

# Revista Jurídica

## Faculdade Paraibana - FAP



Nº 2 – Janeiro / Junho 2015



**FACULDADE PARAIBANA – FAP**

**Professor MS Hugo Misael Coelho Lima**

Diretor da Instituição

**Professora MS Telma Sueli de Oliveira Porto**

Coordenadora Pedagógica

**Alberico Santos Fonseca**

Mestre em Direito – Universidade Católica de Brasília

# SUMÁRIO

- 4 NEOCONSTITUCIONALISMO, PROCESSO CIVIL E ACESSO À JUSTIÇA  
Catarina Mota de Figueiredo Porto
- 24 CRIME DE RACISMO E ANTI-SEMITISMO UM JULGAMENTO HISTÓRICO DO STF (HABEAS CORPUS N° 82.424/RS)  
Alberico Santos Fonseca
- 45 DA TUTELA DAS ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE NA LEI FLORESTAL  
Boisbaudran Imperiano
- 57 SOCIOLOGIA DA PRISÃO - PARANÓIA VERSUS METANÓIA. UMA QUESTÃO DE PATOLOGIA E FÉ  
Fábio Firmino de Araújo
- 79 INCIDÊNCIA DE ISS SOBRE OS SERVIÇOS PRESTADOS POR EMPRESAS FRANQUEADAS  
Giulianna Mariz Maia V. Batista  
Newton Nobre de Lacerda Neto
- 93 DECISÕES DO CADE E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NA ORDEM ECONÔMICA  
Catarina Mota de Figueiredo Porto

## NEOCONSTITUCIONALISMO, PROCESSO CIVIL E ACESSO À JUSTIÇA

### **Catarina Mota de Figueiredo Porto**

Mestre em Direito Econômico pela Universidade Federal da Paraíba. Professora de Processo Civil, Direito do Consumidor, Direito do Trabalho e Direito Empresarial. Doutoranda em Direito Público pela Universidade de Coimbra

**RESUMO:** O neoconstitucionalismo é um movimento que eclodiu a partir da Constituição Federal de 1988, com a nova interpretação dos ramos do direito, com base nos princípios constitucionais, mesclando-se os ramos do direito público e do direito privado, quer dizer, reconceituando-se a clássica divisão do direito, em que se compreendia o direito público como aquele em que o indivíduo se relaciona com o Estado e o direito privado, como aquele pertinente apenas ao indivíduo, sendo que atualmente verifica-se a eficácia vertical dos direitos fundamentais. No ramo específico do direito processual civil, verifica-se o aprofundamento do estudo e interpretação dos instrumentos/ direitos processuais previstos na lei maior, como o direito fundamental ao acesso à justiça, que pode ser compreendido em vários aspectos como a proibição de prisão ilegal/indevida, a má administração da justiça e a razoável duração do processo. A efetivação da justiça, através da nova interpretação do processo é o tema principal do presente artigo, mas não o único, pois também serão abordados os principais aspectos quanto à ponderação de princípios constitucionais quanto ao direito à saúde, mais especificamente ao fornecimento de medicamentos, considerando-se tanto os aspectos positivos quanto os negativos ao tratar-se da judicialização da saúde e o problema do ativismo judicial em face de uma suposta invasão de competência do poder judiciário em face do Poder Legislativo e do Poder Executivo.

**Palavras - chave:** neoconstitucionalismo; novo processo civil; acesso à justiça.

## ABSTRACT

The neoconstitucionalismo is a movement that erupted from the Federal Constitution of 1988, with the new interpretation of the branches of law, on the basis of constitutional principles, by merging the branches of private law and public law, I mean, renaming the classic Division of the right, which comprised the public law like the one in which the individual relates to the State and the private law as relevant only to that individual, and currently there is a vertical effectiveness of fundamental rights. In the specific branch of the civil procedural law, the deepening of the study and interpretation of instruments/procedural rights provided for in law major, as the fundamental right to access to justice, which can be understood in several aspects such as the prohibition of illegal arrest/misuse, the maladministration of Justice and the reasonable duration of the process. The effectuation of Justice, through the new interpretation of the process is the main theme.

**Keywords:** Access to justice; reasonable duration of proceedings; state responsibility under national and jurisdiction.

O Direito é uma ciência mutante, influenciado pelas mudanças da própria sociedade e com a finalidade de servir ao povo, atualizando-se, para atender melhor aos próprios jurisdicionados, ou seja, no interesse da coletividade. Pode-se dizer que o direito é visto hodiernamente como um instrumento de justiça social e concreta, em que os juízes buscam a verdade real, mais do que os aspectos formais de um processo. Nessa seara, surge o movimento do neoconstitucionalismo, com influência em todos os ramos do Direito, para a eclosão de um novo movimento – o neoprocessualismo.

O neoconstitucionalismo significa o resgate da força dos princípios presentes na Constituição Federal, com reflexos em todos os âmbitos do direito, inclusive no direito privado. Dessa forma, torna-se obsoleta a clássica divisão entre direito privado e direito público, da forma como é usualmente

estudada, ou seja, o direito privado como o direito que atinge apenas as partes envolvidas e o direito público como o direito que envolve o indivíduo e o Estado. O presente texto pretende abordar a influência do direito constitucional nos estudos e desenvolvimento do direito processual civil, a partir da Constituição Federal de 1988, tanto quando ao aspecto do acesso à justiça, quanto ao surgimento do direito processual civil coletivo. O movimento do neoconstitucionalismo, embora seja questionável por alguns autores, para a maioria da doutrina, trata-se de um fenômeno presente desde a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Esse artigo trata de um estudo a respeito do neoconstitucionalismo que é considerado um movimento que eclodiu a partir da Constituição Federal de 1988, com a nova interpretação dos ramos do direito, com base nos princípios constitucionais, mesclando-se os ramos do direito público e do direito privado, quer dizer, reconceituando-se a clássica divisão do direito, em que se compreendia o direito público como aquele em que o indivíduo se relaciona com o Estado e o direito privado, como aquele pertinente apenas ao indivíduo, sendo que atualmente verifica-se a eficácia vertical dos direitos fundamentais, quer dizer, os direitos fundamentais perdem o caráter de prestações a serem exigidas dos cidadãos perante o Estado e passam a ser compreendidos como direitos inerentes a qualquer indivíduo, até mesmo nas relações entre os mesmos indivíduos. Esse novo entendimento do direito constitucional faz com que irradie efeitos em todos os ramos do direito, até do direito privado.

No campo específico do direito processual civil, verifica-se o aprofundamento do estudo e interpretação dos instrumentos/ direitos processuais previstos na lei maior, como o direito fundamental ao acesso à justiça, que pode ser compreendido em vários aspectos como a proibição de prisão ilegal/indevida, a má administração da justiça e a razoável duração do processo. A efetivação da justiça, através da nova interpretação do processo é o tema principal do presente artigo, mas não o único, pois também serão abordados os principais aspectos quanto à ponderação de princípios constitucionais quanto ao direito à saúde, mais especificamente ao fornecimento de medicamentos, considerando-se tanto os aspectos positivos

quanto os negativos ao tratar-se da judicialização da saúde e o problema do ativismo judicial em face de uma suposta invasão de competência do poder judiciário em face do Poder Legislativo e do Poder Executivo.

Para Humberto Ávila, pode-se falar em neoconstitucionalismos, na medida em que não se pode afirmar a existência de uma única teoria sobre esse fenômeno. Segundo o professor, as principais características desse movimento são: a partir da influência do direito constitucional em todas as áreas do direito, surgem as seguintes mudanças – valorização dos princípios, ao invés das regras, na interpretação e aplicação do direito; uso do método da ponderação ao invés do método da subsunção; justiça concreta e particular, no lugar de justiça em seu aspecto geral e abstrato; ativismo judicial; Constituição em substituição à lei.<sup>1</sup>

Em um quadro comparativo, Márcio Carvalho Faria expõe as principais diferenças entre o Constitucionalismo positivo e o neoconstitucionalismo. Segundo esse autor, o constitucionalismo positivo é fechado, ou seja, traz todos os comandos legais, enquanto o neoconstitucionalismo não se esgota no significado dos seus enunciados; nas zonas cinzentas, a Constituição Federal é aberta, mas pode ser concretizada, desde que não contradiga a própria Carta Magna, enquanto pela nova interpretação, não existe a imprecisão, pois essa é compatível com a possibilidade de aplicação ao caso concreto. Entre as várias características presentes no referido texto, destacam-se ainda, que, no caso de um constitucionalismo positivo, deve-se julgar em favor da lei – *in dubio pro legislatore*; enquanto para o neoconstitucionalismo, deve-se julgar a favor da justiça, ou seja, o juiz buscará o que é justo, através da CF.<sup>2</sup>

Enfim, o neoconstitucionalismo é um movimento que, a partir de releitura do Direito Constitucional, tem-se verificado uma releitura de todo o Direito,

---

<sup>1</sup> ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: ENTRE A “CIÊNCIA DO DIREITO” E O “DIREITO DA CIÊNCIA”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em 04 de julho de 2014.

<sup>2</sup> FARIA, Márcio Carvalho. Neoconstitucionalismo, neoprocessualismo, pós-positivismo, formalismo valorativo... A supremacia constitucional no estudo do processo. Revista Ética e Filosofia Política, N.º15, Volume 2, Dezembro de 2012. Disponível em: [http://www.ufjf.br/eticaefilosofia/files/2009/08/15\\_2\\_faria\\_6.pdf](http://www.ufjf.br/eticaefilosofia/files/2009/08/15_2_faria_6.pdf). Acesso em 03 de julho de 2014.

inclusive o Processo Civil. A Constituição Federal traz em seu corpo o direito ao acesso à justiça como um direito fundamental, devendo a interpretação desse direito ser ampliada para considerar o acesso à justiça como um direito de efetivação da própria justiça, em cada caso concreto.

O Processo Civil, cada dia mais, é visto como um instrumento de efetivação da justiça, com o objetivo final que é a paz social, devendo assim ser revisto para que se evite o excesso de formalismos. O Juiz, ao apreciar uma decisão, pode-se utilizar da técnica de ponderação, que, segundo Eduardo Cambi<sup>3</sup>, não há direitos fundamentais absolutos e, portanto, pode ser utilizada a técnica de ponderação, método esse em que, haverá um balanceamento entre os referidos direitos. Segundo o autor, dependendo das circunstâncias concretas e dos bens jurídicos em colisão, os direitos fundamentais podem ter que ceder. Eduardo Cambi ressalva que essa técnica não pode ser aplicada de toda forma, devendo haver uma racionalização e objetivação dos procedimentos judiciais de ponderação, evitando-se subjetivismos. Dessa forma, as

decisões judiciais devem estar baseadas em fundamentações que apliquem, de forma coerente e consistente, as regras, princípios e valores do ordenamento jurídico, mas que também sejam suscetíveis de generalização e extensão a todas as situações que contenham as mesmas ou análogas circunstâncias fáticas. Com isso incrementa-se a previsibilidade e a igualdade na aplicação do direito e são reduzidas as margens de subjetivismos.<sup>4</sup>

O fato é que, o movimento do neoconstitucionalismo muito vem influenciando todos os ramos do direito, até na área mais formal do mesmo que é o processo civil. O direito fundamental do acesso à justiça, a partir dessa nova interpretação, passa a ser um direito mais fortalecido, cabendo ao juiz no processo, efetivamente tentar solucionar a lide, sem tanto apego às fórmulas,

---

<sup>3</sup> CAMBI, Eduardo. "Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo – Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário." São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.452  
CAMBI, Eduardo. "Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo – Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário." São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.453



ainda que com bastante equilíbrio, pois, por vezes, a existência de regras processuais serve também para proteger o próprio cidadão, como por exemplo, no direito a ampla defesa e ao contraditório, igualmente direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

Quando se fala na influência do neoconstitucionalismo no direito processual civil, está-se tratando de princípios/direitos fundamentais relativos ao processo civil, no âmbito constitucional e de como a interpretação desses princípios deve ter por parâmetro o princípio da dignidade da pessoa humana. O direito ao acesso à justiça evolui ao longo do tempo, para atingir, finalmente, a figura do consumidor da justiça, ou seja, a preocupação maior do poder judiciário hodiernamente é com a satisfação de seus usuários. Para isso, além da reforma legislativa, que permita diminuir prazos ou mesmo extinguir determinados recursos, é preciso também se reformar o poder judiciário no sentido de dar condições aos juízes para que decidam de forma célere e eficaz.

