se que, os preceitos democráticos e os princípios jurídicos foram entrelaçados pelo Constituinte, delegando à soberania popular, também, não obstante sua relevância na conjuntura democrática, uma força na amplitude jurídica.

Mais precisamente, o artigo 1º da Carta Magna brasileira, estabelece o Princípio da Soberania Popular, fortalecendo aquilo que Hans Welzel já havia oraculado: a força da maioria nos Estados Democráticos da pós-modernidade. E é desta maioria que surge o *juízo de adequação social*. Portanto, é da soberania popular que nasce o Princípio da Adequação Social.

O princípio que exclui a tipicidade de uma conduta, por força de uma determinação do *juízo de ade-*

14 CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 526.

quação social, é baseado e fundamentado, de certa maneira, pelo Princípio da Soberania Popular. A força da maioria no Estado Democrático de Direito, é um dos pilares, se não o mais denso, deste molde de organização estatal.

3.3. Democracia

Em tese, a Democracia é a observância da vontade popular, via de regra, da maioria desta população. Contudo, esse conceito veio sendo modificado, especialmente quando do momento póstumo ao nazi-fascismo, quando se precisou dar uma maior atenção às minorias.

Para Hans Kelsen:

De fato, a existência da maioria pressupõe, por definição, a existência de uma minoria e, por consequência, o direito da maioria pressupõe o direito à existência de uma minoria. Disto resulta não tanto a necessidade, mas principalmente a possibilidade de proteger a minoria contra a maioria. Esta proteção da minoria é a função essencial dos chamados direitos fundamentais¹⁵.

De certa forma, Kelsen traz para o Direito, a responsabilidade de garantir o cuidado às minorias e limitar a vontade da maioria, para que não haja um excesso de pretensão. O conceito de democracia formal está ligado à igualdade formal dos cidadãos, “isto é, da igualdade dos direitos políticos”¹⁶, como bem explica Kelsen.

15 KELSEN, Hans. *A democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 67.

16 Idem, *Ibidem*, p. 99.

Já o conceito de democracia material, encontra morada na definição de justiça aristotélica, de tratar os desiguais, desigualmente, na medida de sua desigualdade. Conceito este que rege o Princípio da Isonomia no Brasil, visto que, o tratamento quando é dado de forma isonômica aos cidadãos, não se subteme que este não irá observar a necessidade de conceder benefícios a outrem ou a um grupo.

O cuidado que se deve ter aqui, é o de não criação de uma maioria ditatorial, que não observa as carências e ensejos das minorias, por isso a extrema relevância de se observar os dizeres de Kelsen, presentes no excerto, aqui transcrito. O atendimento desproporcional às vontades da maioria pode acarretar numa ampliação das desigualdades existentes no Brasil.

4. PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL NO BRASIL

4.1. Aplicação

Diante do que já fora expresso aqui, principalmente no tópico anterior, é importante destacar de que forma que o Brasil pode adotar o Princípio da Adequação Social como um dos seus pilares do Direito Penal.

Destarte, a adoção deste lastro no Brasil, pode ser observada na adequação social de alguns riscos, como no caso do exposto pelos eventos de MMA, no qual há lesão corporal (art. 129 do nosso CP), mas a sociedade concebe como legítimo e permitido as ocorrências dentro do “octógono”.

Outro exemplo de um fato formalmente típico, mas em consonância com a ordem social, é a prática da Con-

travenção Penal do “Jogo do Bicho” (art. 58, § 1º, b, da Lei de Contravenções Penais), considerado um fato normal e adequado pela *societas* brasileira.

Segundo Ricardo Maurício Freire Soares, “não obstante a existência de proibição legal, o jogo do bicho, é explorado e praticado livremente por parcelas significativas da sociedade brasileira, sem que os contraventores venham a sofrer, no plano fático, quaisquer sanções”¹⁷.

Para o STJ, mesmo o “Jogo do Bicho” sendo adequado socialmente, e, portanto, passível de aplicação do Princípio de Adequação Social, ainda assim não há porque excluir sua tipicidade. Pelo entendimento do Tribunal, independentemente da aceitação social, há uma norma que precisa ser observada e aplicada pelos agentes¹⁸. Não obstante a esse acórdão, essa contravenção é corriqueira na sociedade brasileira, e legitimada por grande parte da sua população.

No Brasil, o Princípio da Adequação Social, é aplicado, de forma tácita, ou até expressa, em incontáveis exemplos de assunção de riscos permitidos. Como alguns deles, estão as cirurgias plásticas, as tatuagens, o furo na orelha para colocação de brincos, a circuncisão nos homens (mais predominante nos judeus), etc.

Outro fato regulado pelo Direito Penal como tipo, mas considerado legítimo pela sociedade é o do Ultraje Público ao Pudor (art. 233 — Prática de Ato Obsceno; art. 234 — Escrito ou Objeto Obsceno). Percebe-se

17 SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Op. Cit.* p. 39.

18 STJ, REsp. 54716/PR, REsp. 1994/0029499-9. Rel. Min. Assis Toledo, 5ª T., DJ 28/11/1994, p. 32.634.

uma inobservância clara destes artigos, principalmente em épocas festivas como carnaval e micaretas, onde se podem ver mulheres completamente nuas.

Não obstante a proibição legal, por ser considerado um fato socialmente adequado, não há punição para os praticantes dos artigos referidos, especialmente se foram agentes do sexo feminino. Percebe-se que a aplicação de tal princípio ainda é feita de forma tácita, quando ainda não ocorreu o ajuizamento, pela própria sociedade. Já sua admissão de forma expressa, é feita por alguns poucos aplicadores do Direito, de forma muito minoritária.

4.2. Orientações e Limites

É importante estar atento que tal princípio deve servir apenas como excludente do fato típico, visto que, será utilizado de forma a benefício do acusado. Porquanto, de certa forma, estará este dispositivo, limitado a gerar apenas benefícios, vedando uma possível ditadura da maioria.

Um princípio não pode ser legitimador de uma segregação jurídico-social, mesmo que esteja observando o *juízo de adequação social*, portanto, devendo atender a todo e qualquer gênero. Para Paulo Queiroz, é importante não perder de vista que os Princípios Gerais do Direito existem para proteger os cidadãos contra insurgências públicas ou privadas¹⁹.

Bobbio delega aos princípios gerais do direito uma maior força vinculante, colocando-os como normas

¹⁹ QUEIROZ, Paulo. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 37.

fundamentais e generalíssimas da ordem jurídica: as normas mais gerais²⁰. A partir disto, entende-se que há uma necessidade de maior aplicação e observância do que é proposto pelo princípio aqui estudado.

Ainda como limitação, o *juízo de adequação social*, não pode tender, de forma alguma, a uma produção de tipicidade, visto que, sua função é, apenas, como excludente de um fato tipificado. De certo modo, se a produção fosse possível, o perigo de criação de tipos contra algumas minorias seria latente, sobretudo após a observância da ditadura da maioria presente no nazi-fascismo.

Há também, uma limitação dada ao aplicador do Direito, neste âmbito específico, dada ao juiz, que é a de seguir firmemente o *juízo de adequação social* se optar por aludir sua decisão ao princípio trabalhado aqui. Portanto, veda-se a atuação discricionária no que tange ao juiz assumir uma adequação social, por parte do que ele tem como adequado.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do que fora trabalhado, é possível traçar algumas considerações:

- A. Toda e qualquer sociedade convive com riscos, e, portanto, esta, a partir do seu *juízo de adequação social*, ira determinar aqueles que são permitidos ou não para a manutenção da vida em grupo. A partir do princípio estudado não se deve punir os riscos considerados

20 BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: UNB, 1996, p. 159.

permitidos e adequados pela sociedade, visto que, a sua legitimação exclui o tipo objetivo da conduta.

- B. O *juízo de adequação social* é elemento estruturante e fundamental do Princípio da Adequação Social, fazendo parte do seu cerne e servindo de orientação. Quando se analisa este princípio se percebe, de forma mais clara, a historicidade e a constante mutação do Direito, e sua relevante carga axiológica na produção ou extinção de normas.
- C. A Teoria da Imputação Objetiva possui extrema relevância para os dispositivos excludentes do fato típico, inclusive com o princípio aqui estudado. O Princípio da Adequação Social possui diversas funções, não obstante seu caráter de excludente do fato típico, foi ressaltado seu papel de orientar o legislador quanto a produção de novos tipos ou quanto a revogação de outros.
- D. Foi de clara observação que, o pós-positivismo produziu momento histórico favorável à exposição e vinculação dos princípios, especialmente, ao Princípio da Adequação Social. O referido princípio é auxiliar na sustentação do caráter social, democrático e isonômico da Constituição Federal brasileira. Como todo princípio, este é revestido de grande densidade axiológica e multifuncionalidade.
- E. A aceitação da aplicação do princípio por parte da jurisprudência irá trazer um desaforo ao Direito Penal e ao sistema carcerário brasileiro.

A sua utilização possui fundamento nos conceitos de Estado Democrático de Direito, soberania popular e democracia material. No entanto, na forma jurisdicional o princípio ainda não é tão utilizado como poderia ser.

- F. O ativismo do STF na última década prepara o campo para utilização de tal princípio, visto que valoriza a interpretação principiológica e obediência do Direito aos fatos, desligando-se da ideia de subsunção do fato à norma.
- G. O princípio estudado é, de certa forma, aplicado pelos cidadãos de maneira tácita, quando da aceitação dos riscos da vida cotidiana e do não ajuizamento de alguns tipos penais que são infringidos em momentos determinados na vida em grupo, como no MMA, carnaval, jogo do bicho, etc.
- H. Há limites intransponíveis quando da aplicação do princípio: como existir apenas para benefício do acusado; não produzir tipos, apenas excluir; o cuidado de não fomentar uma ditadura da maioria; a não discricionariedade por parte do juiz quando da análise do que é adequado ou não; etc.
- I. O Direito nasce da sociedade, e, portanto, para ela deverá existir. O consectário lógico, *Ex Facto, Oritur Jus*, precisa ser observado com mais frequência pelos Legisladores do Brasil, sobretudo por já estar sendo ressaltado pela Suprema Corte brasileira como de extrema importância para o Direito.

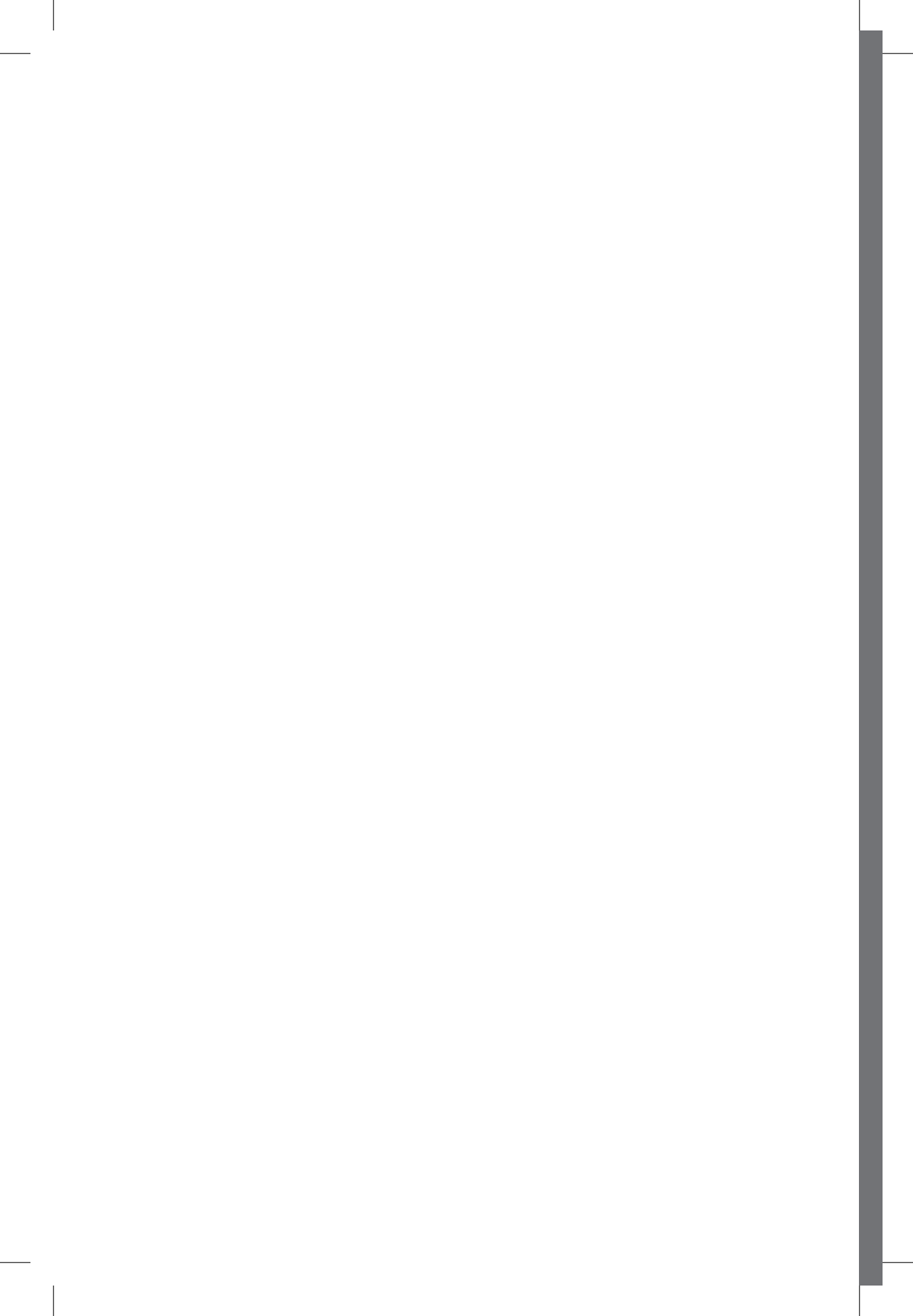
J. Portanto, defende-se uma aplicação mais assídua do princípio estudado, claro que observando seus limites, orientações e relações dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Sabe-se que este princípio servirá como um braço minimalista no Direito Penal, trazendo um maior cuidado e punição às condutas proibidas, e delegando uma excludente de tipicidade às condutas legitimadas pela sociedade. Trará, por conseguinte, ao nosso universo penal, um alívio aos tribunais, que só irá trabalhar com aquilo que for realmente proibido. Porquanto, sabe-se que o Direito Penal é regido também por seus princípios, e estes devem trabalhar em conjunto para diminuir a incidência de crimes e tornar a vida em sociedade mais harmoniosa.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: UNB, 1996.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 1991.
- CUNHA JUNIOR, Dirley Da. *Curso de direito constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2011.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Petrópolis-RJ: Vozes, 2007.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

O PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL E SUA ABORDAGEM MATERIAL

- GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal: parte geral — teoria constitucionalista do delito*. São Paulo: RT, 2006.
- GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.
- KELSEN, Hans. *A democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- QUEIROZ, Paulo. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Trad. Livre. Madrid: Civitas, 1997.
- _____. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Curso de introdução ao estudo do direito*. Salvador: Juspodivm, 2011.
- VADE MECUM. São Paulo: Saraiva, 2009.
- WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Trad. Livre. Santiago: Jurídica de Chile, 1987.
- Julgado do STJ — <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/559918/recurso-especial-resp-54716-pr-1994-0029499-9-stj>> (28/09/2012).



Capítulo VII

A convenção de arbitragem nos contratos de engenharia global: a cláusula compromissória

Rebecca Wicks Sant'anna

Graduanda em Direito pela Faculdade Baiana de Direito e Gestão.
Graduanda em Letras pela Universidade Federal da Bahia.

A convenção de arbitragem nos contratos de engenharia global: a cláusula compromissória

Resumo: O presente trabalho visa uma abordagem acerca da cláusula compromissória no âmbito dos contratos de engenharia global devido a atual expressão, não só deste tipo de contrato comercial internacional no contexto do comércio internacional mas também, por conta do fato de que na maioria desses contratos, as partes decidirem por realizar a convenção de arbitragem através da cláusula, aqui examinada, para assim, se submeterem ao recurso da arbitragem internacional. Pretende-se destacar essa modalidade de convenção de arbitragem, incentivando e compartilhando a ideia de que ela termina por ser essencial diante das características do contrato de engenharia global.

Palavras-chave: Contrato de Engenharia Global. Arbitragem Internacional. Cláusula Compromissória. Convenção de Arbitragem.

Sumário: 1. Introdução — 2. Contratos comerciais internacionais: caracterização — 3. Contrato de engenharia global — 4. Arbitragem internacional — 5. Cláusula compromissória — 6. Conclusão — 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Tomando como base a atual organização mundial, perceber-se-á que não há como imaginar o mundo do século XXI sem o comércio internacional. Como veículo propulsor desse comércio internacional está o contrato comercial internacional.

Adquirindo o papel de figura central da vida do comércio internacional, o contrato comercial internacional não poderia ser deixado de lado, ao revés, o sistema exige que cada vez mais os estudiosos e futuros agentes do Direito se debruçam sobre este assunto e trabalhem-no de maneira a conhecê-lo e descobrir suas mais variadas funções, formas e limites. Deve, portanto, o contrato comercial internacional ser destrinchado, e aqui o será, em particular, o contrato de engenharia global.

Este tipo contratual ganha sua expressão máxima nos dias atuais com o *boom* da construção civil. Com a expansão e internacionalização, ou mundialização, das empresas de engenharia, que buscando novos mercados ultrapassam as fronteiras do seu país de origem, o contrato teve de se adaptar e encontrar a melhor maneira para regular a relação entre as partes. Visando assim uma maior segurança jurídica e minimizar as desvantagens que podem ser trazidas pela apreciação dos litígios relativos aos contratos, surge a convenção de arbitragem que traduz o desejo das partes em submeterem-se à arbitragem internacional.

É neste contexto que apresentamos o objeto central do trabalho e é assim que pretendemos dar início a um estudo acerca da cláusula compromissória nos contratos de engenharia global devido não só a sua atualidade, mas também tendo em conta que na

maioria dos contratos comerciais internacionais que são firmados hoje, as partes veem a necessidade de incorporar uma cláusula compromissória.

2. CONTRATOS COMERCIAIS INTERNACIONAIS: CARACTERIZAÇÃO

O contrato comercial internacional possui diversas características que o elevam a posição de destaque que possui no comércio internacional. É dotado de caráter universal e compreende uma das mais importantes e relevantes invenções do Direito.¹ Com a internacionalização dos negócios não poderia ser diferente.

Poder-se-ia definir o contrato comercial internacional como uma modalidade de contrato de direito internacional privado. Pretendemos, no entanto, um conceito que acompanhe as exigências do estudo presente e, assim, faz-se necessária a busca por uma definição adequada para os contratos comerciais internacionais que aqui são observados. É certo que assim como os contratos internos, os contratos comerciais, internacionais, são marcados pela autonomia privada e, por isso, dificilmente um contrato tenderá a ser igual ao outro. É possível, no entanto, acharmos um denominador em comum, ou seja, algumas características, mesmo com as distinções de um contrato para outro, são inerentes a todos eles.

Assim, faz-se realizável definir o contrato comercial internacional como aquele marcado por dois as-

1 Neste sentido, JÚNIOR, Eduardo dos Santos. *Especialização e Mobilidade Temática do Direito Comercial Internacional como Disciplina de Mestrado — Uma aplicação: Os contratos internacionais de engenharia global*. Lisboa: Almedina, 2009, p. 37

pectos: a comercialidade e a internacionalidade, em outras palavras seriam todo acordo de vontades, realizado entre operadores econômicos, empresas, nomeadamente sociedades comerciais, que impliquem interesse do comércio internacional ou sobre eles repercutam, na medida em que originem transferência de valores entre fronteiras e que gerem obrigações para ambas as partes². Elson Pessoa de Carvalho Filho, afirma que o contrato comercial internacional apresenta grandes diferenças se comparado com o contrato interno. Enquanto o contrato interno estaria sob a égide de legislação interna, o contrato comercial internacional seria passível de estar sob tutela de diversos ordenamentos. Este é um ponto relevante que também caracteriza os contratos aqui tratados e que deve ser mencionado na medida em que poderá influenciar as partes a adotarem ou não determina-

2 Neste sentido, compartilhando da ideia criada pela jurisprudência francesa do critério de afetação do comércio internacional para aferir a internacionalidade do contrato comercial, JÚNIOR, Eduardo dos Santos. *Especialização e Mobilidade Temática do Direito Comercial Internacional como Disciplina de Mestrado - Uma aplicação: Os contratos internacionais de engenharia global*. Lisboa: Almedina, 2009, p.38. Para o efeito de ser considerado como internacional é importante destacar a existência de mais de uma vertente para atestar a internacionalidade dos contratos comerciais como demonstra Luizella Giardino B. Branco, que em sua tese, afirma “De acordo com o entendimento adotado pelo Brasil, o contrato internacional caracteriza-se pela inserção de um elemento de conexão entre o contrato e o sistema jurídico que o irá regular. O elemento de conexão, que pode ligar o contrato a dois ou mais ordenamentos jurídicos, pode ser o domicílio das partes, o local da execução do objeto contratual, o local da produção do resultado pactuado, ou outro elemento equivalente.” No caso do presente trabalho, apoiaremos a ideia sustentada pelo Professor Santos Júnior devido ao tipo contratual aqui relevante que é o do contrato de engenharia global.

das cláusulas no contrato que se referirão não só a arbitragem, mas também à Lei que se adotará para a solução de litígios.

Mesmo com toda a variedade de contratos, que se expressa desde as diferentes partes e objetos contratuais até as suas cláusulas, do mesmo modo que podemos desenvolver um conceito sem prejuízo de outros, podemos reconduzir os contratos comerciais internacionais a grupos mais delimitados devido a seus aspectos em comum. Nas palavras do professor Luís de Lima Pinheiro,³

[...] é possível, agrupar em categorias conceptuais contratos que apresentam certas notas em comum, embora não sejam reconduzíveis seja a um “tipo legal” seja a um tipo do tráfico negocial. Estas categorias conceptuais servem para fins de exposição, sistematização e elaboração científicas. Surgem assim modalidade contratuais que abrangem diferentes tipos de tráfico negocial [...]

É a partir disto que podemos afirmar que um dos tipos de contratos comerciais internacionais é o contrato de engenharia global.

3. CONTRATO DE ENGENHARIA GLOBAL

Como já visto acima, o contrato internacional de engenharia global também referido pelo professor Luís de Lima Pinheiro como contrato de realização de uni-

3 PINHEIRO, Luís de Lima. *Direito Comercial Internacional — Contratos Comerciais. Convenção de Viena sobre a Venda Internacional de Mercadorias. Arbitragem Transnacional*. Lisboa: Almedina, 2005, p.37.

dade industrial, é um tipo de contrato comercial.⁴ Sendo assim, os contratos aqui em causa serão considerados sob os parâmetros da internacionalidade e do caráter privado, o que quer dizer que mesmo podendo os contratos de engenharia global ser internos ou internacionais, os que serão aqui tratados como a própria nomenclatura sugere são os internacionais; para além disto, tratam-se de contratos que se encontram no âmbito privado. Os contratos de engenharia global são atípicos⁵. São contratos complexos, onerosos e que costumam perdurar no tempo. Reúnem características de outros contratos, ou seja, abrangem aspectos que são relevantes a outros contratos, mas não são passíveis de serem reconduzidos a um tipo contratual como o da compra e venda ou empreitada, por exemplo. Pensamos, portanto, que os contratos internacionais de engenharia global podem ser considerados um tipo contratual a parte; podem ser individualizados a partir de sua utilização reiterada no comércio internacional e de suas características particulares. Também neste sentido o professor Lima Pinheiro individualiza os contratos de

4 Neste sentido, “A formação de um tipo do tráfico negocial pressupõe uma prática negocial reiterada na celebração de contratos que desempenham uma determinada função económica e apresentam uma combinação de elementos estruturais, em especial relativos ao conteúdo do negócio, que permitem a sua individualização no tráfico jurídico.” PINHEIRO, Luís de Lima. *Direito Comercial Internacional — Contratos Comerciais. Convenção de Viena sobre a Venda Internacional de Mercadorias. Arbitragem Transnacional*. Lisboa: Almedina, 2005, p.37.

5 PINHEIRO, Luís de Lima. *Direito Comercial Internacional — Contratos Comerciais. Convenção de Viena sobre a Venda Internacional de Mercadorias. Arbitragem Transnacional*. Lisboa: Almedina, 2005, p.37 et seq.

engenharia global que define como contratos para a realização de atividade industrial.

O termo engenharia, atualmente, pode expressar diversos sentidos. A expressão é, no entanto, aqui utilizada numa acepção que encaminha para a ideia de que a atividade de engenharia não se reduziria a mera concepção ou elaboração do projeto, mas se estenderia a realização deste e as vezes iria ainda mais além: coordenaria a execução do projeto, poderia assumir a sua gestão, ou até mesmo exploração do que foi realizado, por exemplo a gestão e exploração de uma instalação industrial.⁶ Em suma, a ideia da atividade de engenharia teria aqui um aspecto alargado, não se limitando à sua acepção clássica. A atuação, portanto, da sociedade de engenharia, quando caracterizada dentro de uma atuação que vai, como mencionado acima, extravasar a ideia de atividade de engenharia clássica partindo para a intervenção na realização do projeto, qualifica o papel da sociedade de maneira atípica, mas que vem se tornando bastante comum na esfera comercial internacional.⁷

6 JÚNIOR, Eduardo dos Santos. *Especialização e Mobilidade Temática do Direito Comercial Internacional como Disciplina de Mestrado — Uma aplicação: Os contratos internacionais de engenharia global*. Lisboa: Almedina, 2009, p.63 et seq.

7 JÚNIOR, Eduardo dos Santos. *Especialização e Mobilidade Temática do Direito Comercial Internacional como Disciplina de Mestrado — Uma aplicação: Os contratos internacionais de engenharia global*. Lisboa: Almedina, 2009, p.67 et seq. O contrato de engenharia global é a expressão máxima do papel de geometria variável da sociedade de engenharia. Sendo assim, consoante com aquilo que a sociedade se prestar a fazer, o contrato poderá ser de três tipos: o contrato chave na mão; o contrato produto na mão ; e, por fim, o contrato mercado na mão. No contrato chave na mão ou “turn key contract” a sociedade de engenharia obriga-se em projetar e rea-

As partes deste tipo de contrato seriam a sociedade de engenharia ou o grupo de sociedades de engenharia, de um lado; e do outro, o cliente, que neste caso poderia até mesmo ser o Estado, como em muitos casos ocorre desde que este atue como ente privado, despido de sua manta de supremacia.

São contratos muitas vezes precedidos de acordos intermédios e em sua grande maioria levados à apreciação de arbitragem internacional quando surgem litígios⁸. Além das características apresentadas, é comum que nestes contratos hajam cláusulas como a cláusula de “force majeure”, “hardship”, “back to

lizar o complexo ou a instalação, mas ainda em assegurar a sua funcionalidade, ou seja o engenheiro projeta, realiza e faz com que funcione a instalação. Este contrato tem implícita a transferência de tecnologia. A segunda modalidade do contrato de engenharia global é o contrato produto na mão ou “product in hand contract” no qual o engenheiro ou a sociedade de engenharia obriga-se não só a entregar a instalação completa e funcionando, mas certifica-se que a instalação funcione para os objetivos do cliente e com a mão de obra necessária para seu funcionamento; a sociedade de engenharia portanto realizaria o projeto, em sua concepção e execução mas para além disto iria atuar como gestora da instalação por certo período, assegurando a produção pretendida pelo cliente e formando o pessoal do cliente. Por fim, a última modalidade, o contrato mercado na mão no qual o engenheiro além de desenvolver e realizar o projeto, preparar o pessoal do cliente, fazer com que a instalação funcione, gerindo esta instalação, se responsabiliza por escoar a produção num todo ou em parte, sendo paga geralmente através da percentagem das receitas obtidas. Neste mesmo sentido, PINHEIRO, Luís de Lima. *Direito Comercial Internacional — Contratos Comerciais. Convenção de Viena sobre a Venda Internacional de Mercadorias. Arbitragem Transnacional*. Lisboa: Almedina, 2005.

- 8 Por uma questão de facilitar a solução dos conflitos que possam surgir entre as partes referentes ao contrato, é de se esperar e é até preferível que as partes convencionam a submissão de possíveis litígios a arbitragem internacional.

back”⁹ e finalmente a cláusula compromissória. Essa última como uma convenção de arbitragem se mostra de extrema importância neste tipo de contrato e será analisada em outro capítulo.

4. ARBITRAGEM INTERNACIONAL

A arbitragem é o modo pelo qual as partes confiam um litígio ou vários litígios à um terceiro. É encarada como um modo alternativo de resolução de litígios. E no contexto do comércio internacional a arbitragem transnacional constitui o modo normal de resolução de litígios.¹⁰ A arbitragem comercial internacional é reconhecida, genericamente em todas as ordens jurídicas a respeito de certas matérias¹¹, geralmente em matéria de direitos disponíveis ou de direitos patrimoniais. O professor Santos Júnior dispõe,¹²

Reconhece-se, pois, que as partes antes de submeter-se à decisão do seu litígio por um tribunal judicial estadual, possam, subtraindo a competência deste, submetê-lo a um tribunal arbitral, seja um tribunal *ad hoc*, seja um tribunal institucionalizado.

9 JÚNIOR, Eduardo dos Santos. *Especialização e Mobilidade Temática do Direito Comercial Internacional como Disciplina de Mestrado — Uma aplicação: Os contratos internacionais de engenharia global*. Lisboa: Almedina, 2009, p.132/134; 149/158.

10 PINHEIRO, Luís de Lima. *Direito Comercial Internacional — Contratos Comerciais. Convenção de Viena sobre a Venda Internacional de Mercadorias. Arbitragem Transnacional*. Lisboa: Almedina, 2005. A arbitragem transnacional é considerada pelo professor Lima Pinheiro em sentido estrito, que seriam aquelas que colocam em jogo interesse do comércio internacional.