O acesso à justiça é direito fundamental que vem enfrentando graves problemas quanto à morosidade das ações, que não ocorre exclusivamente por culpa dos juízes, mas de um conjunto de fatores abordados no presente artigo, como por exemplo, falta de funcionários no cartório, número reduzido de juízes, complexidade da causa, recursos protelatórios, e, sem olvidar, do aumento considerável de demandas após a Constituição Federal de 1988. O atraso na prestação jurisdicional que ocasione dano à parte litigante poderá acarretar a responsabilização do Estado tanto no Brasil, quanto no âmbito internacional e, quanto a esse último aspecto, trata-se de mais uma possibilidade dos usuários da justiça, de demandar o Estado brasileiro por descumprimento de um dever previsto na Carta Maior. Assim, apenas com um conjunto de medidas é que se conseguirá diminuir a morosidade de uma ação judicial na justiça brasileira, no que significará o retorno da confiabilidade da população nesse Poder, além da confiabilidade de empresas a investir nesse país, diminuindo o risco do investimento e trazendo desenvolvimento ao Brasil.

Em se tratando do Brasil, com a Constituição de 1988, em virtude do surgimento de inúmeros direitos inseridos nesse texto, houve considerável aumento do número de ações judiciais, sobrecarregando o Poder Judiciário.

Muitos direitos que deveriam ser aplicados pelo Poder Executivo, como o direito à saúde, passaram a ser buscados no âmbito judicial, pois o Estado descumpre reiteradamente, por exemplo, o fornecimento de medicamentos à população. Por outro lado, a sociedade também está levando aos tribunais algumas questões que sequer deveriam ser tratadas na seara pública, mas sim na intimidade/privacidade da família, no que se chama de judicialização do afeto, o que também provoca um aumento considerável no número de demandas judiciais. Quanto maior a intervenção estatal na sociedade, maior a responsabilidade estatal.

O advento do Estado Social, também conhecido como *Welfare State*, em que são atribuídas mais funções e responsabilidades ao Estado, em comparação ao anterior Estado liberal, em que se pregou a mínima intervenção possível, preocupado com as questões que envolviam a soberania e a segurança nacional, trouxe ao Estado Social, uma imensa responsabilidade, na medida em que, muitas vezes, em virtude de uma deficiência dos demais poderes, cabe ao poder judiciário a efetivação de diversos direitos previstos em lei, antes inexistentes, como os direitos sociais, econômicos, culturais, entre outros, o que pode prejudicar o andamento célere das ações judiciais.

A sociedade de massa, cada dia mais consciente de seus direito utiliza-se da justiça como nunca ocorreu antes, e lota até os juizados especiais, criados com a finalidade de resolver mais rapidamente as pendências judiciais, com procedimento específico, mais simplificado do que o processo civil comum, mas que, infelizmente, em decorrência do seu próprio sucesso e da busca exacerbada da população, terminou por sofrer do mesmo mal que atinge a justiça comum, isto é, a morosidade de seus processos. O Poder Judiciário e o papel do juiz passam a ter uma maior importância, especialmente com o surgimento do Estado Social. Explica Pereira<sup>5</sup> que:

Nessa linha de evolução, o inevitável aumento da complexidade das sociedades organizadas e desenvolvidas que caracteriza o nosso século, principalmente a partir da II

---

<sup>5</sup>PEREIRA, João Aveiro. *A responsabilidade Civil por Actos Jurisdicionais*. Coimbra: Coimbra, 2001, p.20.

Grande Guerra, produziu também uma alteração no modo de encarar a criação e a aplicação do direito e, por conseguinte, também o papel do juiz. Este deixa definitivamente de ser apenas a boca que pronuncia as palavras da lei, como defendia Montesquieu, ao defender a primazia do aspecto literal do texto normativo sobre o seu espírito.

(...)

Para esta mudança contribuíram, sem dúvida pela negativa, as conseqüências nefastas dos totalitarismos políticos que dominaram a Europa até o século XX. Com efeito, as novas correntes de pensamento filosófico que se lhe seguiram, ocuparam-se em repensar o papel do direito na sociedade, à luz dos valores fundamentais da cultura europeia, com visa à obtenção de uma justiça mais ligada às realidades concretas da vida, uma justiça material.

A inflação legislativa e a cultura de ‘sempre litigar’ tem inflacionado a justiça, causando lentidão e descrédito do poder judiciário perante a sociedade. No entanto, essa mesma sociedade busca o judiciário para questões que sequer deveriam ser tratadas naquele Poder. Em notícia recente do *site* Consultor Jurídico, fala-se a respeito da judicialização dos afetos, ou seja, da propositura indevida de ações judiciais para se decidir a respeito de questões do âmbito privado das famílias. Nesse sentido, diz a notícia escrita por Haidar<sup>6</sup>:

O Judiciário não pode, sob pena de interferir na esfera da intimidade e da privacidade, definir qual escola é melhor para uma criança que possui pai e mãe capazes, maiores e no exercício regular da guarda." Com esse argumento, a juíza Andréa Pachá, da 1ª Vara de Família de Petrópolis, no Rio de Janeiro, rejeitou o pedido de um pai que mantém a guarda compartilhada do filho com a ex-mulher, para tirá-lo da escola na qual está matriculado e transferi-lo para outra, de sua preferência.

---

<sup>6</sup> HAIDAR, Rodrigo. *Não cabe à justiça decidir qual a melhor escola para a criança*. Notícia inserida no site do CONJUR ([www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br)), em 09 de março de 2011.

Para a juíza, os pais não devem pretender que o Estado, por meio do juiz, exerça o papel que lhes incumbe por lei e pela própria formação da sociedade. Em [decisão](#) tomada no mês passado, Andréa registrou que o único motivo que levou os pais da criança a procurar o Judiciário foi a incapacidade de comunicação entre eles, "que não conseguem, sozinhos, discutir e solucionar um problema banal e cotidiano".

Para a juíza, nem todo conflito pode ser apreciado pelo Estado: "Vinho tinto ou branco, café ou chá, futebol ou basquete, salada ou sopa, vestido ou calça, preto ou branco, cinema ou teatro, Flamengo ou Fluminense são alternativas com as quais um ser humano se depara de forma permanente e é próprio da condição humana decidir e solucionar".

Na decisão, a juíza registra que não há qualquer discussão sobre algum interesse do menor que possa ser prejudicado, sobre o valor da mensalidade ou mesmo sobre diferenças de orientação educacional das escolas. A criança está bem cuidada com a guarda compartilhada e até agora tem todos os seus interesses atendidos pelos pais. "Delegar para o Estado a opção por escolhas íntimas e individuais não se constitui numa alternativa possível", sentenciou Andréa.

Ressalva-se que o direito ao acesso à justiça abrange também a proteção do indivíduo em face de erros judiciários, ou seja, tanto a ação, quanto às omissões do poder judiciário estão inseridos no conceito de acesso à justiça. Dessa forma, tanto a ordem jurídica interna, no caso do Brasil, quanto a ordem jurídica internacional (artigos 8º e 25<sup>7</sup> do Pacto de São José),

---

<sup>7</sup> “Art. 8º. Garantias Judiciais.

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.[...]”

“Art. 25. Proteção Judicial.

1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais. [...]”

considerando-se que o Brasil é país signatário da Convenção Americana, trazem em seu bojo o direito ao acesso à justiça. Annoni<sup>8</sup> explica que:

A responsabilidade do Estado por violações de direitos humanos oriundas de ato judicial pode ocorrer em duas hipóteses: quando a decisão judicial é tardia ou inexistente, ou quando a decisão judicial é tida, no seu mérito, como violadora de direito protegido.

Na hipótese de decisão tardia, argumenta-se que a delonga ou demora impede que a prestação jurisdicional seja útil ou eficaz. A doutrina consagrou o termo “denegação de justiça”(ou *déni de justice*), que engloba tanto a inexistência do remédio judicial (recusa de acesso ao Judiciário), ou deficiências do mesmo, como demora na prestação jurisdicional e o mau funcionamento do Judiciário, que ocorrem na delonga da prolação do provimento judicial devido, no prazo devido, ou mesmo a inexistência de tribunais.

No aspecto internacional, o acesso à justiça se encontra também protegido, na medida em que é um direito fundamental que interessa às sociedades, pois através de uma justiça eficiente, é que se pode garantir direitos sociais que não estejam sendo devidamente concretizados pelo Estado. O acesso à justiça é visto tanto do ponto de vista econômico, isto é, se as partes têm condições de entrar com ações judiciais e se não tiverem, se o Estado fornece meios de alcançar a justiça (como através de Defensorias Públicas), que foi o primeiro aspecto das ditas ‘ondas’ do acesso à justiça, estudadas por Capelletti e Garth. A segunda onda seria a questão da proteção dos direitos difusos e a terceira onda, ou o terceiro momento, é que entraria a preocupação com a satisfação do usuário/consumidor da justiça.

A respeito da duração razoável do processo, há a dificuldade de se conceituar o que seria essa razoabilidade de prazo. Na verdade, apenas através da análise de casos concretos é que se poderá dizer se houve uma

---

<sup>8</sup> ANNONI, Danielle. Direitos Humanos & Acesso à Justiça no Direito Internacional – Responsabilidade Internacional do Estado. Curitiba:Juruá,2003, p.50-51.

prestação judicial em prazo razoável. A respeito desse tema, entendem Spengler e Moraes<sup>9</sup>:

Todavia, resta a pergunta; no que consiste a 'razoável duração do processo'? Como deve ser interpretada essa expressão? A resposta poderia considerar duas hipóteses: a) tempo razoável é o tempo legal, expressamente previsto na legislação processual; b) tempo razoável é o tempo médio efetivamente despendido no País, para cada espécie concreta de processo. Nesses casos, a primeira opção reproduz um critério objetivo, sofrendo o desgaste de nem sempre existir, em cada etapa processual, tempo previamente definido em lei. Já a adoção da segunda hipótese traz a negativa da garantia constitucional, pois a média de duração dos processos no Brasil, hoje se encontra muito acima do legal e do razoável.

Destaca-se o fato de que a morosidade das ações é também causada pela existência de um processo complicado, com muitos recursos previstos. Será precisa uma ampla mudança na legislação processual, a fim de que se minimize a possibilidade de recorrer, mas sem afetar o direito a ampla defesa e contraditório previstos em lei. Ademais, é insuficiente prever prazos processuais para que os juízes decidam, sem que esses prazos sejam observados, e não haja qualquer sanção prevista em lei. Claro está que, muitas vezes, a realidade dos cartórios ultrapassa qualquer possibilidade de se cumprir os prazos processuais, pois os cartórios podem ter funcionários insuficientes, excesso de processos, etc, e tudo isso significa atraso na prestação jurisdicional. Daí a importância da fiscalização por parte da Corregedoria, ou do Conselho Nacional de Justiça, a fim de que haja um diagnóstico preciso dos problemas encontrados nos respectivos cartórios. Alguns Tribunais, como o Tribunal de Justiça da Paraíba e Tribunal de Minas Gerais vêm investindo em reformas administrativas, inclusive contratando

---

<sup>9</sup>MORAIS, José Luis Bolzan e SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e Arbitragem – alternativas à jurisdição*. 2ª Ed – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.39-40.

empresas especializadas em gestão, com o escopo de melhorar a administração da justiça, no que repercute em um melhor acesso à justiça.

Os magistrados opinam a respeito da morosidade na justiça alegando diversos fatores. Ribeiro<sup>10</sup> assim o diz:

No que diz respeito às causas da morosidade, os magistrados tendem a enfatizar fatores sobre os quais não possuem responsabilidade, como o excesso de recursos e outras medidas disponíveis para os operadores, a carência de recursos materiais e o excesso de trabalho (CUNHA, 2001).

Nesses termos, qualquer reforma que tenha como objetivo tornar a prestação judicial mais efetiva por intermédio da instituição de um prazo mais razoável para o processamento das demandas deve, necessariamente, alterar esses problemas, quais sejam: o excesso de recursos protelatórios existentes, a ausência de proporcionalidade entre juízes e habitantes das diversas regiões e a carência de recursos materiais.