11 JÚNIOR, Eduardo dos Santos. *Especialização e mobilidade temática do Direito Comercial Internacional como disciplina de mestrado — Uma aplicação: os contratos internacionais de engenharia global*. Lisboa: Almedina, 2009. p.50.

12 *Ibid.*, *loc. cit.*

Sendo a arbitragem comercial internacional uma arbitragem voluntária, as partes convencionam em submeter-se ou não a justiça arbitral, e transnacional na medida em que em virtude de contatos juridicamente relevantes com mais de um Estado coloca um problema de determinação do respectivo estatuto, mas de maneira ainda mais específica por colocar em jogo interesses do comércio internacional, iremos abordá-la de maneira breve, já que não é objeto central de estudo e seu conteúdo tem necessidade de um trabalho próprio.

O que é importante destacar para o trabalho em questão são as vantagens trazidas através da convenção de arbitragem e os tipos mais usuais de arbitragem utilizados pelas partes nos contratos de engenharia global.

O recurso a arbitragem no âmbito do comércio internacional pode ser extremamente vantajoso. Como atrativos deste meio de resolução de litígios, podemos citar: o menor formalismo que reveste a justiça arbitral, sendo portanto mais célere já que não depende dos condicionalismos que muitas vezes emperram os processos judiciais¹³, é mais simplificado, mesmo que tenha que obedecer a princípios fundamentais de todo e qualquer processo¹⁴; a vantagem da especialidade,

13 PINHEIRO, Luís de Lima. *Direito Comercial Internacional — Contratos Comerciais. Convenção de Viena sobre a Venda Internacional de Mercadorias. Arbitragem Transnacional*. Lisboa: Almedina, 2005, p. 345.

14 JÚNIOR, Eduardo dos Santos. *Especialização e mobilidade temática do Direito Comercial Internacional como disciplina de mestrado — Uma aplicação: os contratos internacionais de engenharia global*. Lisboa: Almedina, 2009. p.52.

os árbitros tendem a ser pessoas especializadas na matéria do objeto do litígio, diferentemente dos tribunais Estaduais nos quais os juízes tem que se deparar com a mais variada gama de causas, os árbitros dos tribunais arbitrais são normalmente pessoas com especiais qualificações e conhecimento, sendo mais preparados para a aplicação de costumes e usos comerciais¹⁵; a vantagem da confidencialidade; a maior garantia da imparcialidade perante os olhos das partes; a vantagem dos árbitros poderem decidir o litígio não com base em uma Lei de um Estado específico, mas com base em critérios autônomos; a vantagem da facilidade do reconhecimento da sentença arbitral, por vezes é mais fácil que uma sentença arbitral seja reconhecida do que uma sentença advinda de um tribunal Estadual estrangeiro¹⁶. Enfim, são inúmeras as vantagens que poderíamos citar para o recurso a arbitragem, mas essas nos parecem ser as mais relevantes¹⁷

15 *Ibid.*, *loc. cit.* Ver também PINHEIRO, Luís de Lima. *Direito Comercial Internacional — Contratos Comerciais. Convenção de Viena sobre a Venda Internacional de Mercadorias. Arbitragem Transnacional*. Lisboa: Almedina, 2005, p.346.

16 Esta facilidade no reconhecimento de sentenças arbitrais se deve principalmente à vinculação de um grande número de Estados à Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução das Sentenças Arbitrais Estrangeiras (1958). Neste sentido ver PINHEIRO, Luís de Lima. *Direito Comercial Internacional — Contratos Comerciais. Convenção de Viena sobre a Venda Internacional de Mercadorias. Arbitragem Transnacional*. Lisboa: Almedina, 2005, p.346; e, também JÚNIOR, Eduardo dos Santos. *Especialização e mobilidade temática do Direito Comercial Internacional como disciplina de mestrado — Uma aplicação: os contratos internacionais de engenharia global*. Lisboa: Almedina, 2009. p.53.

17 Para observar mais vantagens ver: JÚNIOR, Eduardo dos Santos. *Especialização e mobilidade temática do Direito Comercial Internacional como disciplina de mestrado — Uma aplicação: os contra-*

Quanto aos tipos de arbitragem comercial que podemos destacar, um merece especial atenção: a arbitragem institucionalizada. Por estarmos no campo dos grandes contratos de comércio internacional, como já mencionado os contratos de engenharia global costumam ser complexos, duradouros mas também costumam ter como objeto obras de elevado valor, a arbitragem institucionalizada é aquela mais procurada.

A arbitragem institucionalizada consiste naquela que é organizada por centros permanentes, mormente de acordo com o respectivo regulamento de arbitragem¹⁸, por exemplo, os centros de arbitragem que funcionam junto das associações comerciais¹⁹. Os principais centros institucionalizados de arbitragem são, segundo o professor Lima Pinheiro, os que funcionam em Paris, onde funciona o Tribunal Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI), Londres, onde funciona a “London Court of International Arbitration” (LCIA) e Nova Iorque, onde funciona a American Arbitration Association (AAA). Este tipo de arbitragem contribui de ma-

tos internacionais de engenharia global. Lisboa: Almedina, 2009.; PINHEIRO, Luís de Lima. *Direito Comercial Internacional — Contratos Comerciais. Convenção de Viena sobre a Venda Internacional de Mercadorias. Arbitragem Transnacional*. Lisboa: Almedina, 2005; PINHEIRO, Luís de Lima. *Arbitragem Transnacional — A determinação do estatuto de arbitragem*. Lisboa: Almedina, 2005

18 JÚNIOR, Eduardo dos Santos. *Especialização e mobilidade temática do Direito Comercial Internacional como disciplina de mestrado — Uma aplicação: os contratos internacionais de engenharia global*. Lisboa: Almedina, 2009. p.56.

19 PINHEIRO, Luís de Lima. *Direito Comercial Internacional — Contratos Comerciais. Convenção de Viena sobre a Venda Internacional de Mercadorias. Arbitragem Transnacional*. Lisboa: Almedina, 2005, p. 348.

neira notória para o desenvolvimento do Direito da Arbitragem Transnacional.²⁰

O segundo tipo de arbitragem internacional é a “ad hoc” na qual temos um processo inteiramente estabelecido para a decisão da controvérsia²¹, constituindo-se uma arbitragem por organização exclusiva das partes e se desenvolvendo fora de qualquer instituição permanente de arbitragem²². Este tipo de arbitragem tem que ser estabelecido de maneira minuciosa já que a formação da arbitragem será responsabilidade tão só das partes e estas portanto terão que atentar para aspectos importantes do próprio procedimento arbitral que será aplicado pela arbitragem.

5. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

A convenção de arbitragem pode ocorrer através de duas modalidades: através da cláusula compromissória ou do compromisso arbitral. O compromisso arbitral refere-se a um litígio já existente, a partir do qual as cláusulas convencionam em submeter-se a arbitragem internacional. Enquanto isso, a cláusula compromissória é aquela que se refere à convenção de arbitragem internacional pretendendo afetar litígios emergentes²³.

20 *Ibid.*, loc. cit.

21 *Ibid.*, p. 347.

22 JÚNIOR, Eduardo dos Santos. *Especialização e mobilidade temática do Direito Comercial Internacional como disciplina de mestrado — Uma aplicação: os contratos internacionais de engenharia global*. Lisboa: Almedina, 2009. p.56.

23 Neste sentido, Luizella Giardino B. Branco, em sua tese, afirma que “A cláusula compromissória pode ser cheia ou vazia, em razão da liberdade de escolha em relação à lei, ao árbitro e ao foro

Podemos citar as Leis que regulam a arbitragem no Brasil, a Lei 9.307 de 1996; a nova Lei de arbitragem voluntária de Portugal, que entrará em vigor em Março de 2012, a Lei n° 63/2011, de 14 de Dezembro; e a Lei-Modelo da “United Nations Commission On International Trade Law” (UNCITRAL). Todas essas Leis contém uma definição para a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

Assim, a Lei n° 9.307, de 23 de Setembro de 1996 dispõe,²⁴

Art. 3 As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante con-

onde será decidida a demanda. A chamada cláusula compromissória vazia, também conhecida como em branco, é aquela que apenas determina que o conflito será resolvido por arbitragem, sem, entretanto, proceder à escolha de uma entidade especializada na administração de procedimentos arbitrais, ou sem mencionar a forma como serão escolhidos os árbitros.” Esta ideia de cláusula compromissória cheia ou vazia é retirada da Lei brasileira referente a arbitragem, a Lei n° 9.307 de 1996. À partir dela alguns pensadores sugerem que a cláusula compromissória vazia careceria do compromisso arbitral para que a partir deste aspectos como o estatuto da arbitragem, o tribunal arbitral, a quantidade dos árbitros, enfim os aspectos referentes ao processo arbitral fossem determinados. Luis de Lima Pinheiro, no entanto, em seus ensinamentos em *Direito Comercial Internacional — Contratos Comerciais. Convenção de Viena sobre a Venda Internacional de Mercadorias. Arbitragem Transnacional*, p.355, dispõe: “No entanto, segundo interpretação acolhida pelo Supremo Tribunal e que conta com considerável apoio no texto legal (arts. 5.º e 6.º), a cláusula compromissória é suficiente para o início da arbitragem se incorporar um mecanismo que permita a constituição do tribunal arbitral, quer por estipulação direta das partes quer por meio de referência a um regulamento de arbitragem”. Sendo assim, ao referirmos a cláusula de arbitragem pressupomos aquela que é chamada de cheia.

24 Lei de Arbitragem, Lei n° 9.307 de 23 de Setembro de 1996 — Lei que regula a arbitragem no Brasil.

venção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

Art. 4 A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

§ 1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.

Nos termos da nova Lei de arbitragem de Portugal, a Lei nº 63 de 14 de Dezembro de 2011,²⁵

Art.1º

nº1 — Desde que por lei especial não esteja submetido exclusivamente aos tribunais do Estado ou a arbitragem necessária, qualquer litígio respeitante a interesses de natureza patrimonial pode ser cometido pelas partes, mediante convenção de arbitragem, à decisão de árbitros.

nº3 — A convenção de arbitragem pode ter por objecto um litígio actual, ainda que afecto a um tribunal do Estado (compromisso arbitral), ou litígios eventuais emergentes de determinada relação jurídica contratual ou extracontratual (cláusula compromissória).

Art. 2º, nº1 — A convenção de arbitragem deve adotar forma escrita

25 Lei de Arbitragem Voluntária, Lei nº63 de 14 de Dezembro de 2011 — A nova lei de arbitragem voluntária portuguesa substituiu, revogando a antiga Lei de arbitragem voluntária que vigorará até meados de Março, a Lei nº31, de 29 de Agosto de 1986. A Lei portuguesa faz a diferenciação do compromisso arbitral e da cláusula compromissória assim como a Lei brasileira. Ambas adotam, portanto uma visão dualista no que diz respeito a convenção de arbitragem.

nº 6 — O compromisso arbitral deve determinar o objecto do litígio; a cláusula compromissória deve especificar a relação jurídica a que os litígios respeitem.

E, assim como a Lei-Modelo da UNCITRAL disponibiliza duas opções para a definição de acordo de arbitragem²⁶:

1ª Opção:

Artigo 7º

Definição e forma do acordo de arbitragem

(como adoptado pela Comissão na sua 39ª sessão, em 2006)

(1) “Acordo de arbitragem” é o acordo pelo qual as partes decidem submeter à arbitragem todos ou alguns dos litígios surgidos entre elas com respeito a uma determinada relação jurídica, contratual ou extracontratual. Um acordo de arbitragem pode revestir a forma de uma cláusula compromissória num contrato ou a de um acordo autónomo.

(2) O acordo de arbitragem deve ser feito por escrito.

2.ª Opção

Artigo 7º

Definição de acordo de arbitragem

(como adoptado pela Comissão na sua 39ª sessão, em 2006)

26 Lei-Modelo da UNCITRAL, disponibilizada em língua portuguesa e disponível em: http://www.dgpj.mj.pt/sections/noticias/dgpj-disponibiliza/downloadFile/attachedFile_f0/UNCITRAL_Texto_Unificado.pdf?nocache=1298368366.42 Acessado em 20 de Janeiro de 2012

“Acordo de arbitragem” é o acordo pelo qual as partes decidem submeter à arbitragem todos ou alguns dos litígios surgidos entre elas com respeito a uma determinada relação jurídica, contratual ou extra-contratual.

A Lei-Modelo da CNUDCI foi desenvolvida para ser um exemplo para os Estados em geral como uma forma de influenciá-los na concepção de suas Leis internas acerca da arbitragem e assim promover certa uniformização referente as Leis dos diversos Estados.²⁷ Se analisarmos as Leis n° 9.307 e a n° 63, assim como a Lei de arbitragem voluntária, n° 31/86 de 29 de Agosto, que deixará de vigorar em Portugal em Março, pensamos poder afirmar que ao serem concebidas seguiram de certa forma os parâmetros da Lei-Modelo.

Podemos citar alguns modelos de cláusulas compromissórias sugeridas por organizações especializadas em arbitragem como no caso da Câmara de Comércio Internacional (CCI):²⁸

27 Neste sentido atentar para as Resoluções da Assembleia Geral da CNUDCI, a resolução 40/72. Lei Modelo sobre Arbitragem Comercial Internacional da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional; e, ainda, [sobre o relatório do 6° Comitê (A/61/453)] 61/33. Artigos revistos da Lei Modelo sobre Arbitragem Comercial Internacional da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional, e a recomendação sobre a interpretação do artigo II, parágrafo 2° e artigo VII, parágrafo 1°, da Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, concluída em Nova Iorque, a 10 de Junho de 1958; disponível em: <http://www.dgpj.mj.pt/sections/noticias/dgpj-disponibiliza/downloadFile/attachedFile_f0/UNCITRAL_Texto_Unificado.pdf?nocache=1298368366.42>. Acesso em 20 de Janeiro de 2012>

28 Disponível em: <http://www.cacb.org.br/acao/site_antigo/arbitragem/clausulas.php> Acessado em 17 de Janeiro de 2012. Modelo de cláusula compromissória da CCI.>

Todas as controvérsias que derivem do presente contrato serão resolvidas definitivamente de acordo com o Regulamento de Conciliação e de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional, por um ou mais árbitros nomeados de conformidade com este Regulamento.

Assim como o modelo sugerido pela UNCITRAL²⁹:

“Any dispute, controversy or claim arising out of or relating to this contract, or the breach, termination or invalidity thereof, shall be settled by arbitration in accordance with the UNCITRAL Arbitration Rules as at present in force. Note - Parties may wish to consider adding: (a) The appointing authority shall be (name of institution or person);(b) The number of arbitrators shall be ... (one or three); (c) The place of arbitration shall be ... (town or country); (d) The language(s) to be used in the arbitral proceedings shall”

Estas cláusulas são exemplos de cláusulas compromissórias e se referem a opção das partes por uma arbitragem institucionalizada. Caso as partes decidam por uma arbitragem “ad hoc” é aconselhável que elas estipulem a cláusula de maneira cuidadosa para evitar que esta seja ambígua. É interessante que as partes convençionem a cláusula de forma minuciosa acordando sob aspectos como as regras procedimentais da arbitragem, o local da arbitragem, etc.

Bruna Vaz Alves, em sua tese, afirma que uma vez convençionada, a cláusula torna-se irrevogável, não podendo a parte querer submeter o litígio referente ao contrato a um tribunal Estadual em lugar do

29 Disponível em: <<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules/arb-rules.pdf>>. Acessado em 19 de Janeiro de 2012. Modelo de cláusula compromissória da UNCITRAL.

tribunal arbitral. Uma vez que se opte por arbitragem internacional uma ou outra parte não podem se negar a cumprir a convenção de arbitragem.³⁰

A cláusula compromissória a princípio será escrita — até porque como já foi dito pela complexidade do contrato de engenharia global, visando a segurança jurídica e até mesmo para facilitar a interpretação e cumprimento das cláusulas contratuais é de se esperar que estas sejam escritas — e poderá estar inserida no contrato ou em documento apartado, que faça menção detalhada à que contrato se refere³¹. Acompanhando a decisão de considerar a necessidade da cláusula compromissória ser escrita, o professor Dário Moura Vicente remete-nos para a Convenção de Nova Iorque, a qual Portugal e Brasil são partes, e ainda para a Lei-Modelo sobre arbitragem Comercial Internacional da CNUDCI³². Podemos ainda citar as próprias Leis que regulam a arbitragem no Brasil e em Portugal.

30 ALVES, Bruna Vaz. *A autonomia da cláusula compromissória*. Relatório do seminário de Direito Processual Civil I — Direito da Arbitragem (Arbitragem e Conciliação/Mediação). Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 2007.

31 ALVES, Bruna Vaz. *A autonomia da cláusula compromissória*. Relatório do seminário de Direito Processual Civil I — Direito da Arbitragem (Arbitragem e Conciliação/Mediação). Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 2007. Neste sentido ainda, vide o art. 4º, §1, da Lei nº 9.307 de 23, de Setembro, de 1996 que regula a arbitragem no Brasil e a nova lei de arbitragem voluntária portuguesa, a lei nº63 de 2011, em seu artigo 2º. Ambas as leis acompanham a Lei modelo da CNUDCI.

32 VICENTE, Dário Moura. *A manifestação do consentimento na convenção de arbitragem*. Separata Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. v. XLIII, n. 2. Lisboa: Coimbra Editora, 2002. p.990.

Uma questão a ser posta é a autonomia da cláusula compromissória. Questiona-se se perante a nulidade ou ineficácia do contrato de engenharia global, a cláusula compromissória também seria nula ou ineficaz. Esta problemática é relevante pelo fato de a depender da resposta que se obtenha, a cláusula poderá influenciar o contrato de engenharia global em outros aspectos.³³ A Lei-Modelo da CNUDCI dispõe³⁴

Artigo 16º Competência do tribunal arbitral para decidir sobre a sua própria competência

1 — O tribunal arbitral pode decidir sobre a sua própria competência, incluindo qualquer objecção relativa à existência ou validade do acordo de arbitragem. Para este efeito, uma cláusula compromissória

33 Neste sentido vide ALVES, Bruna Vaz. *A autonomia da cláusula compromissória*. Relatório do seminário de Direito Processual Civil I — Direito da Arbitragem (Arbitragem e Conciliação/Mediação). Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 2007. E, ainda como dispõe a Lei brasileira 9.307/96 em seu art. 8º: A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserida, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória. Parágrafo único. Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória. E a nova lei de arbitragem portuguesa segundo seu artigo 18º/1 — O tribunal arbitral pode decidir sobre a sua própria competência, mesmo que para esse fim seja necessário apreciar a existência, a validade ou a eficácia da convenção de arbitragem ou do contrato em que ela se insira, ou a aplicabilidade da referida convenção. 2 — Para os efeitos do disposto no número anterior, uma cláusula compromissória que faça parte de um contrato é considerada como um acordo independente das demais cláusulas do mesmo.

34 Disponível em: <http://www.dgpj.mj.pt/sections/noticias/dgpj-disponibiliza/downloadFile/attachedFile_f0/UNCITRAL_Texto_Unificado.pdf?nocache=1298368366.42>. Acessado em 20 de Janeiro de 2012 — Lei-Modelo da CNUDCI sobre arbitragem.

que faça parte de um contrato é considerada como um acordo distinto das outras cláusulas do contrato. A decisão do tribunal arbitral que considere nulo o contrato não implica *ipso jure* a nulidade da cláusula compromissória.

Também partilha da opinião da autonomia da cláusula compromissória o professor Eduardo dos Santos Júnior que afirma,

[...] a cláusula compromissória é juridicamente autônoma: a invalidade ou ineficácia do contrato onde haja sido inserida, não afecta a validade e a produção dos efeitos da própria cláusula. O que é decisivo, pois da validade da convenção de arbitragem depende a competência mesma do tribunal arbitral.³⁵

Diante do que pode-se retirar das Leis aqui analisadas e da opinião de dois ilustres professores como Santos Júnior e Dário Moura Vicente, além de podermos citar a tese de Bruna Alves, concluímos que a cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato e as outras cláusulas do contrato. Pode-se, portanto, afirmar que em caso de invalidade ou ineficácia contratual, se há uma cláusula compromissória convencionando a arbitragem internacional, o tribunal arbitral é competente para apreciar a sua competência ou incompetência e assim a validade ou não da convenção de arbitragem e os efeitos gerados pela

35 JÚNIOR, Eduardo dos Santos. *Especialização e mobilidade temática do Direito Comercial Internacional como disciplina de mestrado — Uma aplicação: os contratos internacionais de engenharia global*. Lisboa: Almedina, 2009. p. 112. Fala ainda do princípio da competência/competência (conhecido também por *kompetenz-kompetenz*), mesmo que o contrato seja válido ou ineficaz, o tribunal arbitral tem competência para julgar sua incompetência ou competência.

invalidade ou ineficácia do contrato. Assim, a princípio sendo o contrato inválido nenhuma das partes pode utilizar essa desculpa para submeter o contrato inválido a um tribunal Estadual.

6. CONCLUSÃO

No atual contexto do comércio internacional nos deparamos com um de seus mais ilustres mecanismos: o contrato comercial internacional. Devido a expansão das empresas, principalmente as de engenharia, pelo mundo afora, surge uma espécie peculiar de contrato comercial internacional: o contrato de engenharia global. Esta modalidade inovando desde o conceito de engenharia até as suas cláusulas típicas assume sua expressão máxima na contemporaneidade através do florescimento e auge da engenharia de construção.

Os contratos de engenharia global utilizam como forma usual de dissolução de litígios a arbitragem internacional, em especial a arbitragem institucionalizada que surgindo de centros especializados em arbitragem, estes por sua vez tendem a desenvolver regulamentos para os processo arbitrais e modelos de contrato para facilitar a atuação das partes no comércio internacional e principalmente para tentar unificar as regras que existem em todo o mundo sejam elas estatais ou privadas.

A convenção de arbitragem é realizada no contrato de engenharia global através da cláusula compromissória, que pode ser regulada por várias Leis que dispõem sobre arbitragem inclusive pela Lei brasileira, Portuguesa e Lei-Modelo da CNUDCI. Esta última anseia ser um parâmetro para todos os Estados para

que se possa uniformizar as Leis e assim evitar problemas que podem ser levantados pela possibilidade do contrato de engenharia global e até mesmo processo arbitral poderem ser regulados por mais de um ordenamento de Estados diferentes.

Em suma, a cláusula compromissória se mostra imprescindível para que caso haja um litígio entre as partes relativo ao contrato, estas possam recorrer a uma arbitragem, seja ela institucionalizada seja “*ad hoc*”, para que possam dirimir o conflito com as regras que tenham acordados ou com os mecanismos autônomos utilizados pelo árbitro. E é por fim necessário ter uma especial preocupação com esta cláusula e em caso da arbitragem não ser institucionalizada, já que esta pressupõe a utilização das regras da própria instituição em que o tribunal arbitral funciona, sendo a arbitragem “*ad hoc*” é aconselhável que as partes sejam detalhistas quanto aos aspectos que giram em torno da arbitragem.

7. REFERÊNCIAS

ALVES, Bruna Vaz. *A autonomia da cláusula compromissória*. Relatório do seminário de Direito Processual Civil I — Direito da Arbitragem (Arbitragem e Conciliação/Mediação). Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 2007.

DREBES, Josué Scheer. *O Contrato Internacional à Luz do Direito Internacional Privado Brasileiro*, In: Revista Eletrônica de Direito Internacional, vol. 6, 2010, pp.

Disponível em: <http://www.cedin.com.br/static/revista-eletronica/volume6/arquivos_pdf/sumario/josue_drebes.pdf>. Acessado em 19 de maio de 2015.

DOLINGER, Jacob/ TIBURCIO, Carmen. *Direito internacional privado (Parte Especial)- Arbitragem Comercial Inter-*

nacional. Com a colaboração de Suzana Medeiros. Rio de Janeiro /São Paulo: Renovar, 2003.

ESTUDOS DE DIREITO COMERCIAL INTERNACIONAL VOL.I. Coordenação Luís de Lima Pinheiro. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

FILHO, Elson Pessoa de Carvalho. “*Lex Mercatoria e a compra e venda internacional*”. Relatório interdisciplinar. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 2007.

Lei 9.307 de 23 de Setembro de 1996 — A Lei de arbitragem no Brasil.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em 20 de janeiro de 2012.

Lei nº 63/2011 de 14 de Dezembro — A Lei da Arbitragem Voluntária de Portugal, Disponível em: <<http://dre.pt/pdf1sdip/2011/12/23800/0527605289.pdf>>. Acesso em: 20 de Janeiro de 2012.

MATIAS, João Luis Nogueira. *Lex Mercatoria” e Contratos Comerciais internacionais*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/anexos/22174-22175-1-PB.pdf>>. Acessado em 20 em Janeiro de 2012.

PINHEIRO, Luís de Lima. *Arbitragem Transnacional — A determinação do estatuto de arbitragem*. Coimbra: Almedina, 2005.

PINHEIRO, Luís de Lima. *Direito Comercial Internacional — Contratos Comerciais. Convenção de Viena sobre a Venda Internacional de Mercadorias. Arbitragem Transnacional*. Coimbra: Almedina, 2005.

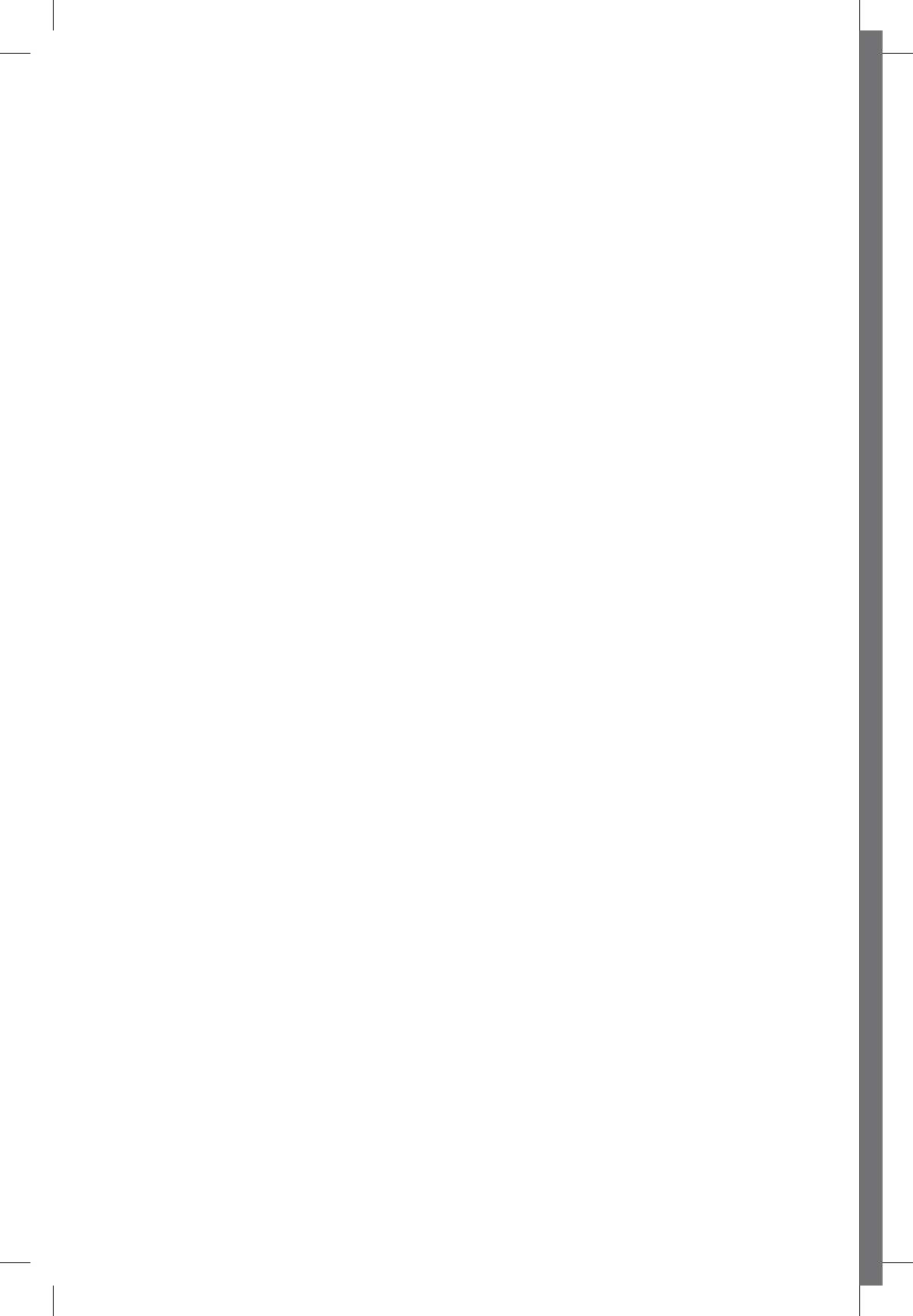
JÚNIOR, Eduardo dos Santos. *Especialização e mobilidade temática do Direito Comercial Internacional como disciplina de mestrado — Uma aplicação: os contratos internacionais de engenharia global*. Coimbra: Almedina, 2009.

VICENTE, Dário Moura. *A manifestação do consentimento na convenção de arbitragem*. Separata Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. v. XLIII, n. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

CLÁUSULAS DE ARBITRAGEM. Disponíveis no site: <http://www.cacb.org.br/acao/site_antigo/arbitragem/clusulas.php>.

REFERENTE ÀS REGRAS DE ARBITRAGEM DA CCI. Disponível no site: <http://iccwbo.org/uploadedFiles/Court/Arbitration/other/rules_arb_brazilian.pdf>.