Quanto à morosidade da decisão, ou o direito à prestação jurisdicional em prazo razoável, dificuldade se encontra em se conceituar o que seria esse prazo razoável, ficando, atualmente, a critério da própria justiça definir em sua jurisprudência o que seria esse prazo razoável. Nesse contexto, a respeito do direito à prestação jurisdicional, explica Leite<sup>11</sup>:

Sendo a jurisdição uma atividade monopolizada pelo Estado e, necessitando os indivíduos em sociedade de proteger os seus direitos, lesados ou ameaçados de lesão, sem que, contudo, possam exercer, em regra, a autodefesa, deve, portanto, ser-lhes assegurado o direito de obter a tutela jurisdicional por parte dos órgãos estatais destinados a prestá-la. Deste modo,

---

RIBEIRO, Ludmila. *A Emenda Constitucional 45 e a questão do acesso à justiça*. Rev. Direito GV, vol.4 no.2 São Paulo July/Dec. 2008, p.15-16.

<sup>11</sup> LEITE, Rosimeire Ventura. *Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais*. Sergio Antonio Fabris. Porto Alegre, 2002, p.22-23.

ao poder do Estado de exercer a jurisdição, corresponde o direito dos jurisdicionados de exigi-la, como forma de defender o seu patrimônio jurídico.

(...)

“Ter direito constitucional de ação”-comenta Nery Junior (2001,p.21)- “significa poder deduzir a pretensão em juízo e também poder dela defender-se”. E acrescenta: “o princípio constitucional do direito de ação garante ao jurisdicionado o direito de obter do Poder Judiciário a tutela jurisdicional adequada. Por tutela adequada entende-se a que é provida da efetividade e eficácia que dela se espera”.

O direito à prestação jurisdicional em prazo razoável está previsto assim em legislações nacionais e em tratados internacionais a fim de garantir um efetivo acesso à justiça. Em muitas situações, caso a demora no processo tenha sido excessiva, sem motivos de força maior, caso fortuito, ou pela propositura de recursos protelatórios visando exclusivamente postergar os efeitos da decisão (que poderá inclusive ensejar a condenação daquele que agiu dessa forma, por litigância de má-fé), já se tem decidido favoravelmente às partes que foram prejudicadas, tanto no âmbito da justiça brasileira, quanto no âmbito da Corte Internacional (no caso do Brasil, a Corte Interamericana).

Quanto aos critérios de averiguação sobre a razoável duração de um processo, Belo<sup>12</sup> esclarece que:

(...) há um consenso de que o princípio da razoável duração do processo traduz o direito a um processo sem dilações indevidas. Alguns critérios, estabelecidos pela jurisprudência da Corte Europeia dos Direitos dos Homens, norteiam essa compreensão: (i) a complexidade da causa; (ii) o comportamento das partes; (iii) a atuação das autoridades.

A complexidade da causa é aferida pelo número de pessoas envolvidas no feito e pelas peculiaridades das questões fáticas ou jurídicas, sobressaindo-se as complicações probatórias

---

<sup>12</sup> BELO, Duina Porto. *A razoável duração do processo como instrumento de acesso à justiça*. Revista do curso de direito da UNIPÊ – Direito e Desenvolvimento. Ano 1., n.2, 2010. ISSN 2177-0026, 2009, p.61.



como incremento a delonga processual. (...) O comportamento das partes inclui a investigação sobre os responsáveis pelo prolongamento excessivo das causas, trazendo à tona temas como abuso de direito, boa-fé e lealdade processuais. (...) No que concerne à atuação de autoridades, analisa-se a conduta dos juízes e serventuários, ou seja, dos agentes públicos que lidam com o processamento e julgamento dos feitos. Mas essa aferição da razoabilidade temporal deve ser ocorrer de forma qualitativa, averiguando-se não apenas o tempo transcorrido no processo, mas de que maneira esse tempo foi empregado, para constatar se o dispêndio foi compatível com a atividade jurisdicional prestada.

Dessa forma, percebe-se que não se pode atribuir a demora excessiva na duração do processo apenas ao magistrado, eis que cada processo envolve, além das partes (se forem muitas, poderá dificultar o andamento da ação, quando, por exemplo, no início do processo, tenha que haver a citação dos réus, e esses forem inúmeros); os advogados atuantes, pois se esses agirem de má-fé poderão prolongar a demanda através de recursos protelatórios (sendo que o Estado, por seus procuradores, é que mais prorroga as ações judiciais, mesmo na hipótese de já haver decisão sumulada em sentido contrário ao governo); os serventuários (que por vezes são insuficientes para atender ao cartório), e, por fim, a produção de provas, que pode atrasar demasiado a conclusão da ação. Assim, todos esses fatores devem ser considerados na avaliação da duração razoável do processo e responsabilização do Estado por atos jurisdicionais.

A existência de órgãos como o CNJ – Conselho Nacional de Justiça, que tem por fim, entre outros, o de fiscalização do Poder Judiciário, no intuito de promover o acesso à justiça, estabelecendo metas judiciais, por exemplo, para que os processos sejam mais céleres, tem pontos positivos e negativos, eis que seria melhor empregada caso houvesse uma preocupação maior com o aspecto qualitativo e não apenas quantitativo das decisões judiciais, e, também, as referidas metas devem exigir de cada judiciário uma melhor gestão de pessoas, promovendo-se cursos de atualização dos serventuários e

magistrados, requisitando a realização de concursos públicos, quando necessário, pois os juízes, muitas vezes, estão sobrecarregados de processos e respondem, muitas vezes, por mais de um cartório.

Além disso, a formação de juristas, tanto juízes, quanto advogados, procuradores e promotores, em cursos de mediação, conciliação e arbitragem, através de suas técnicas de solução de conflitos, poderá transformar a cultura da litigiosidade presente na sociedade e também no poder judiciário. Não basta o simples questionamento do magistrado em início da audiência de tentativa de conciliação, se as partes têm interesse em conciliar. Ora, para uma tentativa real de conciliação, será necessária a utilização de técnicas de conciliação e mediação. Somente assim, poder-se-á mudar o perfil da justiça brasileira.

A demora na prestação jurisdicional traz descrédito ao Poder Judiciário de um país e também acarreta a responsabilidade civil do Estado, tanto no âmbito nacional, quanto nas Cortes Internacionais. Por fim, a demora na prestação jurisdicional também poderá afetar as relações sob o ponto de vista econômico. Um país que não tenha um judiciário eficiente, em que as decisões são tomadas e efetivadas em prazo não razoável, acarreta um risco alto para empresas que aqui desejarem se estabelecer. Sobre esse aspecto, explicita Silveira<sup>13</sup>:

A morosidade do Judiciário é considerada pelas empresas estrangeiras interessadas em investir no país a ponto de refrear investimentos. Considera-se que o Poder Judiciário, como instituição, não acompanhou a globalização econômica e as solicitações do mercado financeiro, apresentando-se ineficiente para oferecer a segurança jurídica necessária ao desenvolvimento. Antes da década de 80, discussões sobre mudanças no Judiciário restringiam-se aos operadores jurídicos (advogados, juízes e promotores), mas com a retomada do crescimento do país o setor econômico passou a participar da discussão de forma crítica e ativa, ao mesmo tempo em que aflorou a consciência de que o crescimento econômico também depende de adaptações e mudanças nas instituições. A capacidade em fazer com que a lei seja

---

<sup>13</sup> Silveira, Fabiana Rodrigues. *A morosidade no poder judiciário e seus reflexos econômicos*. Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre: 2007, p.15.

cumprida é o termômetro dos investidores e, nesse aspecto, o Judiciário brasileiro é considerado fraco. E esse é o terceiro problema que bloqueia investimentos, perdendo apenas para os quesitos carga tributária e encargos sociais.

Sob o ponto de vista econômico, deve-se destacar, que, apesar das decisões judiciais afetarem a economia, especialmente, no momento em que se vive o fenômeno da globalização econômica, não se pode olvidar o papel do Judiciário que é, sobretudo de defesa dos direitos sociais. Os direitos econômicos são apenas um dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal. O Juiz, ao tomar uma decisão, deverá pugnar pela ponderação dos direitos/princípios constitucionais, isto é, buscar tanto a defesa de interesses das empresas, como, por exemplo, questões ambientais ou até trabalhistas.

As novas ferramentas e formas de interpretação postas ao judiciário, através do neoconstitucionalismo, em que os juízes podem julgar utilizando-se de critérios como a ponderação, fazem com que, cada dia mais, a justiça se torne um poder mais próximo à sociedade, na medida em que procura fornecer o acesso à justiça a todos os seus jurisdicionados.

Críticas são feitas sobre essa suposta invasão de competência do poder judiciário sobre o poder executivo ou mesmo legislativo, na medida em que, as decisões tomadas em prol de indivíduos para garantir determinados direitos fundamentais, como o direito à medicamentos, podem afetar até outros indivíduos na mesma situação, na medida em que não caberia ao poder judiciário realizar escolhas políticas, podendo até faltar dinheiro para que determinado município adquira medicamentos para outros pacientes, em detrimento de um único indivíduo que teve o acesso à justiça. Nesse sentido, explica Giseli Valezi Raimundo<sup>1</sup> que:

A atuação 'política' do Poder Judiciário decorre tanto da falta de instrumentos normativos que permitam a efetivação de direitos, em razão da inércia do Poder Legislativo, quanto da omissão do Poder Executivo em concretizar políticas públicas aptas a preservar e fomentar direitos.

(...)

É preciso questionar, contudo, se a interpretação e a aplicação do direito, decorrentes do papel ativo do juiz, são legítimas, sob o ponto de vista do regime democrático e da separação dos poderes. Para tanto, deve-se compreender o significado de cada uma dessas expressões para chegar a uma conclusão concreta acerca do tema.

(...)

A nova forma de olhar o problema parte do principal óbice que se opõe à atuação política do Poder Judiciário: falta de legitimação democrática, pois seus representantes não são eleitos pelo voto majoritário, o que, em TSE, implicaria a tomada de decisões aptas a preservar o bem comum e justiça a todos, ou seja, os valores substantivos de uma determinada sociedade são escolhidos, por meio de deliberação democrática, pelos detentores dos mandatos eletivos exercidos nos Poderes Executivo e Legislativo.

Caberia ao Poder Judiciário, portanto, garantir apenas o exercício da democracia, vedando-se o ativismo judicial quanto à tomada de decisões pertinentes aos valores da sociedade jurisdicionada. A simples existência do procedimento democrático bastaria para o alcance do justo, independentemente do fim a ser alcançado, pois estariam preservados os direitos garantidores da participação política e dos processos de deliberação.

Desse modo, o papel do Judiciário seria apenas o de garantir o processo democrático, sendo vedado aos juízes manifestação sobre aspectos substanciais, a exemplo da concretização de direitos fundamentais pela determinação judicial acerca da distribuição de recursos e implementação de políticas públicas.

Todavia, há quem entenda que os juízes estão apenas aplicando a lei, em prol do princípio maior da dignidade da pessoa humana. Destaca-se que,

ao deixar nas mãos do Poder Executivo e/ou Poder legislativo a exclusividade de realização de direitos fundamentais, haveria um grave problema à sociedade que ficaria desprotegida, tendo em vista problemas como má administração pública, corrupção, etc. Nesse sentido, o acesso à justiça deverá ser garantido pelo Estado, sob pena de ser responsabilizado por não garantir um direito fundamental, pois como diz o ditado popular, justiça tardia, não é justiça.

## REFERÊNCIAS

ANNONI, Danielle. Direitos Humanos & Acesso à Justiça no Direito Internacional – Responsabilidade Internacional do Estado. Curitiba:Juruá,2003, p.50-51.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: ENTRE A “CIÊNCIA DO DIREITO” E O “DIREITO DA CIÊNCIA”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível na Internet:<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em 04 de julho de 2014.

BELO, Duina Porto. *A razoável duração do processo como instrumento de acesso à justiça*. Revista do curso de direito da UNIPÊ – Direito e Desenvolvimento. Ano 1., n.2, 2010.