REFERENTE ÀS REGRAS DE ARBITRAGEM DA UNCITRAL. Disponível nos sites: <<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules/arb-rules.pdf>> e <http://www.dgpj.mj.pt/sections/noticias/dgpj-disponibiliza/downloadFile/attachedFile_f0/UNCITRAL_Texto_Unificado.pdf?nocache=1298368366.42>.



Capítulo VIII

A Importância da Ressocialização nas Medidas de Segurança ao lume da jurisprudência do STF

Thais Rivera Duran Barreto

Graduanda em direito pela Faculdade Baiana de Direito
e Gestão, 6º semestre e graduanda em psicologia pela
Universidade Federal da Bahia, 6º semestre.

A Importância da Ressocialização nas Medidas de Segurança ao lume da jurisprudência do STF

Resumo: A medida de segurança é uma sanção penal que como está prevista no Código Penal e na LEP só deverá cessar quando extinta a periculosidade do agente. Tal periculosidade, entretanto, é um conceito subjetivo e pode ocasionar uma punição perpétua. Nada obstante, penalidades perpétuas atentem contra os direitos e garantias fundamentais constitucionalmente previstos. Desse modo, questiona-se a constitucionalidade da não limitação temporal da medida de segurança. Os Supremos Tribunais têm decidido reiteradamente quanto à limitação do cumprimento de tal medida ao período máximo de 30 anos. A ressocialização é uma das finalidades da pena no sistema brasileiro. Tal escopo deve ser perseguido tanto nas penas criminais quanto nas medidas de segurança. Além disso, a reintegração do indivíduo á sociedade afina-se com a promoção de seus direitos humanos e de sua dignidade, destarte, é relevantíssima. A ressocialização do internado que cumpre medida de segurança é uma condição *sine qua non* para o seu tratamento.

Palavras-Chave: Medida de Segurança. Limitação Temporal. Ressocialização. Proporcionalidade.

Súmarío: 1. Introdução — 2. O prazo da Medida de Segurança e a jurisprudência do

STF: 2.1. Medida de segurança; 2.2. O prazo da medida de segurança segundo o Código Penal; 2.2.1. Constitucionalidade da Indeterminação Temporal da Medida de segurança; 2.3 O prazo da Medida de Segurança e a jurisprudência do STF — 3. Ressocialização: 3.1. A importância da ressocialização no sistema brasileiro; 3.2. Ressocialização como direito humano do custodiado; 3.3 Ressocialização dos internados — 4. Ressocialização nas medidas de segurança: 4.1. Lei Antimanicomial (10.216/2001); 4.1.1. Lei Antimanicomial e medida de segurança; 4.2. A Ressocialização nas medidas de segurança e a jurisprudência do STF — 5. Considerações Finais — 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como escopo o estudo da ressocialização mediante o instituto da medida de segurança, considerando a atual jurisprudência do STF que dispõe sobre a limitação temporal do cumprimento de tal medida.

Com tal objetivo, no primeiro capítulo haverá a análise sobre a medida de segurança e o Enunciado 369 do STF. Para isso, primeiramente, evidenciar-se-á o conceito de medida de segurança, suas modalidades e questionar-se-á se tal medida é apenas um procedimento terapêutico ou se trata-se de uma espécie de sanção penal.

Em seguida, discutir-se-á o prazo de duração da medida de segurança previsto no código penal e na LEP, haverá o questionamento quanto à constitucionalidade dessa matéria.

O primeiro capítulo é concluído com a discussão sobre os julgamentos do STF e do STJ que se referem à limitação temporal de tal medida.

No item subsequente, haverá a discussão sobre a ressocialização. Com esse intuito haverá a análise da ressocialização e de sua importância no sistema brasileiro.

Posteriormente, evidenciar-se-á o cunho de direito humano e de meio garantidor da preservação da dignidade humana característico da reintegração social. Findando esse tópico haverá a explanação sobre a importância da reinserção social para o indivíduo custodiado.

No próximo capítulo discutir-se-á, a lei 10.216, Lei da Reforma Psiquiátrica e sua importância como conquista do movimento antimanicomial. *A posteriori*, haverá uma apreciação sobre as disposições de tal diploma no que concerne às medidas de segurança e ao tratamento do infrator alienado. Tal item concluir-se-á com o exame sobre a jurisprudência das Supremas Cortes no que tange a limitação temporal das medidas de segurança e sua importância para a ressocialização dos custodiados.

O presente trabalho findar-se-á com as considerações finais, nas quais tecer-se-ão críticas, reflexões e ensaios à respeito da matéria em relevo.

2. O PRAZO DA MEDIDA DE SEGURANÇA E A JURISPRUDÊNCIA DO STF

2.1. Medida de Segurança

A prática de um crime por um indivíduo imputável, segundo Francieli Batista Almeida, dá azo à apli-

cação de uma sanção penal. Por outro lado, quando um sujeito inimputável ou semi-imputável comete um ilícito penal isso enseja a aplicação de uma medida de segurança.¹

De acordo com Anderson Henrique Gallo a medida de segurança é um instituto peculiar, pois ao mesmo tempo tem natureza administrativa-assistencial e caráter punitivo². Como aduz Francieli Batista Almeida, existem duas correntes doutrinárias que discutem a natureza jurídica de tal instituto³.

Para a corrente majoritária a medida de segurança consiste em uma modalidade de sanção penal⁴, o que para Luis Flávio Gomes e Aurélia Maria Ferraz de Sousa seria uma resposta do Estado a violação de norma punitiva por indivíduo inimputável. Portanto a tal instituto se aplicariam todos os princípios da pena.⁵

Para esses autores, nessa hipótese o juiz absorve o réu devido à falta da imputabilidade, pressuposto de aplicação da pena, contudo devido a sua periculosidade aplica-lhe uma medida de segurança.⁶

1 ALMEIDA, Francieli Batista. *Direito Penal da loucura*, 11/2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21476/direito-penal-da-loucura>>.

2 GALLO, Anderson Henrique. *Estudo sobre as medidas de segurança*, 2009, Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17391/estudo-sobre-as-medidas-de-seguranca#ixzz2G0NRndM3>>.

3 ALMEIDA, Francieli Batista. *Direito Penal da loucura*, 11/2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21476/direito-penal-da-loucura>>.

4 Idem.

5 GOMES, Luiz Flávio. SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. *Medida de segurança: também está sujeita à prescrição*. Disponível em <<http://www.lfg.com.br>>. Acessado no dia 24 de junho de 2010.

6 Idem.

Para a segunda corrente tal instituto trata-se de um meio terapêutico que tem como escopo dar tratamento e possibilitar a recuperação do indivíduo sem imputabilidade.⁷

Como alude Damásio de Jesus, defensor da corrente majoritária, a pena tem natureza retributiva-preventiva, pois visa a ressocialização do criminoso. A medida de segurança, entretanto, tem caráter meramente preventivo, pois tem como escopo evitar que aquele indivíduo volte a cometer ilícitos penais.⁸

É importante destacar, que enquanto o reconhecimento da culpabilidade é a condição essencial para aplicação das penas, para a imposição da medida de segurança é necessário que haja periculosidade, além do cometimento do ilícito penal.⁹

Como assinala Farah de Sousa Malcher a periculosidade refere-se a inclinação do agente inimputável, devido a sua perturbação mental, a reincidir.¹⁰ Para Francine Machado de Paula esse tipo de periculosidade tem o sentido de “probabilidade de

7 ALMEIDA, Francieli Batista. *Direito Penal da loucura*, 11/2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21476/direito-penal-da-loucura>>.

8 JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*. Ed. 31, São Paulo, Saraiva, 2010, p.589.

9 MALCHER, Farah de Sousa. *A questão da inimputabilidade por doença mental e a aplicação das medidas de segurança no ordenamento jurídico atual*, 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12564/a-questao-da-inimputabilidade-por-doenca-mental-e-a-aplicacao-das-medidas-de-seguranca-no-ordenamento-juridico-atual>>.

10 Idem.

reinteração em ilícitos penais,” tal conceito concerne as ações porvindas dos agentes não imputáveis.¹¹

Para determinar-se a existência da periculosidade, a partir da prática do ilícito penal, realiza-se uma perícia médica psiquiátrica, na qual se consideram aspectos que concernem à vida pregressa do infrator, tais como seus antecedentes pessoais e familiares, seu histórico social entre outros fatores.¹²

Hodiernamente, a medida de segurança divide-se em duas espécies: a medida de segurança restritiva que consiste no tratamento ambulatorial; a medida de segurança detentiva que se embasa na internação em hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico¹³. Como ilustra Farah de Sousa Malcher, o que determina qual espécie será aplicada é, unicamente, a pena cominada ao crime cometido, irrelevando-se o grau de periculosidade.¹⁴

O sistema penal, através das medidas de segurança, quando não visa a ressocialização é um mecanismo de exclusão e de estigmatização do criminoso-louco. Desse modo, o manicômio judicial pode ser visto como local de depósito daqueles que não são so-

11 PAULA, Francine Machado de. *Medidas de Segurança, Elaborado em 2008*, atualizado em 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14617/medidas-de-seguranca>>.

12 Idem.

13 MALCHER, Farah de Sousa. *A questão da inimputabilidade por doença mental e a aplicação das medidas de segurança no ordenamento jurídico atual*, 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12564/a-questao-da-inimputabilidade-por-doenca-mental-e-a-aplicacao-das-medidas-de-seguranca-no-ordenamento-juridico-atual>>.

14 Idem.

cialmente convenientes, produzindo-se, destarte, um verdadeiro asilo machadiano. Isso ocorre, pois o critério de internação e de manutenção do “tratamento”, *ad eternum*, é arbitrário e pouco efetivo.

Além disso, a ausência de limitação do prazo da medida de segurança é realmente questionável.

2.2. O prazo da Medida de Segurança segundo o Código Penal

Segundo Márcio Fortuna Alves, o artigo 97 do Código Penal prevê que o prazo mínimo de internação ou de tratamento ambulatorial é de 1 a 3 anos, contudo tal artigo não prevê um prazo máximo¹⁵. Pois, como aduz Farah de Sousa Malcher a desinternação tem como condição *sine qua non* a extinção da periculosidade. Apenas se verificada tal cessação o juiz pode determinar a desinternação do agente ou sua liberação condicional,¹⁶ por conseguinte tal instituto perdura por tempo indeterminado.

Consoante ao Código Penal, a cessação da periculosidade será averiguada através da perícia médica.¹⁷

15 ALVES, Fortuna Márcio. *A constitucionalidade ou não da indeterminação temporal da medida de segurança*, 05/2008. Disponível em :<<http://jus.com.br/revista/texto/18014/a-constitucionalidade-ou-nao-da-indeterminacao-temporal-da-medida-de-seguranca/3#ixzz2G1nBA195>>.

16 MALCHER, Farah de Sousa, *A questão da inimputabilidade por doença mental e a aplicação das medidas de segurança no ordenamento jurídico atual*, 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12564/a-questao-da-inimputabilidade-por-doenca-mental-e-a-aplicacao-das-medidas-de-seguranca-no-ordenamento-juridico-atual>>.

17 Código Penal.

Nada obstante, como assinala Naiane de Araujo Garcez e Greice Ferreira do Nasci, a periculosidade tem natureza subjetiva e incerta, o que pode ter como consequência uma sanção penal perpétua.¹⁸ Consoante a esse entendimento, aduz José Airton Dantas Neto, a periculosidade não pode ser demonstrada objetivamente.¹⁹

No entanto, a Carta Magna, em seu art. 5º, inc. XLVII proíbe de forma expressa a pena perpétua. Como sinala Márcio Fortuna Alves, em concordância Com a Constituição Federal, o artigo 75 limita a pena de prisão ao máximo de 30 anos.²⁰

Devido aos supracitados dispositivos, como ilustra Leonardo Marcondes Machado, não se questiona que a pena criminal tem um limite temporal, contudo há dúvidas sobre a limitação á medida de segurança. Há duas correntes que dispõe sobre tal matéria.²¹

A primeira corrente defende que por concernir a tratamento terapêutico e curativo, que tem caráter

18 Naiane de Araujo Garcez e Greice Ferreira do Nasci. *Uma análise crítica acerca da medida de segurança: pena ou direito a saúde?*, 10/2010.

19 DANTAS NETO, José Airton. *Aspecto temporal da medida de segurança e a vedação a prisão perpétua (limite da pena no brasil)*, 08/2012. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=8499>.

20 ALVES, Fortuna Márcio. *A constitucionalidade ou não da indeterminação temporal da medida de segurança*, 05/2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18014/a-constitucionalidade-ou-nao-da-indeterminacao-temporal-da-medida-de-seguranca/3#ixzz2G1nBA195>>.

21 MACHADO, Leonardo Marcondes. *Medida de segurança perpétua?*, 05/2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21815/medida-de-seguranca-perpetua#ixzz2G1Qe1QIH>>.

preventivo, tal medida só deve cessar quando extinguir-se a periculosidade do custodiado. Desse modo, se tal periculosidade não cessar esse “tratamento” será perpétuo.²²

Para a segunda corrente, por sua vez, a medida de segurança é uma espécie de sanção penal, portanto, não pode ultrapassar o tempo máximo de 30 anos, previsto no artigo 75 do Código Penal.²³

2.2.1. Constitucionalidade da Indeterminação Temporal da Medida de segurança

Discute-se, mediante o exposto, se a indeterminação temporal da medida de segurança é constitucional.

De acordo com Márcio Fortuna Alves, por tratar-se de detenção de caráter afitivo, que priva o sujeito de sua liberdade e do convívio social, a internação não se diferencia da pena de prisão. Já que ambas consistem em restrição da liberdade do agente a partir do cometimento de um delito.²⁴ De acordo com esse entendimento, Ary Queiroz Viera Júnior afirma que na prática não há nenhuma diferença substancial entre as penas privativas de liberdade e a internação.²⁵

22 idem

23 ibidem

24 ALVES, Fortuna Márcio. A constitucionalidade ou não da indeterminação temporal da medida de segurança, 05/2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18014/a-constitucionalidade-ou-nao-da-indeterminacao-temporal-da-medida-de-seguranca/3#ixzz2G1nBA195>>.

25 VIEIRA JÚNIOR, Ary Queiroz. *Indeterminação temporal da medida de segurança. Uma análise constitucional*, 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10677/indeterminacao-temporal-da-medida-de-seguranca#ixzz2G1PA2CIL>>.

Ainda que haja dúvidas se a vedação a pena perpétua presente no, alhures citado, artigo 5º abrange as medidas de segurança, deve-se, como defende o supradito autor, interpretar-se os direitos fundamentais, de forma a cercear minimamente qualquer direito.²⁶

Como nota esse autor, uma interpretação teleológica e sistemática do texto constitucional levaria a conclusão que a leitura do artigo 5º no que se refere a pena, na verdade, deve ser entendido como “sanções penais”. Destarte tal vedação abarca, também, as medidas de segurança.²⁷

Além disso, como aponta Peluso, partindo-se do princípio *in dubio pro reo*, a interpretação do artigo 5º inciso, seria compreendida da forma mais benéfica ao acusado, sendo assim a palavra “pena” deveria ser interpretada como “sanção penal”²⁸

Portanto, a medida de segurança por não ter limite previsto é contrária a vedação estabelecida pelo supracitado artigo 5º. Devido a isso, o artigo 97, que, como foi supramencionado, trata da limitação temporal da medida de segurança, não foi recepcionado pela constituição de 1988. Não se tratando de inconstitucionalidade, pois a Carta Magna vigente é posterior é tal artigo.²⁹

26 Idem.

27 Ibidem.

28 PELUSO, Vinicius de Toledo Piza *apud* Naiane de Araujo Garcez e Greice Ferreira do Nasci. *Uma análise crítica acerca da medida de segurança: pena ou direito a saúde?*, 10/2010.

29 ALVES, Fortuna Márcio. *A constitucionalidade ou não da indeterminação temporal da medida de segurança*, 05/2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18014/a-constitucionalidade-ou-nao-da-indeterminacao-temporal-da-medida-de-seguranca/3#ixzz2G1nBA195>>.

Soma-se a isso o fato de que a medida de segurança sem prazo determinado fere diversos princípios. Entre esses estão, como menciona Vanderson Roberto Vieira, o princípio humanidade das sanções.³⁰ Além disso, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, como alude José Airton Dantas Neto, veda sanções que ultrapassem sua finalidade e que se prolonguem de forma ilimitada.³¹

Para esse autor, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana vai limitar o *ius puniende* do Estado, na medida em que proíbe penas ilimitadas e estabelece que a sanção penal deve ser proporcional em sua limitação temporal a gravidade da conduta praticada.³²

Aqueles que sustentam que a medida de segurança deve permanecer devido a não cessação da periculosidade, segundo Márcio Fortuna Alves, estão enganados. Tal engano ocorre, pois de acordo com pesquisas, o índice de reincidência, entre indivíduos acometidos por problemas mentais, contra pessoas fora do hospital de custódia é igual a zero. Como assinala esse autor, o programa Pai PJ acompanhou mais de dez mil agentes, que cometeram homicídios devido a crises psicóticas, contudo nenhum desses sujeitos reincidiu.³³

30 VIEIRA, Vanderson Roberto. "Medidas de segurança" por tempo indeterminado (perpétuas): impossibilidade constitucional. Disponível em: <<http://www.faimi.edu.br/v8/RevistaJuridica/Edicao1/Arquivos/Medidasdeseguranca.pdf>>.

31 DANTAS NETO, José Airton, *Aspecto temporal da medida de segurança e a vedação a prisão perpétua (limite da pena no Brasil)*, 08/2012. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=8499>.

32 Idem.

33 ALVES, Fortuna Márcio. *A constitucionalidade ou não da indeterminação temporal da medida de segurança*, 05/2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18014/a-constitucionalida>>.

A medida de segurança com duração ilimitada fere, flagrantemente, os Direitos Fundamentais, atentando contra a Dignidade Humana. Tal pena não cumpre nenhum fim terapêutico, já que a institucionalização do indivíduo e sua consequente exclusão da sociedade apenas agrava seu estado clínico.

Pode-se concluir como defende Ferrajoli, que a não limitação do tempo da medida de segurança reflete a segregação dos internados em hospitais psiquiátricos, nos quais ocorre uma violência institucional dupla, o cárcere e o manicômio.³⁴

Como assinala Cernichiaro, as penas privativas de liberdade perpétuas não tem utilidade social nenhuma, apenas gera efeitos negativos como manter a ociosidade e transformar o ser humano em pária.³⁵ Inobstante, essa seja a realidade de muitas pessoas no Brasil. A internação permanente retira o indivíduo de seu contexto social o desumanizando, desse modo qualquer forma de cura é impossível.

A medida de segurança perene é uma forma de exclusão social dos indivíduos que não são produtivos

de-ou-nao-da-indeterminacao-temporal-da-medida-de-seguranca/3#ixzz2G1nBA195>.

34 FERRAJOLI *apud* QUEIROZ, 2005, p.379 *apud* ALVES, Fortuna Márcio. *A constitucionalidade ou não da determinação temporal da medida de segurança*, 05/2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18014/a-constitucionalidade-ou-nao-da-indeterminacao-temporal-da-medida-de-seguranca/3#ixzz2G1nBA195>>.

35 CERNICHARIO, Luiz Vicente; COSTA JR., Paulo José da. *Direito Penal na Constituição*, 3ª. Ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 130 e 131 *apud* VIEIRA JÚNIOR, Ary Queiroz, *Indeterminação temporal da medida de segurança. Uma análise constitucional*, 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10677/indeterminacao-temporal-da-medida-de-seguranca#ixzz2G1PA2CIL>>.

vos e interessantes para o sistema. Além disso, através desse instituto descremina-se o dito louco, mesmo não voltando a delinquir, como foi visto nas pesquisas, esse indivíduo não é sujeito aos benefícios do artigo 75. Mais do que sanção penal, tal medida de segurança é resultante de um estigma social e de um histórico de preconceitos que marcaram a história do Direito Penal e do tratamento psiquiátrico.

Para resolver tal problemática, muitos autores fornecem soluções para a indeterminação do prazo da medida de segurança. Para Toledo o limite máximo de tal medida deve equivaler a pena máxima cominada ao delito praticado. Já para outros autores a pena máxima deve ser de 30 anos.³⁶ O STF vem produzindo uma notável jurisprudência sobre tal matéria.

2.3. O prazo da Medida de Segurança e a jurisprudência do STF

Como aponta Leonardo Marcondes Machado, a jurisprudência hodierna dos Tribunais Superiores (STF e STJ) vem reconhecido a limitação máxima temporal na fase executiva da sanção penal, o que abarca tanto a pena criminal quanto a medida de segurança.³⁷

De acordo com o informativo de número 369 do STF, de 2005, a medida de segurança teria como limi-

36 PELUSO, Vinícius de Toledo Piza, *apud* VIEIRA JÚNIOR, Ary Queiroz. Indeterminação temporal da medida de segurança. Uma análise constitucional, 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10677/indeterminacao-temporal-da-medida-de-seguranca#ixzz2G1PA2CIL>>.

37 MACHADO, Leonardo Marcondes. *Medida de segurança perpétua?*, 05/2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21815/medida-de-seguranca-perpetua#ixzz2G1Qe1QIH>>.

te temporal o prazo de 30 anos. Tal enunciado foi produzido a partir do julgamento do **HC 84219**, no qual, como aduz Márcio Fortuna Alves, se pretendia a extinção da medida de segurança atribuída à paciente, acometida por doença mental pela prática de homicídio. Essa paciente, já havia cumprido mais de 30 anos em hospital de custódia e tratamento.³⁸

Segundo esse julgado, tal impetração é contra o STJ que indeferira a mesma medida, sob o argumento de que a lei penal apenas prevê a cessação da medida de segurança quando houver a extinção da periculosidade. Desse modo, o diploma penal não prevê limite temporal máximo ao cumprimento da medida de segurança, como foi dito alhures.³⁹

Contudo o STF, nesse seu informativo, sustenta que com base no que estão dispostos nos artigos 75 e 183 da LEP, a medida de segurança está limitada a duração da pena imposta ao réu, mesmo se perdurar a doença mental ou a periculosidade.⁴⁰

Como afirma o informativo 369, se — após a declaração da extinção da punibilidade — ainda persiste a necessidade de tratamento, a paciente deve ser movida para um hospital psiquiátrico da rede pública.⁴¹

38 ALVES, Fortuna Márcio. *A constitucionalidade ou não da indeterminação temporal da medida de segurança*, 05/2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18014/a-constitucionalidade-ou-nao-da-indeterminacao-temporal-da-medida-de-seguranca/3#ixzz2G1nBA195>>.

39 Idem.

40 Ibidem.

41 Enunciado 369 STF, Site do STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo369.htm>>.

Nessa decisão, considera-se que a vedação constitucional às penas perpétuas se aplica às medidas de segurança. Toma-se em exame, outrossim, como assinala o art. 75, o limite máximo das penas privativas de liberdade e o art. 183 da LEP, que delimita a duração temporal máxima da medida de segurança, ao prever que tal medida ocorre em substituição a pena. Não podendo, destarte, ser mais gravosa que a própria pena criminal.⁴²

Como sinala Farah de Souza Malcher, O STF, desse modo, conclui, a partir da interpretação teleológica e sistemática dos, supramencionados, artigos 75, 97 e 183, que na medida de segurança deve-se considerar a vedação constitucional às prisões perpétuas.⁴³

Como aduz Luiz Flávio Gomes e Antonio Garcá-Pablos Molina, ao não fixar prazo determinado para as medidas de segurança, o Código Penal brasileiro discrepa da doutrina moderna, que vem buscando aplicar as garantias inerentes à pena às medidas de segurança.⁴⁴

Desse modo, segundo Anderson Henrique Gallo, essa decisão da primeira turma do STF, é uma tenta-

42 Idem.

43 MALCHER, Farah de Sousa. *A questão da inimizabilidade por doença mental e a aplicação das medidas de segurança no ordenamento jurídico atual*, 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12564/a-questao-da-inimizabilidade-por-doenca-mental-e-a-aplicacao-das-medidas-de-seguranca-no-ordenamento-juridico-atual>>.

44 GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Di-reito Penal Parte Geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v.2.p. 209 *apud* ALVES, Fortuna Márcio. *A constitucionalidade ou não da indeterminação temporal da medida de segurança*, 05/2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18014/a-constitucionalidade-ou-nao-da-indeterminacao-temporal-da-medida-de-seguranca/3#ixzz2G1nBA195>>.

tiva necessária de adequar o diploma penal á Carta Magna⁴⁵ — e ao entendimento da doutrina hodierna — estabelecendo, como foi supramencionado, o prazo máximo de 30 anos á medida de segurança.

Como aponta Farah de Souza Malcher, o novo Código Penal, em consonância com a doutrina, propõe a estipulação de um prazo máximo para as medidas de segurança. O que para esse autor corrigiria a inconstitucionalidade de tal dispositivo.⁴⁶

O STJ, como alude Leonardo Marcondes Machado, em HC 208.336 de 2012, posicionou-se no sentido de que o tempo de cumprimento da medida de segurança, em ambas as modalidades, deve ter como limite o máximo da pena cominada em abstrato ao delito cometido, não ultrapassando 30 anos. Pois o art. 97 do Código Penal deve ser interpretado levando-se em consideração os princípios da proporcionalidade, razoabilidade e isonomia.⁴⁷

Esse entendimento é consoante com o que vem decidindo o STF.

Contudo, como assevera o supradito autor, para o STJ esse tema é controvertido, apesar de que ulti-

45 GALLO, Anderson Henrique. *Estudo sobre as medidas de segurança, 2009*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17391/estudo-sobre-as-medidas-de-seguranca#ixzz2G0NRndM3>>.

46 MALCHER, Farah de Sousa. *A questão da inimputabilidade por doença mental e a aplicação das medidas de segurança no ordenamento jurídico atual, 2008*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12564/a-questao-da-inimputabilidade-por-doenca-mental-e-a-aplicacao-das-medidas-de-seguranca-no-ordenamento-juridico-atual>>.

47 MACHADO, Leonardo Marcondes, *Medida de segurança perpétua?, 05/2012*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21815/medida-de-seguranca-perpetua#ixzz2G1Qe1QIH>>.

mamente, seu entendimento vem afinando-se com a posição histórica do STF. Contrariamente, a Excelsa Corte, tem um posicionamento pacífico sobre a matéria desde 2005.⁴⁸

3. RESSOCIALIZAÇÃO

3.1. A ressocialização no sistema brasileiro

É relevante colocar-se em relevo, que a noção de ressocialização surge no fim do século XIX. Nesse período, Franz Von Liszt desenvolveu a teoria da prevenção especial, pela a qual a pena deveria impedir determinado agente, considerado de forma individual, de reincidir.⁴⁹

A ressocialização traz como vantagem em relação à teoria da retribuição, o fato de que acrescenta a pena uma função social, desse modo, quando a punição não se faz necessária para a paz social deve ser afastada.⁵⁰

O ideal de ressocialização afina-se com a finalidade de humanização do direito penal e com a preservação da Dignidade da Pessoa Humana, pilar do Estado Democrático de Direito. Tal princípio limita o *ius puniendi* do Estado e estabelece que a punição deva equivaler ao estritamente necessário. Desse modo, cerceia-se a intensidade da violência do estado contra o indivíduo criminalizado.

48 Idem.

49 FRANCO, José Henrique Kaster. *Execução da pena privativa de liberdade e ressocialização. Utopia? 12/2008*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12153/execucao-da-pena-privativa-de-liberdade-e-ressocializacao#ixzz2G6VRORe6>>.

50 Idem.

Devido a isso, a finalidade de reinserção do criminoso na sociedade como um escopo a ser logrado pelo direito penal, como aduz José Henrique Kaster Franco, esta presente nos ordenamentos jurídicos de diversos países democráticos⁵¹

No Brasil, a pena assume uma dupla função: a de prevenção e a de retribuição.⁵² Como assinala Luis Flávio Gomes, o artigo 59 do diploma penal, evidencia em seu texto essa dupla função. No art. 1º da LEP, por sua vez, é clara a opção que o legislador faz pela finalidade de prevenção especial no que tange a ressocialização.⁵³

Para esse ilustre autor, no momento da sentença aplica-se a pena no sentido retributivo e preventivo. No momento da execução, diferentemente, a pena tem como fim a integração social (prevenção especial)⁵⁴

Consonante ao alhures exposto, José Airton Dantas Neto assevera que a pena no ordenamento jurídico brasileiro tem como fim reinserir o indivíduo na sociedade, demonstrando uma clara preocupação com a finalidade de prevenção.⁵⁵

51 Ibidem.

52 DANTAS NETO, José Airton. *Aspecto temporal da medida de segurança e a vedação a prisão perpétua (limite da pena no brasil)*, 08/2012. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=8499>.

53 Luiz Flávio Gomes. *Funções da pena no Direito Penal brasileiro*, 03/2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8334/funcoes-da-pena-no-direito-penal-brasileiro#ixzz2G6W3Uih4>>.

54 Idem.

55 DANTAS NETO, José Airton. *Aspecto temporal da medida de segurança e a vedação a prisão perpétua (limite da pena no brasil)*, 08/2012. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=8499>.

Como sinala Victor Gonçalves Machado, a ressocialização visa a ideia de humanização, pois traduz-se em um modelo que objetiva fornecer as condições essenciais para que o preso possa reintegrar-se de forma efetiva a sociedade e evitar sua reincidência.⁵⁶

De acordo com Molina a ressocialização deve neutralizar os efeitos nefandos, sobretudo, da execução da pena de prisão. Para que se atinja tal meta é necessária uma intervenção positiva no preso, que vise habilitá-lo para participar e integrar-se, de forma ativa e digna, à sociedade.⁵⁷

Como aduz René Ariel Dotti, a reinserção social deve proporcionar ao sujeito mecanismos que lhe permita escolher seus caminhos futuros de forma livre.⁵⁸ Desse modo a reintegração social não deve impor determinados comportamentos ou valores. A ressocialização deve, pelo contrario, fornecer ao indivíduo meios para que esse possa, exercendo seus direitos fundamentais, participar da sociedade de forma ativa.⁵⁹

56 MACHADO, Vitor Gonçalves. *A reintegração social do preso. Uma análise sobre os principais discursos contrários e favoráveis à finalidade ressocializadora da pena, 09/2009*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18118/a-reintegracao-social-do-preso#ixzz2G6UT8Nmj>>.