CAMBI, Eduardo. “Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo – Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário.”São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DONIZETTI, Elpídio. O processo como meio de efetivação dos direitos fundamentais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano \_\_\_\_\_ 15, n. \_\_\_\_\_ 2564, 9 jul. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/16936>>. Acesso em: 30 jun. 2014.

FARIA, Márcio Carvalho. Neoconstitucionalismo, neoprocessualismo, pós-positivismo, formalismo valorativo... A supremacia constitucional no estudo do processo. Revista Ética e Filosofia Política, N.º15, Volume 2, Dezembro de 2012.Disponível em: [http://www.ufjf.br/eticaefilosofia/files/2009/08/15\\_2\\_faria\\_6.pdf](http://www.ufjf.br/eticaefilosofia/files/2009/08/15_2_faria_6.pdf). Acesso em 03 de julho de 2014.

Haidar, Rodrigo. *Não cabe à justiça decidir qual a melhor escola para a criança*. Notícia inserida no site do CONJUR ([www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br)), em 09 de março de 2011

LEITE, Rosimeire Ventura. *Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais*. Sergio Antonio Fabris.Porto Alegre, 2002..

MORAIS, José Luis Bolzan e SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e Arbitragem – alternativas à jurisdição*. 2ª Ed – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

PEREIRA, João Aveiro. *A responsabilidade Civil por Actos Jurisdicionais*. Coimbra: Coimbra, 2001.

RAYMUNDO, Giseli Valezi. *Acesso a medicamentos: questões polêmicas sob a perspectiva da interpretação, aplicação do direito e ativismo judicial*, in *Prisma Jur.* São Paulo, v.8, n.1, p.199-221. Jan/jun.2009. Artigo divulgado no site [http://www.uninove.br/PDFs/Publicacoes/prisma\\_juridico/pjuridico\\_v8n1/prismav8n1\\_5a1498.pdf](http://www.uninove.br/PDFs/Publicacoes/prisma_juridico/pjuridico_v8n1/prismav8n1_5a1498.pdf) Acesso em 27/08/2014

RIBEIRO, Ludmila. *A Emenda Constitucional 45 e a questão do acesso à justiça*. Rev. Direito GV, vol.4 no.2 São Paulo July/Dec. 2008.

REMÉDIO, Alberto Esteves. *Sobre a responsabilidade civil dos magistrados por actos praticados no exercício das suas funções*, in *Revista do Ministério Público*, ano22o, outubro-dezembro, 2001, n.88º , p.31-49, em esp.p.33-34.

SILVEIRA, Fabiana Rodrigues. *A morosidade no poder judiciário e seus reflexos econômicos*. Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre: 2007.

RAYMUNDO, Gileli Valezi. *Acesso a medicamentos: questões polêmicas sob a perspectiva da interpretação, aplicação do direito e ativismo judicial*, in *Prisma Jur.* São Paulo, v.8, n.1, p.199-221. Jan/jun.2009. Artigo divulgado no site [http://www.uninove.br/PDFs/Publicacoes/prisma\\_juridico/pjuridico\\_v8n1/prismav8n1\\_5a1498.pdf](http://www.uninove.br/PDFs/Publicacoes/prisma_juridico/pjuridico_v8n1/prismav8n1_5a1498.pdf) Acesso em 27/08/2014

**CRIME DE RACISMO E ANTI-SEMITISMO:  
UM JULGAMENTO HISTÓRICO DO STF (*habeas corpus* n° 82.424/RS)**

**Alberico Santos Fonseca**

Graduado em Letras, Licenciatura Plena Inglês/Português pela UFRN (Natal-RN). Bacharel em Direito pelo UNIDF (Brasília, DF). Mestre em Direito Internacional Econômico pela Universidade Católica de Brasília (Brasília-DF). Pós Graduado *Lato Sensu em Docência* do Ensino Superior pela Universidade Castelo Branco (Rio de Janeiro, RJ). Advogado, Professor e Coordenador do Curso de Direito da Faculdade Paraibana (João Pessoa, PB). Professor do IESP (João Pessoa, PB).

RESUMO: Este trabalho tem por escopo realizar uma análise crítica de um caso concreto de racismo e anti-semitismo, representado pelo julgamento do *habeas corpus* n° 82.424/RS , impetrado perante o STF, pela defesa do Sr. Siegfried Ellwangner, condenado pelo crime tipificado no art. 20, da Lei n° 7.716/89, com redação dada pela Lei n° 8.081/90, por ter editado e distribuído obras de conteúdo anti-semita de sua autoria e da autoria de terceiros, representativa de discriminação contra o povo judeu. A celeuma envolve matéria constitucional, inerente a Direitos Humanos quando do conflito entre princípios informadores da matéria. Busca-se discutir o conflito entre o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, representado no caso, pela dignidade do povo judeu e o Princípio da Liberdade de Expressão, *in casu*, materializado pela liberdade de imprensa.

PALAVRAS-CHAVE: constitucional, Direitos Humanos, conflito, dignidade povo judeu, liberdade de expressão.



## 1. INTRODUÇÃO

Todo Estado dito democrático de direito deve primar pela proteção aos direitos e garantias individuais. Para tanto, tal proteção deve, em princípio estar positivada na Carta Maior dos Estados. Tal posituação constitui elemento fundamental para a sua obrigatoriedade e imperatividade.

No Brasil, as inovações políticas e legais voltadas à promoção dos direitos e garantias fundamentais tiveram curso após vinte anos de regime militar, com o advento da Constituição Federal de 1988. Em nossa Carta, os direitos fundamentais são amplamente enumerados e estabelecidos como objetivos permanentes a serem perseguidos pelo Estado brasileiro.

A letra da Constituição, entretanto, não é suficiente para garantir direitos natos aos seres humanos. O objetivo a ser permanentemente perseguido, como dito anteriormente, depende da constante mobilização da sociedade e da evolução das instituições.

Não basta a posituação jurídica dos direitos fundamentais. A sociedade deve empregar todos os meios, instrumentos, procedimentos e instituições destinados a assegurar a efetividade do gozo dos direitos individuais, assim como, a exigibilidade dos mesmos.

O Poder Judiciário é um dos instrumentos de que se deve valer o cidadão para promover a garantia de seus direitos fundamentais.

O presente trabalho aborda um estudo de caso, isto é, um julgamento histórico, emblemático, realizado por nossa Corte Constitucional, onde foram colocados em confronto dois direitos fundamentais: o direito à dignidade da pessoa humana, representado, no caso concreto pelo povo judeu, afrontado em sua honra subjetiva por publicações de cunho discriminatório e que procuram distorcer a verdade histórica, e, de outra banda, o direito à liberdade de expressão, igualmente garantido pela Constituição, consubstanciado pela publicação de livros da chamada corrente revisionista, que busca dar nova versão aos fatos ocorridos durante a Segunda Grande Guerra. Discutir-se-á a melhor exegese para se buscar que princípio deve se sobrepor a outro, no caso concreto.

Trata-se de uma análise do julgamento do caso Ellwanger – HC 82424/RS (dezembro de 2002 a setembro de 2003), levado a cabo no Pretório Excelso. Em cinco longas sessões, confirmou-se, por 8 votos a 3, a condenação, pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em outubro de 1966, de Siegfried Ellwanger pelo crime da prática do racismo. Foram votos vencedores o do Ministro Maurício Corrêa, relator do acórdão (datado de 17 de setembro de 2003), e os dos Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes, Carlos Velloso, Nelson Jobim, Ellen Gracie, Cezar Peluso e Sepúlveda Pertence. O Acórdão foi publicado pelo STF, com prefácio do Ministro Maurício Corrêa<sup>14</sup>

Para atingir o desiderato pretendido, este artigo está dividido em três capítulos. No primeiro, será feita a contextualização tema, assim como, será apresentado o problema a ser discutido e a estrutura do trabalho.

No segundo, descrever-se-á o caso concreto a ser analisado, abordando-se a conduta típica praticada pelo paciente da Ação Mandamental. Serão, também, tecidas considerações sobre racismo, outras práticas discriminatórias e prescrição.

No terceiro capítulo analisar-se-ão os votos mais significativos dos Ministros do Pretório Excelso que abordam diretamente a questão de conflito entre Princípios Constitucionais.

Nas Considerações Finais buscar-se-á mostrar a melhor exegese para tratar da controvérsia envolvendo conflito entre Princípios Constitucionais tutelares de direitos humanos, no sentido de se estabelecer qual deles deve prevalecer sobre os outros.

## **2. DESCRIÇÃO DO CASO. CONDOTA PRATICADA PELO SR. SIEGFRIED ELLWANGNER. CONSIDERAÇÕES SOBRE RACISMO, OUTRAS PRÁTICAS DISCRIMINATÓRIAS E PRESCRIÇÃO.**

Neste trabalho analisar-se-á o julgamento do *habeas corpus* nº 82.424/RS, impetrado pela defesa do Sr. Siegfried Ellwangner, condenado pelo

---

<sup>14</sup>BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Crime de racismo e anti-semitismo. 1 ed. Brasília: Brasília jurídica, 2004.

crime tipificado no art. 20, da Lei nº 7.716/89, com redação dada pela Lei nº 8.081/90, cujo comando transcreve-se abaixo:

Art. 20. Praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicações de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, por religião, etnia ou procedência nacional<sup>15</sup>.

De se esclarecer que hoje o preceptivo legal acima reproduzido tem nova redação dada pela Lei nº 9.459, de 13 de maio de 1997:

Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Pena: reclusão de um a três anos e multa.

§ 1º Fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo.

Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.

§ 2º Se qualquer dos crimes previstos no **caput** é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza:

Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.

§ 3º No caso do parágrafo anterior, o juiz poderá determinar, ouvido o Ministério Público ou a pedido deste, ainda antes do inquérito policial, sob pena de desobediência:

I - o recolhimento imediato ou a busca e apreensão dos exemplares do material respectivo;

II - a cessação das respectivas transmissões radiofônicas ou televisivas.

§ 4º Na hipótese do § 2º, constitui efeito da condenação, após o trânsito em julgado da decisão, a destruição do material apreendido.<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup> BRASIL, Lei nº 7.716/89, com a redação dada pela Lei nº 8.081/90: *República federativa do Brasil*, Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 23 de maio de 2015.

<sup>16</sup>BRASIL, **Lei nº 9.459, de 13 de maio de 1997**: *República federativa do Brasil*, Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 23 de maio de 2015.

No entanto, à época do julgado *sub analise*, o réu foi condenado e apenado em primeira instância com base redação dada pela Lei nº 8.081/90, lei penal vigente à época da prática da conduta típica.

O paciente foi condenado, por ter editado e distribuído obras de conteúdo anti-semita de sua autoria e da autoria de terceiros, representativa de discriminação contra judeus.

O paciente publicou em sua editora, as seguintes obras: O Judeu Internacional, de Henry Ford; A História Secreta do Brasil e Brasil – Colônia de Banqueiros, ambos de Gustavo Barroso; Os Protocolos dos Sábios de Sião, Hitler – culpado ou inocente?, de Sérgio Oliveira; Os Conquistadores do Mundo – os verdadeiros criminosos de guerra, de Louis Marschaldo; Holocausto, Judeu ou alemão? Nos bastidores da mentira do Século, esta última obra de sua autoria, publicada sob o pseudônimo de S. E. Castan.

Os assistentes de acusação apelaram, sendo certo que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul deu provimento ao recurso de apelação, condenado o réu a dois anos de reclusão, com *sursis*, sob o fundamento de que o réu teria praticado o crime de discriminação racial contra judeus, delito que não tem conotação racial para suportar a imprescritibilidade do artigo 5º., XLII da Constituição, que ficou restrito ao crime de racismo.

Art. 5º. [...]

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;<sup>17</sup>

Na apelação, o autor requereu que fosse liminarmente suspensa a qualificadora da imprescritibilidade que ficou consignada no acórdão, bem como que fosse suspensa a execução da sentença.

Foi concedida a ordem nos seguintes termos: para desconstituir a imprescritibilidade e, em consequência, reconhecer a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, uma vez que a pena de dois anos, com

---

<sup>17</sup> BRASIL, Constituição Federal de 1988 : *República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 23 de maio de 2015.