57 Molina *apud* MACHADO, Vitor Gonçalves. *A reintegração social do preso. Uma análise sobre os principais discursos contrários e favoráveis à finalidade ressocializadora da pena, 09/2009*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18118/a-reintegracao-social-do-preso#ixzz2G6UT8Nmj>>.

58 René Ariel Dotti *apud* MACHADO, Vitor Gonçalves. *A reintegração social do preso. Uma análise sobre os principais discursos contrários e favoráveis à finalidade ressocializadora da pena, 09/2009*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18118/a-reintegracao-social-do-preso#ixzz2G6UT8Nmj>>.

59 MACHADO, Vitor Gonçalves. *A reintegração social do preso. Uma análise sobre os principais discursos contrários e favoráveis à fi-*

Por conseguinte, a reinserção social não deve impor métodos e tratamentos, condicionando o indivíduo. Como foi dito em outras palavras, a ressocialização implica em dar-se ao indivíduo autonomia, em emancipar o sujeito.⁶⁰ Deve-se mencionar, outrossim, que, como alude José Henrique parte da doutrina não crê na possibilidade do agente se recuperar, já que o cárcere não é o ambiente adequado para a ressocialização. É, conforme tal autor, contraditório, que se repare alguém, preparando-lhe para viver em sociedade, privando-lhe do convívio social.⁶¹ Como aduz Luiz Flávio Gomes, a pena de prisão, atualmente, não cumpre sua finalidade ressocializadora. Isso se deve ao fato de que, na realidade brasileira hodierna, a pena de prisão é cumprida de forma inconstitucional, desumana e cruel. Os cárceres, pelo contrario, dessocializam os detentos, devastando sua personalidade.⁶²

A reinserção social é necessária, contudo, diante das circunstâncias atuais, essa finalidade é meramente utópica. Devido às circunstâncias atuais do sistema prisional as chances do indivíduo tornar — ou passar — a ter uma vida social saudável e normal, após ser liberto é, mínima.

nalidade ressocializadora da pena, 09/2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18118/a-reintegracao-social-do-presos#ixzz2G6UT8Nmj>>.

60 Idem.

61 FRANCO, José Henrique Kaster. *Execução da pena privativa de liberdade e ressocialização. Utopia?* 12/2008, Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12153/execucao-da-pena-privativa-de-liberdade-e-ressocializacao#ixzz2G6VROre6>>.

62 GOMES, Luiz Flávio. *Funções da pena no Direito Penal brasileiro, 03/2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8334/funcoes-da-pena-no-direito-penal-brasileiro#ixzz2G6W3Uih4>>.*

Desse modo, a ressocialização é um meio de preservar os direitos fundamentais e os direitos humanos do custodiado. Afinal, nenhuma punição pode durar eternamente, inobstante isso ocorra na prática com o sistema brasileiro, pois após cumprir sua pena, o agente, dificilmente reintegrar-se-á a sociedade de forma ativa e digna. Sendo punido, assim, por seu delito, além da pena prevista legalmente, pois esse sofrerá com a segregação e a dessocialização provocadas pelo processo de encarceramento e institucionalização ao longo de toda a sua vida.

3.2. Ressocialização como direito humano do custodiado

Como já foi observado e assevera Paula Julieta Jorge de Oliveira, a reintegração do apenado à sociedade é uma consequência do reconhecimento da importância dos direitos humanos, já que a punição perpetua do indivíduo que já saldou sua dívida com a sociedade tem como corolário a reincidência e viola visceralmente os direitos humanos do sujeito.⁶³

Segundo essa autora o desafio atual de nosso sistema é encontrar e promover meios adequados de ressocialização, para que assim os condenados sejam reconduzidos à condição de cidadania e após o fim da pena possam reintegrar-se ao convívio social.⁶⁴

Em uma não tão recente decisão do STF, assinada por Victor Gonçalves Machado, destaca-se a im-

63 OLIVEIRA, Paula Julieta Jorge de. *Direito ao trabalho do preso. Uma oportunidade de ressocialização e uma questão de responsabilidade social*, 01/2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14871/direito-ao-trabalho-do-preso#ixzz2G6ub5pwD>>.

64 Idem.

portância da reintegração social como forma de promover os direitos humanos do custodiado e preservar sua dignidade. No HC 71.179-PR, a segunda turma decidiu pela transferência de um sentenciado, tendo em vista o princípio da ressocialização, sua dignidade humana e seus direitos. Nessa decisão a Suprema Corte afirma que os valores humanos fulminam os enfoques segregacionistas.⁶⁵

Contudo, segregação é o que vem ocorrendo, não tem havido uma ressocialização efetiva dos sujeitos à penas criminais, como foi supracitado. Outrossim, não há a ressocialização dos custodiados à medida de segurança.

O artigo 1º da LEP prevê a integração harmônica à sociedade, tanto nos casos de pena criminal, quanto não casos de medida de segurança. Tal artigo refere-se a tais medidas ao utilizar o termo “internados.”

È relevante que se preservem os direitos humanos do condenado a medida de segurança, para tanto, tal paciente, também, deve ser reintegrado a sociedade.

Segundo Andrea Dip, o internado sofre com a doença e mental e com a institucionalização⁶⁶ — além de sofrer com a criminalização e o estigma de louco-criminoso. Há, desse modo, a perda da autonomia, da subjetiva e da cidadania do sujeito, que muitas

65 MACHADO, Vitor Gonçalves. *Considerações sobre os princípios informadores do direito da execução penal*, 11/2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14432/consideracoes-sobre-os-principios-informadores-do-direito-da-execucao-penal#ixzz2G6tslxIG>>

66 DIP, Andrea. *Cidade dos Esquecidos*. Caros Amigos: Abril, 2006, p. 23.

vezes perde o contato com a família e suas referências de valores.⁶⁷

Devido a essa soma de estigmas e de “incapacidades”, o sujeito perde aos poucos sua dimensão social e até mesmo sua dimensão humana, já que a humanidade nada mais é do que a qualidade de um indivíduo autônomo e singular, dotado de subjetividade e valores próprios, que convive em sociedade.

Tirar do internado sua dimensão social o desumaniza, tornando o sucesso de qualquer tratamento improvável. Diante dessa realidade, os hospitais de custódia não são locais nos quais se promove terapia, são na verdade depósitos humanos.

Sem a readaptação à sociedade dos interados não se pode vislumbrar a preservação de seus direitos humanos e de sua dignidade.

3.3. Ressocialização dos internados

De acordo com Erving Goffman, o confinamento provoca mudanças no indivíduo. Ao permanecer internado por um longo tempo, quando retorna ao convívio social o sujeito pode sofrer o “desaculturamento”, ou “desacostumação”, tornando-se, desse modo, incapaz temporariamente de realizar atos cotidianos.⁶⁸

Goffman assinala também que, os hospitais psiquiátricos, por se tratarem de instituições totais, pro-

67 Idem.

68 GOFFMAN, Goffman *apud* MOURA FÊ, Bruna Maria Pinto Marques de, LIRA, Nathália Maria Lins. *Medida de segurança: evolução, reforma psiquiátrica e Lei n° 10.216/2001.06/2012*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21941/medida-de-seguranca-evolucao-reforma-psiquiatica-e-lei-n-10-216-2001#ixzz2G7TghEvC>>.

vocam em seus pacientes um processo sistemático de mortificação do eu. Pois, o sujeito sofre mudanças extremas em sua carreira moral, modificando-se as crenças que o sujeito tem sobre si mesmo e a respeito daqueles que lhes são significativos.⁶⁹

Tal modificação, gerada pelo processo de institucionalização, engendra nos sujeitos, como foi visto alhures, uma perda em sua autonomia e singularidade. Tais sujeitos ficam submetidos à rotina e aos hábitos do estabelecimento, tornado-se desse modo dependentes da instituição.⁷⁰

Conclui-se portanto, que tal sistema asilar, ao invés de promover a reintegração do indivíduo a sociedade e sua conseqüente saúde, o dessocializa. Tal afastamento da sociedade, como foi supramencionado, é altamente prejudicial ao indivíduo.

Além disso, como aponta Farah de Souza Malcher, devido as atrocidades e irregularidades cometidas nos manicômios judiciais, alguns setores da sociedade vêm se organizando no movimento anti-manicomial. A maior conquista de tal movimento foi a promulgação da Lei 10. 216 de 2001⁷¹, contudo ainda resta muito a ser feito para se garantir a preservação dos

69 GOFFMAN, Goffman *apud* RIBEIRO, Fernanda da Silva. *Um novo modelo de tratamento do portador de transtorno mental: o advento da Lei Federal n.º 10.216, de 06 de abril de 2001, 09/2010*. Disponível em: <<http://conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.28775>>

70 RIBEIRO, Fernanda da Silva. *Um novo modelo de tratamento do portador de transtorno mental: o advento da Lei Federal n.º 10.216, de 06 de abril de 2001, 09/2010*. Disponível em: <<http://conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.28775>>.

71 MALCHER, Farah de Sousa. *A questão da inimputabilidade por doença mental e a aplicação das medidas de segurança no ordenamento jurídico atual, 2008*.

direitos humanos dos internados, sua ressocialização e sua saúde.

4.1. Lei Antimanicomial (10.216/2001)

Segundo Andrea Dip, o movimento Antimanicomial surge no Brasil na década de 70, tendo como pressuposto que um local de exclusão como o manicômio não pode tratar ou curar, pois se pauta nas ideias de vigilância, custódia e disciplina.⁷² Como reitera Paulo Amarante, o manicômio não é humanizável, é uma casa de correção feita para quem é incapaz e perigoso, desse modo, se pune aquele que mais precisaria de cuidado⁷³

Como alude essa autora, Freud, Jung e Winnicot, entre outros pensadores, entendem o homem como ser social, no qual os fatores culturais e a própria família podem influenciar sua doença mental. A partir dessa ideia, Franco Basaglia cria o movimento anti-manicomial na Itália, parte desse autor a concepção de que o manicômio não é humanizável e que os pacientes têm demandas que a psiquiatria não pode suprir. O precursor da reforma considera a loucura um fenômeno normal na sociedade.⁷⁴

A partir desse movimento em 1978 surge a lei da reforma psiquiátrica na Itália, tal diploma desvincula a ideia de loucura à periculosidade e extingue os manicômios.⁷⁵

72 DIP, Andrea. *Cidade dos Esquecidos*. Caros Amigos: Abril, 2006, p. 23

73 Paulo Amarante apud DIP, Andrea. *Cidade dos Esquecidos*. Caros Amigos: Abril, 2006, p. 23.

74 DIP, Andrea, *Cidade dos Esquecidos*. Caros Amigos: Abril, 2006, p. 23

75 Idem.

Inspirado na reforma italiana, em 1989, o deputado Paulo Delgado lança um projeto de lei que propõe a substituição dos hospitais psiquiátricos.⁷⁶ Segundo Bruna Maria Pinto Marques de Moura Fê e Nathália Maria Lins Lira, tal projeto de lei tinha como escopo a abolição paulatina dos manicômios.⁷⁷

Como aduz as supraditas autoras, esse projeto só é aprovado em 2001, contudo foi aprovado com ressalvas ao Projeto de Lei original.⁷⁸ Como assevera Andrea Dip a versão vigente, a lei 10.216, não extingue os manicômios e nem mesmo, desvincula os problemas mentais da periculosidade.⁷⁹

Conforme alude Lucas Pampana Basoli, a lei 10.216, dispõe sobre a proteção dos direitos dos indivíduos acometidos por problemas mentais. Tal enunciado visa afastar as instituições asilares, tais como hospital de custódia e tratamento psiquiátricos e manicômios. Essas instituições, como indica o supradito autor, violam constantemente a dignidade humana e os direitos fundamentais do sujeito. Com o escopo de afastar tais asilos, esse diploma redireciona o modelo assistencial em saúde mental.⁸⁰

76 Ibidem.

77 MOURA FÊ, Bruna Maria Pinto Marques de; LIRA, Nathália Maria Lins. *Medida de segurança: evolução, reforma psiquiátrica e Lei n° 10.216/2001, 06/2012*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21941/medida-de-seguranca-evolucao-reforma-psiquiatrica-e-lei-n-10-216-2001#ixzz2G7TghEvC>>.

78 Idem.

79 DIP, Andrea. *Cidade dos Esquecidos*. Caros Amigos: Abril, 2006, p. 23

80 BASOLI, Lucas Pampana. *Apontamentos à Lei n° 10.216/01: da derrogação da medida de segurança, 09/2012*. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,apontamentos-a-lei>>.

Consoante a esse entendimento, destaca-se que tal diploma não objetivou acabar com o tratamento clínico da doença mental, mas extinguir a prática do tratamento como modo de exclusão social dos indivíduos que possuem transtornos mentais.⁸¹

Nesse sentido, como alude Lucas Pamponi Basoli, a internação só deve ocorrer como recurso extremo, que só será adotado quando as demais alternativas, que lesam menos os direitos humanos do paciente, sejam insuficientes. Ainda assim, tal internação não mais poderá ocorrer em Hospitais Psiquiátricos, os pacientes devem, diferentemente, ocupar leitos dos Hospitais Gerais.⁸²

De acordo com Bruna Maria Pinto Marques de Moura Fé e Nathália Maria Lins Lira a lei antimanicomial possibilita avanços para a reforma psiquiátrica. A partir da promulgação desse diploma são destinadas verbas para financiar os serviços substitutivos (NAPS e CAPS) e fiscalizar a gradual redução dos leitos psiquiátricos.⁸³

-n%C2%B0-1021601-da-derrogacao-da-medida-de-seguranca,39431.html>

81 Chat: *Luta antimanicomial*. IBCCRIM, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/site/noticias/conteudo.php?not_id=13641>.

82 BASOLI, Lucas Pampana. *Apontamentos à Lei n° 10.216/01: da derrogação da medida de segurança, 09/2012*. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,apontamentos-a-lei-n%C2%B0-1021601-da-derrogacao-da-medida-de-seguranca,39431.html>>.

83 MOURA FÉ, Bruna Maria Pinto Marques de; LIRA, Nathália Maria Lins. *Medida de segurança: evolução, reforma psiquiátrica e Lei n° 10.216/2001,06/2012*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21941/medida-de-seguranca-evolucao-reforma-psiquiatica-e-lei-n-10-216-2001#ixzz2G7TghEvC>>.