*sursis* estaria prescrita, pois que o julgamento ocorrera em 31.10.1996, decorridos quatro anos, onze meses e dezesseis dias após o recebimento da denúncia.

Foi impetrado o *habeas corpus* em favor de Siegfried Ellwanger Castan, tendo sido defendida a tese de que a norma constitucional restringiu a imprescritibilidade aos crimes decorrentes de racismo, excluindo dali os decorrentes de outras práticas, dentre as quais, aquelas tipificados no art. 20 da Lei 7.716/89, com redação final dada pela Lei 8.081/90, alegando que sob o ponto de vista da hermenêutica jurídica o texto constitucional teria se referido apenas ao racismo e não às práticas discriminatórias. Ou seja, não alegou o paciente que as práticas discriminatórias não são crimes, mas sim que a imprescritibilidade alcança apenas as práticas discriminatórias decorrentes de racismo.

A Constituição Federal de 1988 trata como inconstitucional o ato discriminatório, condenando o preconceito de raça, cor, origem, demonstrando o repúdio ao chamado holocausto do povo judeu, protagonizado pelos nazistas na Segunda Grande Guerra, que vitimou milhares de pessoas. Na mesma esteira, o texto constitucional valeu-se de experiências outras que demonstraram quão nefasto é o preconceito de raça. Para tanto, valeram-se, os Constituintes, da experiência Norte-americana, do regime do *apartheid* que teve curso na África do Sul e, porque não dizer, na nossa própria experiência, vivida durante o império e eternizada até hoje em nossas comunidades.

A Constituição, repise-se, veda preconceito e discriminação com base na origem, na raça e na cor. O termo raça, no dizer de José Afonso da Silva, não é termo suficientemente claro, porque, com a miscigenação, vai perdendo sentido.<sup>18</sup> O racismo, por seu turno embute dogmas que pugnam pela supremacia de uma raça em relação a outra.

Em um primeiro momento surgirá no desenvolvimento deste trabalho, discussão levantada pelos ministros do Supremo no sentido de se interpretar os ditames constitucionais com os novos dados que surgem da ciência,

---

<sup>18</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 205

relativos ao chamado Projeto Genoma Humano, pelo qual aboliu-se de uma vez o conceito de tradicional de raça.

A ciência chegou à conclusão de que brancos, negros, amarelos e mestiços diferem tanto entre si quanto dentro de suas próprias etnias. Como, diante dessa realidade científica, aplicar-se as normas constitucional e legal que estatuem condutas e estabelecem sanções para a prática do crime de racismo?

De outra face, o livre pensamento é um direito consagrado ao ser humano que tem suas origens no continente europeu, mais especificamente na Inglaterra e que se consubstanciou com a Declaração dos Direitos de Virgínia, de 1776, e com Revolução Francesa, de 1789, ocasião em que se consignou tratar-se de um dos direitos mais preciosos do ser humano.

A doutrina, a bem da verdade, a chama de liberdade primária, ponto de partida para todas as outras <sup>19</sup>. Trata-se da liberdade de o indivíduo adotar a atitude intelectual de sua escolha, ainda que essa tomada de posição seja feita de forma pública. Buscou-se, em verdade, dotar o homem do direito de exprimir seus pensamentos e suas convicções, ainda que destoantes da opinião da maioria.

No julgamento que será analisado no presente ensaio, verifica-se que o autor do *habeas corpus* buscou, quer por intermédio de publicações próprias, quer editando publicações de outros, exprimir a sua convicção filosófica e, também, apresentou uma versão histórica diferente da oficial, daquela que estamos acostumados a ouvir e a ler.

Não se está aqui a concordar com os fatos defendidos pelo autor-paciente. O que se buscará discutir, em verdade, e se é justo obliterar o direito do paciente de expor suas convicções, tão-somente por serem dissonantes da opinião da maioria. Além do mais, será que é igualmente justo subtrair das pessoas o direito de se defrontar com uma versão diferenciada de fatos históricos de grande relevância para a humanidade?

---

<sup>19</sup> Idem, p. 220.

### A Declaração Universal dos Direitos Humanos Estatui:

Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferências, ter opiniões e de procurar receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras<sup>20</sup>.

Ressalte-se que nenhum dos direitos constitucionais acima citados são absolutos. Com relação à liberdade de expressão, reproduza-se, por oportuno, o art. 11 da Declaração dos Direitos Humanos editada na França em 1789:

Art 11. A livre manifestação do pensamento e das opiniões é um dos direitos mais preciosos todo cidadão pode, portanto,, falar, escrever e imprimir livremente, à exceção do abuso dessa liberdade, pelo qual deverá responder nos casos determinados em lei<sup>21</sup>.

O grande atrativo da leitura deste trabalho reside no fato de que serão valorados, para o caso concreto, direitos constitucionais fundamentais que se contrapõem.

Se de um lado não é lícito ao paciente desrespeitar a a dignidade do povo judeu pela disseminação de idéias anti-semitas, de outro tampouco é lícito a um Estado democrático de direito subtrair-lhe um direito assegurado internacionalmente a expor suas opiniões.

A grande questão de fato a ser enfrentada consiste na valoração acerca de qual dos direitos fundamentais em comento deve prevalecer no caso em concreto.

Destarte, ao final do trabalho buscar-se-á, após a análise dos votos dos ministros do Supremo, estabelecer na situação fática que se discute no *habeas corpus* n° 82.424/RS se deveria prevalecer o respeito à dignidade da pessoa humana, materializado pelo repúdio ao preconceito contra o povo judeu, ou se, deva prevalecer o direito 'a liberdade de expressão, materializado pela não proibição de veiculação de pela editora de obras de conteúdo anti-semita.

---

<sup>20</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração dos Direitos Humanos, disponível em [www.direitoshumanos.usp.br](http://www.direitoshumanos.usp.br)

<sup>21</sup> Idem , art. 11.

### 3. PRINCIPAIS VOTOS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

#### 3.1 Voto do Ministro Moreira Alves

O ínclito julgador sustenta que o paciente não foi condenado pela prática do crime de racismo. Aduz que o Acórdão do STJ não fala em condenação por racismo. Observa, também que o diploma legal constante da denúncia e do Acórdão do STJ, Lei 7.716/89, com a redação alterada pela Lei 8.081/90, somente tipifica crimes resultantes de preconceito de raça, de cor, de etnia, religião ou procedência nacional. Que o diploma legal silenciou sobre a imprescritibilidade, ficando esta adstrita ao tipo legal descrito na Constituição Federal de 1988, isto é à prática de racismo.

Defende que o crime de racismo não abarca toda e qualquer forma de preconceito ou discriminação. Utiliza, à guisa de exemplo, a discriminação ou preconceito de idade e sexo, apontando que não se configuram no sentido de racismo. Entende que a expressão *racismo* deve ser interpretada restritivamente, porque a imprescritibilidade nela contida não abarca sequer os crimes hediondos, taxados de inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia, mas não de imprescritibilidade<sup>22</sup>.

O Ministro Moreira Alves continua sua tese buscando dar ao termo raça um sentido estrito, para tanto reduz a controvérsia à questão de se determinar ou não, se os judeus são uma raça.

Conclui negando a existência de uma raça judia, citando, para tanto, respeitáveis autores judeus.

Ao chegar a tal conclusão, o festejado julgador e jurista não qualificou o crime pelo qual foi condenado o paciente como racismo, afastando, dessa forma a imprescritibilidade. Por lógico, deferiu o habeas corpus, para declarar a extinção da punibilidade.

---

<sup>22</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Crime de racismo e anti-semitismo. Voto do Ministro Moreira Alves. 1 ed. Brasília: Brasília jurídica, 2004.



## CONCLUSÃO PARCIAL

Com relação ao voto do Min. Moreira Alves, infere-se que o julgador optou pela aplicação restritiva do instituto da imprescritibilidade, posto que cerceador de Direitos Fundamentais, como também, fomentador da insegurança jurídica.

No que tange, entretanto, ao fundamento fático utilizado, verifica-se que tem por suporte um conceito ultrapassado de raça, alicerçado, unicamente, em questões antropológicas.

O voto impôs contornos adstritos à controvérsia, deixou de elevar a discussão a questões constitucionalmente relevantes como dignidade da pessoa humana e liberdade de expressão.

### 3.2 Voto do Ministro Maurício Corrêa

O Ministro Maurício Corrêa contesta a classificação do ser humano em raças, afirmando não existir base científica para tal divisão e afirma que tal segregação decorre de um processo político-social originado da intolerância entre os homens.

Afirma que o racismo persiste enquanto fenômeno social e que a existência das diversas raças decorre de mera concepção histórica, política e social e é esta concepção que deve ser considerada na aplicação do direito.

Afirma que as condutas praticadas pelo paciente caracterizam prática de racismo, seja porque a definição de raça não pode se resumir a identidade física, mas porque o racismo deve ser entendido como comportamento social, seja porque abomina a doutrina nazista, aduzindo que ela se desenvolveu incentivada por publicações que reputam os judeus como uma raça, baseando todo o seu segregacionismo nessa convicção.<sup>23</sup>

Na seqüência, passa a elencar normas e tratados internacionais que classificam o anti-semitismo como forma de racismo.

Nessa esteira, cita a adesão do Brasil à Convenção Internacional contra

---

<sup>23</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Crime de racismo e anti-semitismo. Voto do Ministro Maurício Corrêa. 1 ed. Brasília: Brasília jurídica, 2004.

o Genocídio, a ratificação da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial de 1965, O Pacto de São José de Costa Rica, e a Resolução 623 da Assembléia Geral da ONU, sendo certo que em todas, o anti-semitismo afigura-se como sinônimo de exteriorização do racismo.

Sustenta que, o Direito Comparado tem dado tratamento adequado a tais questões citando o caso da França, onde a lei 90.615/90 pune o chamado revisionismo destinado a justificar o holocausto judeu. Cita também a Espanha que tipificou como crime , na Lei contra o Racismo de 1995, a negação do genocídio e o caso de Portugal que ao alterar o art 240 de seu Código Penal, incluiu entre os crimes de discriminação racial a difamação ou injúria por negação de crimes de guerra ou contra a paz da humanidade.

No âmbito do direito comparado cita, ainda, decisão da Corte de Apelação da Califórnia, no caso *United States versus Lemrick Nelson*, onde se decidiu que embora o povo judeu não seja uma raça, tal não o retira da Proteção da Emenda 13, que proíbe qualquer forma de discriminação racial, posto que a Suprema Corte declara que o povo judeu é considerado raça para certos direitos fundamentais estabelecidos pelo Congresso com base na Emenda 13. Cita também outros julgamentos protagonizados pela Suprema Corte Americana e mesmo pela Câmara dos *Lords* na Inglaterra, sempre com o escopo de mostrar que no direito comparado ao termo raça é atribuída uma conotação mais complexa, sempre que se trata de segregação racial<sup>24</sup>.

Acrescenta à sua tese que, além do inciso XLII, do art. 5º, a Constituição de 1988, cuida do tema o art. 4º , inciso VIII, ao definir como princípio de direito internacional brasileiro o repúdio ao racismo e ao terrorismo.

Encerra o seu ponto de vista, aduzindo que, a discriminação dos judeus deve ser entendida como crime de racismo, a partir de uma interpretação teleológica e harmônica da Carta Federal, das normas internacionais e das leis ordinárias, não só para garantir o resgate histórico do flagelo a que foi submetido o povo judeu, mas para a efetividade do respeito aos direitos

---

<sup>24</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Crime de racismo e anti-semitismo. Voto do Ministro Maurício Corrêa. 1 ed. Brasília: Brasília jurídica, 2004.

humanos, à cidadania e à dignidade da pessoa humana. Destarte, indefere o *habeas corpus*.

### **CONCLUSÃO PARCIAL:**

O voto *sub occuli* deixou de tratar do conflito entre os direitos à liberdade de expressão e proteção da dignidade da pessoa humana.

Importou para a nossa realidade, uma realidade cultural alienígena, posto que não há indicações em nosso país, de que a publicação de um livro possa ser um dano potencial à segurança física da comunidade judaica.

Não demonstrou a real necessidade de se obturar um direito fundamental como é o da liberdade de expressão.

### **3.3 Voto do Ministro Celso de Mello**

Defende incondicionalmente a dignidade da pessoa humana aduzindo que o Direito Internacional Público passou a concentrar-se na dimensão subjetiva da pessoa humana, reconhecendo esse direito em sucessivas declarações e pactos internacionais, como valor fundante do edifício institucional dos ordenamentos nacionais.

Nega a definição de racismo baseada em conceito de ordem estritamente antropológica ou biológica. Caracteriza raça como um conceito de dimensão cultural e sociológica, além de conter um indisfarçável instrumento de controle ideológico, de dominação política e de subjugação social.

Estabelece um paralelo entre o direito de liberdade de expressão e o direito à dignidade humana, aduzindo que a incitação ao ódio público contra o povo judeu não estaria protegida pelo primeiro.

Considera o incitamento como ilícito penal e, portanto, insuscetível da proteção constitucional que assegura a liberdade de expressão.

Ao analisar a situação conflituosa entre direitos básicos titularizados por sujeitos diversos, aponta a supremacia dos direitos da personalidade, representados pela dignidade da pessoa humana, afirmando que na

ponderação de bens e valores em conflito, o interesse público deve nortear a ação do Estado<sup>25</sup>.

Conclui seu voto não aceitando a tese exposta na impetração, isto é, pugna pela proteção que o ordenamento jurídico nacional e internacional dispensam aos grupos minoritários. Isto posto, indefere o pedido de *habeas corpus*, mantendo a condenação penal imposta pelo tribunal de Justiça do Rio grande do Sul.

### **CONCLUSÃO PARCIAL**

Voto trouxe para as hostes jurídicas a discussão entre liberdade de expressão e dignidade do povo judeu.

No entanto, de maneira análoga ao Ministro Maurício Corrêa, justifica a supressão de um direito que faz parte de qualquer Estado Democrático de Direito, que é o direito à liberdade de pensamento, com esteio em valores importados máxime do continente Europeu, onde a questão do anti-semitismo pode aflorar sentimentos mais radicais, capazes de desencadear reações imprevisíveis, fato que não encontra amparo científico em nosso país.

#### **3.4 Voto do Ministro Gilmar Mendes**

Defende um conceito de racismo lastreado não em um conceito pseudo-científico, mas, como uma relação de dominação, onde há raças superiores e inferiores, sendo certo que as primeiras dominam as segundas. Embasa sua tese a partir de constatação reproduzida de Norberto Bobbio.

Diante dessa constatação, afirma que, do ponto de vista estritamente histórico, não há como negar o caráter racista do anti-semitismo.

Filia-se aos ministros Maurício Corrêa e Celso de Mello, deixando claro o compromisso do Brasil perante a sociedade internacional no combate ao racismo, pela subscrição de diversos instrumentos internacionais.

---

<sup>25</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Crime de racismo e anti-semitismo. Oto do Ministro Celso de Mello. 1 ed. Brasília: Brasília jurídica, 2004.

Soma a sua opinião à dos ministros anteriormente citados ao aduzir que o racismo enquanto fenômeno social e histórico complexo, não pode ter seu conceito jurídico delineado a partir do diferencial raça.

Passa a discorrer sobre o conflito entre a liberdade de opinião e o racismo e, para tanto, cita a doutrina do *hate speech*<sup>26</sup>, concluindo que a discriminação racial levada a cabo pelo exercício da liberdade de expressão compromete um dos pilares do sistema democrático: a própria idéia de liberdade.

Sustenta que é possível, em tese um livro pode ser instrumento de um crime, cujo verbo central é incitar e, para tanto, cita as decisões das cortes européias a propósito da criminalização do *Holocaust Denial*<sup>27</sup>.

Defende que a tipificação de manifestações discriminatórias, como racismo, há de se fazer com base em um juízo de proporcionalidade, em virtude do caráter aberto da definição do tipo. Cita, para tanto, o julgamento da Corte Européia de Direitos Humanos no caso *Lhieux e Isorni versus França*, onde aquela Corte, utilizando-se do Princípio da Proporcionalidade, considerou que a Corte Francesa violou o art 10 da Convenção Européia, prevalecendo, naquele caso, a liberdade de expressão( os réus haviam sido condenados por apologia aos crimes de guerra, ou de crimes e delitos de colaboração).

Passa a discorrer sobre o Princípio da Proporcionalidade (proibição do excesso), demonstrando a sua importância para a solução de conflitos, valores e bens, através da ponderação do peso relativo a cada um dos princípios aptos a fundamentar decisões em sentidos opostos<sup>28</sup>.

Apona as máximas do Princípio da Proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Sustenta que a condenação do paciente é adequada para se alcançar o

---

<sup>26</sup> *Hate Speech* é um instituto utilizado em alguns países pelo qual a liberdade de expressão é ilimitada, pois permite a qualquer pessoa dizer tudo o que quiser e o que pensar. Mas, no Direito brasileiro o *hate speech* pode implicar na violação da personalidade e gerar indenização.

<sup>27</sup> *Holocaust Denial* é o ato de negar o genocídio de judeus no holocausto, durante a Segunda Guerra Mundial. Trata-se de uma nova forma, distorcida, diga-se, de interpretar o holocausto: o revisionismo histórico ou negacionismo.

<sup>28</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Crime de racismo e anti-semitismo. Voto do Ministro Gilmar Mendes. 1 ed. Brasília: Brasília jurídica, 2004

fim colimado, qual seja, a salvaguarda de uma sociedade pluralista, onde reine a tolerância.

Afirma, outrossim, que a decisão condenatória é necessária, sob o pressuposto da existência de meio menos gravoso capaz de perseguir o objetivo colimado, já que, segundo o Ministro, foi o próprio legislador constituinte que determinou a criminalização e a imprescritibilidade da prática do racismo.

Aduz, por fim, que a decisão condenatória atende ao requisito da proporcionalidade em sentido estrito, por enxergar proporção entre o objeto perseguido (preservação da dignidade humana) e o ônus imposto à liberdade de expressão do paciente.

É contundente ao afirmar que a liberdade de imprensa não alcança a intolerância racial e o estímulo à violência.

## **CONCLUSÃO PARCIAL**

Assenhora-se o Douto Julgador do Princípio da Proporcionalidade de forma equivocada, mormente quando infere que a publicação de um livro de teor anti-semita pode, no Brasil, estimular a violência, quando nossos valores culturais têm demonstrado, historicamente que no Brasil não há tolerância tão desarazoadada quanto aos judeus.

Na realidade, não se vislumbra nenhum dos requisitos do Princípio da Proporcionalidade. A decisão não foi adequada, porque em verdade não se exercitou a tolerância. Tolerância que se caracterizaria pela possibilidade de admitir uma opinião divergente acerca de fatos históricos.

De maneira análoga, não se vislumbra a decisão como necessária, já que há exorbitância no acórdão, posto que o Constituinte determinou a criminalização e a imprescritibilidade para a prática de racismo. Ademais, a imprescritibilidade representa uma grave restrição a direitos fundamentais, sendo certo que deve ser interpretada sempre restritivamente. No caso do Brasil, nos casos de racismo contra os negros.

No mesmo diapasão, não se apresenta na sentença condenatória, a proporcionalidade em sentido estrito, posto que o ônus imposto ao paciente, no

tocante à obliteração do seu direito à liberdade de expressão foi excessivo diante da possibilidade, diga-se de passagem, remota, de virem a ser praticados atos de violência contra os judeus.

### 3.5 Voto do Ministro Marco Aurélio

Inicia o ilustre Julgador apresentando várias tentativas protagonizadas pela humanidade no sentido de fazer valer a censura sob diversas formas.

Identifica que a celeuma do *habeas corpus* reside no problema de eficácia de direitos fundamentais e da melhor prática de ponderação de valores.

Ressalta a controvérsia a ser vencida, isto é, a colisão entre os princípios da liberdade de expressão e da proteção à dignidade do povo judeu.

Afirma que o direito à liberdade de expressão está inserido na estrutura que alicerça os direitos fundamentais inerentes a um estado democrático de direito.

Defende que a liberdade de expressão serve como instrumento decisivo de controle da atividade governamental e do próprio exercício do poder.

Enxerga a autonomia do pensamento individual como uma forma de proteção à tirania imposta pela necessidade de adotar-se sempre o pensamento politicamente correto.

Segue o argumento central de Stuart Mill<sup>29</sup>, aduzindo que não há uma verdade absoluta que justifique as limitações à liberdade de expressão individual, defendendo, no entanto, a possibilidade de se restringir quanto à forma a liberdade de expressão, isto é, à maneira como esse pensamento é difundido.

Exemplifica que se no caso concreto ao invés de livro tivesse havido distribuição de panfletos incitando à morte ou à expulsão dos judeus, quiçá a possibilidade de ameaça àquele povo fosse um pouco mais factível, eis que para ele, o brasileiro quase não tem o hábito da leitura.

Alinhava que mesmo formando o núcleo essencial do princípio

---

<sup>29</sup> MILL, J. S. On liberty. In: J. S. Mill, Col. Great Books of the Western World, vol. 43. Illinois: Enciclopédia Britânica, 1952, p.272

democrático, a liberdade de expressão não pode ser caracterizada como um direito absoluto. Portanto, que o sistema constitucional brasileiro não alberga o abuso da liberdade de expressão, quando o cidadão se utiliza de meios arbitrários e violentos para a divulgação do pensamento.

Acha temerária a restrição acintosa da liberdade de opinião pautada em expectativas abstratas.

Citando Robert Alexy, afirma que o conflito de princípios encontra solução na dimensão do valor, a partir do critério da ponderação.

Aliás, sobre o tema, impende, por oportuno, consignar que a teoria da argumentação seguida por muitos doutrinadores no Brasil, nada mais é do que a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy. A proposta da teoria é o fornecimento de fundamentos à decisão pela precedência de determinado valor que se evidencie em choque com outros, legitimando assim, a atuação judicial.<sup>30</sup>

Não vislumbra, em seu voto, o Ministro Marco Aurélio, no caso concreto, ameaça grave o suficiente a ponto de eliminar a liberdade de expressão.

Defende que a limitação estatal à liberdade de expressão deve ser encarada com caráter de máxima excepcionalidade e que deve ocorrer apenas quando sustentada por claros indícios de que houve um grave abuso no seu exercício.

Duvida que um livro possa transformar-se em um perigo iminente ao extermínio do povo judeu no Brasil.

Prega que o combate às idéias preconceituosas devem basear-se no confronto de idéias e não proibição de divulgação dessas idéias.

Aponta que a solução do *habeas corpus* deva passar necessariamente por um exame da realidade social concreta, sob pena de se incidir no equívoco de efetuar o julgamento a partir de pressupostos culturais europeus.

---

<sup>30</sup> ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001, p.212.



Sustenta que a decisão prolatada não se conforma com o Princípio da Proporcionalidade e seus requisitos. Declara ausente a adequação, posto que proibir a obra e destruir aquelas já editadas não irá acabar com a discriminação contra o povo judeu, fato que no Brasil, repise-se é mínimo.

Não vislumbra, de igual forma o requisito da necessidade ou exigibilidade, posto que enxerga a possibilidade de o Tribunal escolher um meio menos gravoso, mais suave, isto é, conceder a ordem, garantido o direito à liberdade de pensamento, preservando os livros, já que, a restrição a tal direito não sequer garantiria a conservação da dignidade do povo judeu.

Não encontra proporcionalidade em sentido estrito na decisão, posto que não acredita que existam indícios mínimos de que o livro causará tamanha revolução na sociedade brasileira. Ademais, não acha arrazoado punir o paciente pela publicação de livros alheios.

Assevera que o instituto da imprescritibilidade de crime conflita com as garantias fundamentais do cidadão, gerando um ambiente de insegurança jurídica. Por essa razão, defende que, somente os crimes gravíssimos foram caracterizados como imprescritíveis na história mundial (genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra, crime de agressão).

Constata que nenhuma das constituições republicanas anteriores à atual há menção à imprescritibilidade de crimes.

Defende, portanto que no sistema constitucional brasileiro, a interpretação do inciso XLII, do art. 5º da Constituição deve ser a mais limitada possível, no sentido de que a imprescritibilidade só pode incidir no caso de prática de discriminação racista contra o negro, sob pena de se criar um tipo penal aberto imprescritível, quando a imprescritibilidade deve ser a exceção.