A supracitada lei é um grande avanço para a promoção dos direitos humanos dos internados, pois conforme sinala Fernanda da Silva Ribeiro, parte de uma concepção de valorização da cidadania e da dignidade do portador de transtornos mentais.⁸⁴

4.1.1. Lei antimanicomial e medida de segurança

Diante do que se colocou em relevo sobre medida de segurança e sobre o tratamento dispensado aos internados, como aduzem Bruna Maria Pinto Marques de Moura Fé e Nathália Maria Lins Lira, faz-se necessário uma reforma na política de saúde mental, pois o tratamento do “louco infrator” não deve se traduzir em sua segregação nos hospitais de custódia e tratamento, como ocorre hodiernamente.⁸⁵

A lei antimanicomial, ao ordenar acerca da proteção dos direitos dos indivíduos acometidos por transtornos mentais⁸⁶ abre caminhos para que sejam revistos os procedimentos adotados diante ao doente mental infrator.

Conforme assevera Lucas Pampana Basoli, a supramencionada lei não faz ressalvas quanto a seus destinatários, aplicando-se às medidas de segurança. Tal diploma descreve três modalidades de internação,

84 RIBEIRO, Fernanda da Silva. *Um novo modelo de tratamento do portador de transtorno mental: o advento da Lei Federal nº 10.216, de 06 de abril de 2001, 09/2010*. Disponível em: <<http://conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.28775>>.

85 MOURA FÉ, Bruna Maria Pinto Marques de; LIRA, Nathália Maria Lins. *Medida de segurança: evolução, reforma psiquiátrica e Lei nº 10.216/2001,06/2012*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21941/medida-de-seguranca-evolucao-reforma-psiquiatica-e-lei-n-10-216-2001#ixzz2G7TghEvC>>.

86 Idem.

entre essas está a internação compulsória, que ocorre segundo esse autor, por determinação da justiça. Desse modo, constata-se que tal modalidade refere-se ao instituto da medida de segurança.⁸⁷

Devido a isso, reintera Basoli, a lei da Reforma Psiquiátrica derroga tacitamente a parte geral do Código Penal e da LEP no que tange a tal matéria.⁸⁸

A partir das inovações acarretadas pela supradita lei, nota-se que as espécies de medida de segurança seguem sendo as mesmas, contudo haverá uma inversa no tratamento. Pois conforme dispõe tal enunciado, a internação só ocorrerá como recurso subsidiário, uma vez que os procedimentos extra-hospitalares não obtenham sucesso.⁸⁹

Tal mudança, como aludem Bruna Maria Pinto Marques de Moura Fê e Nathália Maria Lins Lira, deu-se devido a percepção que os manicômios judiciais apenas agravam os transtornos mentais, sendo insuficientes para trazer-lhes a cura.⁹⁰

Isso esta em conformidade com o que foi dito alhures, já que a realidade institucional retira do indivíduo sua autonomia e convívio social, a perda de tais di-

87 BASOLI, LUCAS PAMPANA. *Apontamentos à Lei n° 10.216/01: da derrogação da medida de segurança, 09/2012*. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,apontamentos-a-lei-n%C2%B0-1021601-da-derrogacao-da-medida-de-seguranca,39431.html>>.

88 Idem.

89 Ibidem.

90 MOURA FÊ, Bruna Maria Pinto Marques de; LIRA, Nathália Maria Lins. *Medida de segurança: evolução, reforma psiquiátrica e Lei n° 10.216/2001,06/2012*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21941/medida-de-seguranca-evolucao-reforma-psiquiatica-e-lei-n-10-216-2001#ixzz2G7TghEvC>>.

mensões comprometem ainda mais o seu quadro clínico. Posto que, como não se pode olvidar o ser humano é um sujeito biopsicossocial, desse modo, a sua sociabilidade interfere de forma aguda na conformação de sua saúde.

Esse diploma representa um grande avanço na promoção dos direitos humanos do infrator com problemas mentais e no procedimento terapêutico voltado a esses pacientes. Isso se deve ao fato de que tal lei humaniza o tratamento desse sujeito, ao possibilitar sua inserção social, através da acolhida da comunidade e da família. Tal inserção promove o princípio da dignidade humana e não é possível em uma realidade de uma instituição total, hospitalocêntrica.⁹¹

A lei 10.216 promove a ressocialização na medida em que desinstitucionaliza o tratamento, promovendo desse modo a saúde holística do paciente e o ajudando a superar o duplo estigma de louco e de criminoso.

4.2. A Ressocialização nas medidas de segurança e a jurisprudência do STF

Como foi delineado, os asilos são espaços de segregação que traduzem o duplo preconceito que se tem contra o indivíduo que é louco e infrator, não há cura, há pelo contrário, descarte social.

Destarte, constata-se que o cumprimento da medida de segurança em uma instituição asilar, sobretudo, da medida de segurança perpétua referida no Código Penal e na LEP não possibilita a ressocialização e a conseqüente melhora do estado clínico do internado.

91 Idem.

De acordo com o exposto, assevera Lara Gomides Souza, se o doente é deixado à margem da sociedade — como ocorre em sua internação— não pode haver ressocialização.⁹²

A condição mental não deve ser tratada como elemento que justifica o prolongamento e, até mesmo, a eternização do encarceramento do sujeito.⁹³ Se isso ocorre à medida de segurança não cumpre seu fim de reintegrar o indivíduo a sociedade.

Ainda de acordo com essa ideia José Airton de Dantas Neto afirma que a medida de segurança é tão, ou mais, severa que a pena criminal, o que se deve ao fato de que tal sanção leva a uma elevada estigmatização e ao afastamento do custodiado da sociedade. Por conseguinte, tal medida não pode ser perpétua.⁹⁴

Assim sendo, a jurisprudência do STF e do STJ ao limitar o tempo de medida de segurança traz um notável avanço e possibilita, através da desinternação, a ressocialização do infrator alienado.

A internação por si só já é violadora dos direitos humanos. A internação compulsória perpetua viola

92 SOUZA, Lara Gomides de (2008, p.4) *apud* ALVES, Fortuna Márcio. *A constitucionalidade ou não da indeterminação temporal da medida de segurança*, 05/2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18014/a-constitucionalidade-ou-nao-da-indeterminacao-temporal-da-medida-de-seguranca/3#ixzz2G1nBA195>>.

93 Naiane de Araujo Garcez e Greice Ferreira do Nasci. *Uma análise crítica acerca da medida de segurança: pena ou direito a saúde?*, 10/2010. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=3207>>.

94 DANTAS NETO, José Airton. *Aspecto temporal da medida de segurança e a vedação a prisão perpétua (limite da pena no Brasil)*, 08/2012. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=8499>

duplamente os direitos do sujeito e a sua dignidade. As decisões reiteradas dos Supremos Tribunais abrem caminho para que se promovam, através da limitação temporal da medida de segurança, políticas que visem à reintegração social do internado.

A limitação temporal da medida de segurança é, como foi citado, um progresso considerável. Inobstante, ainda há muito a ser feito para garantir a saúde e reinserção social do criminoso com transtornos mentais. Deve-se, através de leis como a supramencionada 10.216, promover-se a desinstitucionalização do tratamento do inimputável e do semi-imputável acometido por problemas mentais.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

- A. Apesar de não tornar a delinquir, como se viu nas supraditas pesquisas, ao preso-louco — de acordo com o diploma penal — não é concedido o benefício do artigo 75. Isso evidencia que a questão da periculosidade é mais do que uma preocupação quanto a reincidência desse agente, é na verdade, um rótulo social e uma forma de segregação e exclusão de um indivíduo que não é socialmente desejável.
- B. O Código Penal não prevê um limite temporal máximo para o cumprimento da Medida de Segurança, o que pode resultar em uma pena perpétua. Isso, no entanto, atenta contra as garantias fundamentais. Desse modo, vêm sendo acertadas as decisões do STF e do STJ que prevê uma estipulação máxima do tempo de cumprimento de tal medida.

- C. A medida de segurança é uma espécie de sanção penal, por conseguinte, sobre essa devem incidir todas as garantias que cercam a pena. Além disso, tal medida deve visar a ressocialização do custodiado, como forma, ate mesmo, de tratamento.
- D. A ressocialização é um direito humano do condenado e do internado. Para que não haja punição perene pelo delito, é importante que sejam fornecidos os mecanismos para que o indivíduo se reinsira na sociedade de forma digna, saudável e ativa.
- E. É fundamental para o internado, até para que seu tratamento obtenha sucesso, o contato com família e a sociedade não serem interrompidos. A institucionalização e a estigmatização apenas agravam seu estado de saúde mental, tornando o sujeito inapto ao convívio social. Por conseguinte, é importante que haja um sistema que o ressocialize e o faça recuperar sua autonomia. Promovendo, desse modo, seus direitos humanos e retomando as dimensões sociais e humanas do indivíduo degradado pela privação de liberdade e segregação social.
- F. A luta antimanicomial é fundamental para se promover os direitos humanos dos internados. A lei 10.216 foi uma conquista importantíssima, contudo ainda há muito a se fazer. Deve-se, do mesmo modo que ocorreu na Itália, desvincular-se a loucura da periculosidade e dos demais estigmas sociais. Outrossim, é imprescindível que as instituições asilares — nas quais não se

promove o tratamento, mas pelo contrário, perdura a segregação — sejam extintas.

- G. Os hospitais de custódia e tratamento são instituições totais e desumanizadas que retiram do indivíduo suas dimensões social e familiar, desse modo não promove a cura. Funcionando como espaço de punição, marginalização e exclusão social. A realidade institucional desumaniza, pois retira do sujeito aquilo que é eminentemente humano: a sua sociabilidade e a sua autonomia. A lei 10.216, a *contrario senso*, visa integrar o infrator com problemas mentais a sociedade e a sua família, retirando-o do nefando espaço asilar. Assim, tal lei promove a única cura — ou melhora — possível, que ocorre a partir reintegração a sociedade.
- H. A jurisprudência dos supremos tribunais ao limitar o prazo máximo de cumprimento da medida de segurança abre a possibilidade para ganhos como: a ressocialização desses internos, seu tratamento efetivo e a promoção de seus direitos humanos e de sua dignidade. Tais ganhos só são possíveis fora do contexto institucional violador. Entretanto, ainda resta muito a ser feito, deve-se extinguir as instituições asilares e promover-se o tratamento a partir de unidades não totais que valorizem o convívio do indivíduo com sua família e a sociedade, tais como os CAPs. O Estado deve desenvolver projetos como esse, visando à finalidade de ressocialização da medida de segurança e a solução do problema de saúde pública, que é a exclusão dos internos e o conseqüente agravamento de seus transtornos.

6. REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Francieli Batista. *Direito Penal da loucura*, 11/2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21476/direito-penal-da-loucura>>.
- ALVES, Fortuna Márcio. *A constitucionalidade ou não da indeterminação temporal da medida de segurança*, 05/2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18014/a-constitucionalidade-ou-nao-da-indeterminacao-temporal-da-medida-de-seguranca/3#ixzz2G1nBA195>>.
- BASOLI, Lucas Pampana. *Apontamentos à Lei n° 10.216/01: da derrogação da medida de segurança*, 09/2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,apontamentos-a-lei-n%C2%B0-1021601-da-derroga-cao-da-medida-de-seguranca,39431.html>>.
- Chat: Luta antimanicomial. IBCCRIM, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/site/noticias/conteudo.php?not_id=13641>.
- DANTAS NETO, José Airton. *Aspecto temporal da medida de segurança e a vedação a prisão perpétua (limite da pena no Brasil)*, 08/2012. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=8499>.
- DIP, Andrea. *Cidade dos Esquecidos*, Caros Amigos: Abril, 2006, p. 23.
- Enunciado 369 STF, Site do STF*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo369.htm>>.
- FRANCO, José Henrique Kaster. *Execução da pena privativa de liberdade e ressocialização. Utopia?* 12/2008, Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12153/execucao-da-pena-privativa-de-liberdade-e-ressocializa-cao#ixzz2G6VRORe6>>.

- GALLO, Anderson Henrique. *Estudos sobre as medidas de segurança*, 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17391/estudo-sobre-as-medidas-de-seguranca#ixzz2G0NRndM3>>.
- GARCEZ, Naiane de Araujo; NASCI, Greice Ferreira do. *Uma análise crítica acerca da medida de segurança: pena ou direito a saúde?*, 10/2010.
- GOMES, Luiz Flávio; SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. *Medida de segurança: também está sujeita à prescrição*. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acessado no dia 24 de junho de 2010.
- GOMES, Luiz Flávio. *Funções da pena no Direito Penal brasileiro*, 03/2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8334/funcoes-da-pena-no-direito-penal-brasileiro#ixzz2G6W3Uih4>>.
- JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*. 31. ed. São Paulo, Saraiva 2010, p.589.
- MACHADO, Leonardo Marcondes. *Medida de segurança perpétua?*, 05/2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21815/medida-de-seguranca-perpetua#ixzz2G1Qe1QIH>>.
- MACHADO, Vitor Gonçalves. *A reintegração social do preso. Uma análise sobre os principais discursos contrários e favoráveis à finalidade ressocializadora da pena*, 09/2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18118/a-reintegracao-social-do-preso#ixzz2G6UT8Nmj>>.
- MACHADO, Vitor Gonçalves. *Considerações sobre os princípios informadores do direito da execução penal*, 11/2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14432/consideracoes-sobre-os-principios-informadores-do-direito-da-execucao-penal#ixzz2G6tstlxIG>>.
- MALCHER, Farah de Sousa. *A questão da inimputabilidade por doença mental e a aplicação das medidas de segurança no ordenamento jurídico atual*, 2008. Disponível em:

<<http://jus.com.br/revista/texto/12564/a-questao-da-inimputabilidade-por-doenca-mental-e-a-aplicacao-das-medidas-de-seguranca-no-ordenamento-juridico-atual>>.

MOURA FÊ, Bruna Maria Pinto Marques de; LIRA, Nathália Maria Lins. *Medida de segurança: evolução, reforma psiquiátrica e Lei nº 10.216/2001* 06/2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21941/medida-de-seguranca-evolucao-reforma-psiquiatrica-e-lei-n-10-216-2001#ixzz2G7TghEvC>>.

OLIVEIRA, Paula Julieta Jorge de. *Direito ao trabalho do preso. Uma oportunidade de ressocialização e uma questão de responsabilidade social*, 01/2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14871/direito-ao-trabalho-do-preso#ixzz2G6ub5pwD>>.

PAULA, Francine Machado de. *Medidas de Segurança, Elaborado em 2008, atualizado em 2010*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14617/medidas-de-seguranca>>.

RIBEIRO, Fernanda da Silva. *Um novo modelo de tratamento do portador de transtorno mental: o advento da Lei Federal nº 10.216, de 06 de abril de 2001*, 09/2010. Disponível em: <<http://conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.28775>>.

VIEIRA JÚNIOR, Ary Queiroz. *Indeterminação temporal da medida de segurança. Uma análise constitucional*, 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10677/in-determinacao-temporal-da-medida-de-seguranca#ixzz2G1PA2CIL>>.

VIEIRA, Vanderson Roberto. *“Medidas de segurança” por tempo indeterminado (perpétuas): impossibilidade constitucional*, disponível em: <<http://www.faimi.edu.br/v8/RevistaJuridica/Edicao1/Arquivos/Medidasdeseguranca.pdf>>.