Defende, por fim, que a se estabelecer um tipo penal aberto imprescritível, deixar-se-á ao bel alvitre do legislador ordinário a tipificação do racismo e a conseqüente caracterização da imprescritibilidade que, repita-se, deve ser tratada como exceção.

Defende a tese de que o paciente foi condenado como incurso nas penas do art. 20 da lei 8.081/90, e que devem ser considerados os atos praticados como discriminação contra o povo judeu, prevista sem a cláusula de imprescritibilidade do inciso XLII, do art. 5º da Constituição de 1988. Assim, refuta a prática de racismo e reconhece a prescrição.

#### **4. CONCLUSÃO**

Como sustentado na introdução deste breve ensaio, a Suprema Corte brasileira protagonizou um julgamento emblemático, histórico, onde se discutiu, no caso concreto, que Princípio Constitucional seria melhor aplicado à situação fática sob análise: se o princípio da dignidade humana, no caso, a dignidade do povo judeu ou o direito à liberdade de expressão igualmente garantido por nossa Carta Maior.

Buscou-se nesse trabalho mostrar a divergência criada no julgamento, entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal para, no final, se estabelecer uma valoração entre os princípios anteriormente citados, já que entre Princípios Constitucionais não há que se falar em hierarquia.

Não obstante a ordem jurídica e a opinião pública internacionais, capitaneadas pela imprensa mundial, serem da opinião dominante de que o anti-semitismo é uma das formas de exteriorização do racismo, a aplicação dessa concepção no direito brasileiro deve ser antecedida de redobrada cautela.

Levando-se em conta que o legislador constituinte originário gravou o crime de racismo com a cláusula de imprescritibilidade e que esta cláusula representa uma constrição aos direitos fundamentais, importante que seja aplicada sempre em sentido estrito.

O direito de livre expressão embora faça parte do núcleo essencial do princípio democrático, não deve ser considerado um princípio absoluto

devendo, máxime quando o cidadão se utiliza de meios arbitrários e violentos para a divulgação do pensamento, ser restringido quanto à forma de divulgação.

A obliteração ao direito de livre expressão, entretanto, deve ser encarada com caráter de máxima excepcionalidade e que deve ocorrer apenas quando sustentada por claros indícios de que houve um grave abuso no seu exercício.

O combate às idéias preconceituosas deve basear-se no confronto de idéias e não na proibição de divulgação dessas idéias.

O julgador não deve se afastar da realidade social concreta em que vive, sob pena de decidir sob o escólio de uma cultura dissociada da realidade de sua jurisdição.

O Poder Judiciário, com o resultado desse julgamento, ao valorar de forma equivocada o direito à liberdade de expressão, permitindo, inclusive, que as obras do paciente fossem destruídas, voltou a exercer o papel de censor, lembrando em muito, a inquisição praticada pela igreja católica na idade média, e, infelizmente, desconsiderando princípios democráticos fundamentais inseridos na Constituição Federal de 1988.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

ALMEIDA, Guilherme Assis de (Coord.); MOISÈS, Cláudia Perrone (Coord.). *Direito internacional dos direitos humanos*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

BRASIL. Constituição (1988) *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2000.

BRASIL. Lei nº 7.716/89, com a redação da Lei 8.081/90: *República federativa do Brasil*, Brasília, DF, Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/decreto/dec\\_novo/dec\\_novo.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/decreto/dec_novo/dec_novo.htm). Acesso em: 12 agosto. 2004.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Crime de racismo e anti-semitismo*. 1 ed. Brasília: Brasília jurídica, 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra : Almedina, 1992.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração dos Direitos Humanos*, disponível em [www.direitoshumanos.usp.br](http://www.direitoshumanos.usp.br). Acesso em 25 Mai 2015.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 30 ed. São Paulo : Saraiva, 1996.

MILL, J. S. On liberty. In: J. S. Mill, Col. *Great Books of the Western World*, vol. 43. Illinois: Enciclopédia Britânica, 1952

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

## DA TUTELA DAS ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE NA LEI FLORESTAL

### **Boisbaudran Imperiano**

Advogado, Biólogo e Professor, Pós-graduado em Direito Ambiental; Pós-graduado em Direito do Trabalho; Pós-graduado em Análise e Gestão Ambiental; Pós-graduado em Administração Hospitalar; Doutorando em Direito; Acadêmico da Academia Paraibana de Letras Jurídicas - APLJ; Conselheiro do Conselho Nacional de Meio Ambiente – CONAMA; Professor do Curso de Direito da FAP/PB.

### **1. INTRODUÇÃO**

Desde os primórdios da humanidade, a influência do homem na natureza era limitada e este submetia-se ao “auto governo” da natureza. Mas, a medida que aumentou a densidade populacional, que civilizações foram surgindo e aperfeiçoando tecnologias, o homem quebrou esta regra e começou a provocar modificações e impactos profundos no sistema do meio ambiente, para atender cada vez mais os seus interesses e necessidades. Sendo que muitas vezes esses impactos chegaram e, até mesmo chegam, a prejudicar suas necessidades, bem como ameaçar a sua própria existência (IMPERIANO, 2012).

Muitas vezes o homem se vê como um elemento estranho à natureza, só que “a população humana é parte integrante de uma população pertencente a um ecossistema particular, que vive dentro de uma comunidade, ou seja, dentro de um determinado habitat e como tal está submetido as leis que regem a natureza” (W. HABER, 1981 apud LAGO & PADUA, 1985). Daí que ENGLÉS (1979, apud DUARTE & BRETAS, 1983) afirma que “somos a cada passo advertidos de que não podemos dominar a natureza como um conquistador ..... como alguém situado fora da natureza”.

Nesse sentido, durante a votação da atual Lei de Proteção da Vegetação Nativa (antigo Código Florestal) – Lei Federal 12.651/2012, que foi aprovada por maioria dos votos da Câmara dos Deputados no dia 25.04.2012, obtendo 274 votos a favor, 184 votos contra e 02 abstenções, verificou-se que o projeto de lei aprovado apresentou alguns aspectos polêmicos na luta pela conservação dos recursos naturais, mostrando-se que a Câmara dos Deputados fez opção por andar de marcha ré na história da atual sociedade, à qual tem se expressado a favor do desenvolvimento sustentável. Nesse aspecto, salientamos pesquisa do Datafolha em jun/2011 que constatou que 85% da população brasileira era a favor da conservação das florestas.

Contudo, a maioria dos senhores Deputados Federais não deram ouvidos aos dados técnicos e científicos amplamente divulgados pela comunidade científica do Brasil e aos apelos e fatos capitaneados pela sociedade civil organizada, por meio das ONGs Ambientalistas.

Na Lei Florestal em vigor foram aprovadas mudanças polêmicas nas Áreas de Preservação Permanente – APPs, as quais serão contadas da borda da calha do leito regular (e não do rio em período de cheia) conforme alínea “a” do art. 4º, também, foi aprovado a intervenção ou a supressão de vegetação nativa em restingas (fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues) e em manguezais, poderá ser autorizada, excepcionalmente, em locais onde a função ecológica do manguezal esteja comprometida, para execução de obras habitacionais e de urbanização.

Outra matéria polêmica aprovada na Lei Florestal foi o perdão para quem desmatou até jul/2008, conforme conta do artigo 61-A, que afirma textualmente: Nas Áreas de Preservação Permanente, é autorizada, exclusivamente, a continuidade das atividades agrossilvipastoris, de ecoturismo e de turismo rural em áreas rurais consolidadas até 22 de julho de 2008.

## **2. DO CONCEITO DE ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE - APP**

Iniciamos conceituando o que é Área de Preservação Permanente – APP, a qual a Lei Florestal expressamente afirma que é uma “**área protegida,**

**coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas”,** conforme determina a Lei Federal 12.651/2012, artigo 3º, no seu inciso II.

### **3. DAS AS ÁREAS CONSIDERADAS COMO APP**

A Lei Florestal estabeleceu em seus artigos 4º e 6º, que as diversas **formas de vegetação natural e as florestas** são consideradas como sendo de preservação permanente, situadas ao **longo das margens dos rios; nas margens das lagoas, lagos, reservatórios d’água; nas encostas; nas restingas; nos manguezais; nas dunas; nos topos de morro, montanhas e serras**, dentre outras localizações.

Assim temos, que no seu artigo 4º a Lei de Proteção da Vegetação Nativa (com as alterações incluídas pela Lei Federal 12.727/2012), define para os efeitos da lei que considera-se como Áreas de Preservação Permanente, em zonas rurais ou urbanas, as seguintes:

**a) As faixas marginais de qualquer curso d’água natural perene e intermitente**, excluídos os efêmeros, desde a borda da calha do leito regular, em largura mínima de: **1)** 30 (trinta) metros, para os cursos d’água de menos de 10 (dez) metros de largura; **2)** 50 (cinquenta) metros, para os cursos d’água que tenham de 10 (dez) a 50 (cinquenta) metros de largura; **3)** 100 (cem) metros, para os cursos d’água que tenham de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) metros de largura; **4)** 200 (duzentos) metros, para os cursos d’água que tenham de 200 (duzentos) a 600 (seiscentos) metros de largura; **5)** 500 (quinhentos) metros, para os cursos d’água que tenham largura superior a 600 (seiscentos) metros;

**b) As áreas no entorno dos lagos e lagoas naturais**, em faixa com largura mínima de: **1)** 100 (cem) metros, em zonas rurais, exceto para o corpo

d'água com até 20 (vinte) hectares de superfície, cuja faixa marginal será de 50 (cinquenta) metros; **2)** 30 (trinta) metros, em zonas urbanas;

**c) As áreas no entorno dos reservatórios d'água artificiais, decorrentes de barramento ou represamento de cursos d'água naturais, na faixa definida na licença ambiental do empreendimento;**

**d) As áreas no entorno das nascentes e dos olhos d'água perenes, qualquer que seja sua situação topográfica, no raio mínimo de 50 (cinquenta);**

**e) As encostas ou partes destas com declividade superior a 45°, equivalente a 100% (cem por cento) na linha de maior declive;**

**f) As restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues;**

**g) Os manguezais, em toda a sua extensão;**

**h) As bordas dos tabuleiros ou chapadas, até a linha de ruptura do relevo, em faixa nunca inferior a 100 (cem) metros em projeções horizontais;**

**i) No topo de morros, montes, montanhas e serras, com altura mínima de 100 (cem) metros e inclinação média maior que 25°, as áreas delimitadas a partir da curva de nível correspondente a 2/3 (dois terços) da altura mínima da elevação sempre em relação à base, sendo esta definida pelo plano horizontal determinado por planície ou espelho d'água adjacente ou, nos relevos ondulados, pela cota do ponto de sela mais próximo da elevação;**

**j) As áreas em altitude superior a 1.800 (mil e oitocentos) metros, qualquer que seja a vegetação;**

**k) Em veredas, a faixa marginal, em projeção horizontal, com largura mínima de 50 (cinquenta) metros, a partir do espaço permanentemente brejoso e encharcado.**

Temos, também, que a Lei de Proteção da Vegetação Nativa no seu artigo 6º (com as alterações incluídas pela Lei Federal 12.727/2012), considera, ainda, de preservação permanente, quando declaradas de interesse social por ato do Chefe do Poder Executivo, as áreas cobertas com florestas ou outras formas de vegetação destinadas a:



- a) Conter a erosão do solo e mitigar riscos de enchentes e deslizamentos de terra e de rocha;
- b) Proteger as restingas ou veredas;
- c) Proteger várzeas;
- d) Abrigar exemplares da fauna ou da flora ameaçados de extinção;
- e) Proteger sítios de excepcional beleza ou de valor científico, cultural ou histórico;
- f) Formar faixas de proteção ao longo de rodovias e ferrovias;
- g) Assegurar condições de bem-estar público;
- h) Auxiliar a defesa do território nacional, a critério das autoridades militares.
- i) Proteger áreas úmidas, especialmente as de importância internacional.

A nova Lei de Proteção da Vegetação Nativa, estabeleceu no seu artigo 5º (alterações incluídas pela Lei Federal 12.727/2012) que para a **implantação de reservatório d'água artificial destinado a geração de energia ou abastecimento público, é obrigatória a aquisição, desapropriação ou instituição de servidão administrativa pelo empreendedor das Áreas de Preservação Permanente** criadas em seu entorno, conforme estabelecido no licenciamento ambiental, observando-se a seguinte gradação: Nas áreas rurais a faixa mínima será de 30 (trinta) metros e a máxima de 100 (cem) metros, já nas áreas urbanas a faixa mínima será de 15 (quinze) metros e a máxima de 30 (trinta) metros.

Devendo ser de obrigatoriedade do empreendedor, durante a fase de licenciamento ambiental, elaborar o Plano Ambiental de Conservação e Uso do Entorno do Reservatório, em conformidade com termo de referência expedido pelo órgão competente do Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA, não podendo o uso exceder a 10% (dez por cento) do total da Área de Preservação Permanente, consoante determina o § 1º do artigo 5º da Lei em comento.

#### 4. DA PROTEÇÃO DA VEGETAÇÃO NAS APPs

A Lei Florestal determina expressamente que a **vegetação situada em Área de Preservação Permanente deverá ser mantida pelo proprietário da área**, possuidor ou ocupante a qualquer título, pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, consoante estabelecido no art. 7º da Lei em comento.

Acaso, **se houver ocorrido supressão da vegetação situada na Área de Preservação Permanente**, o proprietário da área, possuidor ou ocupante a qualquer título **é obrigado a promover a recomposição da vegetação**, ressalvados os usos autorizados previstos na Lei Florestal, sendo que tal obrigação tem natureza real e é transmitida ao sucessor no caso de transferência de domínio ou posse do imóvel rural, conforme estatuído nos parágrafos 1º e 2º do artigo 7º da citada Lei.

Por sua vez, no caso de supressão não autorizada de vegetação realizada após 22 de julho de 2008, é vedada a concessão de novas autorizações de supressão de vegetação enquanto não cumpridas as obrigações de recomposição da vegetação, conforme estabelece o § 3º do artigo 7º da citada Lei Florestal.

#### 5. DA SUPRESSÃO OU INTERVENÇÃO DA VEGETAÇÃO NAS APPs

As Áreas de Preservação Permanente, conforme estabelecido no artigo 8º da Lei Federal 12.651/2012, **podem sofrer intervenção ou supressão da vegetação nativa nas hipóteses de utilidade pública, de interesse social ou de baixo impacto ambiental**. Contudo, não haverá, sob qualquer hipótese, direito à regularização de futuras intervenções ou supressões de vegetação nativa, além destas previstas na Lei.

Por sua vez, os § 1º e § 2º do artigo 8º da mencionada Lei, **afirma que a supressão de vegetação nativa protetora de nascentes, dunas e restingas somente poderá ser autorizada em caso de utilidade pública**. No entanto, a

intervenção ou a supressão de vegetação nativa em restingas (fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues) e em manguezais, poderá ser autorizada, excepcionalmente, em locais onde a função ecológica do manguezal esteja comprometida, para execução de obras habitacionais e de urbanização, inseridas em projetos de regularização fundiária de interesse social, em áreas urbanas consolidadas ocupadas por população de baixa renda.

A execução das atividades de segurança nacional e obras de interesse da defesa civil destinadas à prevenção e mitigação de acidentes em áreas urbanas, em caráter de urgência, ficam dispensadas da autorização do órgão ambiental competente nos termos do § 3º do artigo 8º da Lei supra mencionada.

## **6. DAS ÁREAS CONSOLIDADAS EM APPs**

Matéria muito polêmica na Lei de Proteção as Florestas, é o chamado “perdão para os desmatadores até jul/2008”. Na realidade a Lei Florestal prevê no seu artigo 61-A que nas Áreas de Preservação Permanente, é autorizada, exclusivamente, a continuidade das atividades agrossilvipastoris, de ecoturismo e de turismo rural em áreas rurais consolidadas até 22 de julho de 2008. Para tanto, a realização destas atividades observará critérios técnicos de conservação do solo e da água indicados no Programa de Regularização Ambiental - PRA (art. 59), sendo vedada a conversão de novas áreas para uso alternativo do solo nesses locais.

Contudo, a continuidade das atividades previstas no artigo 61-A, deverão obrigatoriamente recompor as faixas marginais ao longo de curso d’água naturais conforme estabelecidos nos parágrafos primeiro até o oitavo (§§ 1º *usque* 8º).

Nesse sentido, para os imóveis rurais com área de até 1 (um) módulo fiscal que possuam áreas consolidadas em Áreas de Preservação Permanente ao longo de cursos d’água naturais, será obrigatória a recomposição das

respectivas faixas marginais em 5 (cinco) metros, contados da borda da calha do leito regular, independentemente da largura do curso d'água. Para os imóveis rurais com área superior a 1 (um) módulo fiscal e de até 2 (dois) módulos fiscais, será obrigatória a recomposição das respectivas faixas marginais em 8 (oito) metros, contados da borda da calha do leito regular, independentemente da largura do curso d'água.

Para os imóveis rurais de 2 (dois) módulos fiscais até 4 (quatro) módulos fiscais, será obrigatória a recomposição das respectivas faixas marginais em 15 (quinze) metros, contados da borda da calha do leito regular, independentemente da largura do curso d'água. Para os imóveis rurais com área superior a 4 (quatro) módulos fiscais, será obrigatória a recomposição das respectivas faixas marginais será observado o mínimo de 20 (vinte) e o máximo de 100 (cem) metros, contados da borda da calha do leito regular.

Por sua vez, nos casos de áreas rurais consolidadas em Áreas de Preservação Permanente no entorno de nascentes e olhos d'água perenes, será admitida a manutenção de atividades agrossilvipastoris, de ecoturismo ou de turismo rural, sendo obrigatória a recomposição do raio mínimo de 15 (quinze) metros.

Para os imóveis rurais que possuam áreas consolidadas em Áreas de Preservação Permanente no entorno de lagos e lagoas naturais, será admitida a manutenção de atividades agrossilvipastoris, de ecoturismo ou de turismo rural, sendo obrigatória a recomposição de faixa marginal com largura mínima de: **5 (cinco) metros**, para imóveis rurais com área de até 1 (um) módulo fiscal; **8 (oito) metros**, para imóveis rurais com área superior a 1 (um) módulo fiscal e de até 2 (dois) módulos fiscais; **15 (quinze) metros**, para imóveis rurais com área superior a 2 (dois) módulos fiscais e de até 4 (quatro) módulos fiscais; e **30 (trinta) metros**, para imóveis rurais com área superior a 4 (quatro) módulos fiscais.

Também, é obrigatória a recomposição das faixas marginais, nos casos de áreas rurais consolidadas em veredas, delimitadas a partir do espaço brejoso e encharcado, de largura mínima de: **30 (trinta) metros**, para imóveis

rurais com área de até 4 (quatro) módulos fiscais; e **50 (cinquenta) metros**, para imóveis rurais com área superior a 4 (quatro) módulos fiscais.

## 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com essa breve análise sobre o “novo código florestal” não estamos sendo contrários ao desenvolvimento das atividades agrossilvipastoris, mas as pesquisas científicas já apontaram que o comprometimento das áreas de APPs, provocam a perda da biodiversidade e a perda das nascentes de rios, assim acreditamos em um setor produtivo sustentável e rentável convivendo com a conservação e equilíbrio do meio ambiente.

Destacamos autores como RAMOS et. al. (2011), MERICO (1996), DUARTE & BRETAS (1983), que alertam para o colapso iminente dos recursos naturais. Nesse sentido, destacamos LAGO & PÁDUA (1985) que afirmaram: “não é possível uma economia de crescimento ilimitado num planeta finito e de recursos limitados. Não existe um estoque infinito de matérias-primas para alimentar por tempo indeterminado o atual ritmo da produção. Os recursos renováveis não têm poder para se auto-reproduzir na velocidade exigida pela lógica do crescimento acelerado”.

A agenda do século XXI será presidida pelas escolhas sobre como considerar as perdas de capital natural. E, nos próximos anos, as principais decisões na economia, na governança e na política mundial dirão respeito à intensidade, à velocidade e à forma como os custos da descarbonização dos processos produtivos e modos de consumo serão internalizados na economia de mercado, ou seja, nas contabilidades nacionais, na contabilidade de custos das empresas e, principalmente, na estrutura de preços relativos da economia globalizada (VEIGA; VIANNA & ABRANCHES, 2009).

Desta maneira, o modelo de desenvolvimento adotado pela grande maioria dos países do Planeta, provaram ao longo das cinco últimas décadas serem pouco sustentáveis. Nesse diapasão comungamos do pensamento de BELINKY (2012), quando afirma que precisamos de “uma economia que

reconheça o valor da natureza, de mecanismos para medir o quão distantes estamos dos limites sociais e ambientais e que, combinados com uma governança efetiva e democrática, promovam a prosperidade e o bem viver, no espaço potencialmente seguro e justo que dispomos”.

Assim, entendemos que a problemática ambiental a partir deste terceiro milênio não pode ser tratada apenas em termos teóricos e nos gabinetes governamentais, deve-se procurar incluir o cidadão comum, no debate ambiental, numa participação política que possa fazer existir uma democracia participativa eficaz que possa fazer acontecer ações efetivas voltadas para implementar uma economia verde.

## REFERÊNCIAS

BELINKY, ARON; BORN, RUBENS; GONÇALVES, B. C.; VIOLINI, F.; FERRONI, G.; BEST, NINA & CUNHA; PILAR. **Diálogos nacionais sobre economia verde: reflexões e propostas para ação**. São Paulo: Vitae Civilis, 2012, 16 p.

BRASIL. Lei n.º 12.651, de 25 de maio de 2012. **Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa**; altera as Leis nos 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nos 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória no 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Diário Oficial da União. 28 de mai. 2012.

BRASIL. Lei n.º 12.727, de 17 de outubro de 2012. **Altera a Lei no 12.651, de 25 de maio de 2012, que dispõe sobre a proteção da vegetação nativa**; altera as Leis nos 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; e revoga as Leis nos 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, a Medida Provisória no 2.166-67, de 24 de agosto de 2001, o item 22 do inciso II do art. 167 da Lei no 6.015, de 31 de dezembro de 1973, e o § 2º do art. 4º da Lei no 12.651, de 25 de maio de 2012. Diário Oficial da União. 18 de out. 2012.

BRASIL. SENADO FEDERAL. **Legislação do Meio Ambiente: atos internacionais e normas federais**. 4 ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1998. 2 v. 1627 p.

DUARTE, R. e BRETAS, P. et. al. **Ecologia e Cultura**, Belo Horizonte: Imprensa Oficial de Belo Horizonte, 1983.

IMPERIANO, BOISBAUDRAN DE O. **O Código florestal aprovado vai incentivar o desmatamento**. Jornal Correio da Paraíba, João Pessoa, 05 jun. 2011.

IMPERIANO, BOISBAUDRAN DE O. **O Código Florestal**. Jornal Correio da Paraíba, João Pessoa, 29 mai. 2012.

IMPERIANO, BOISBAUDRAN DE O. **Direito e gestão ambiental: o que as empresa devem saber**. 2 ed. João Pessoa: Editora Sal da Terra, 2011.

IMPERIANO, BOISBAUDRAN DE O. **Direito, auditoria e instrumentos de gestão ambiental**. João Pessoa: Editora Sal da Terra, 2012.

IMPERIANO, BOISBAUDRAN DE O. **Direito ambiental: concursos e exames**. João Pessoa: Editora Sal da Terra, 2013.

LAGO, A. e PÁDUA, J. A. **O que é ecologia**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1985, 109 p.

MERICO, LUIZ F. K. **Introdução à economia ecológica**. Blumenau: Editora da FURB, 1996, 160 p.

RAMOS, ADRIANA; BELINKY, ARON & BORN, RUBENS H. **Radar rio+20: por dentro da Conferencia das Nações Unidas sobre desenvolvimento sustentável**. São Paulo: FGV, ISA e VITA CIVILIS, 2011, 44 p.

VEIGA, JOSÉ ELI DA; VIANNA, SÉRGIO BESSERMAN & ABRANCHES, SÉRGIO. **A sustentabilidade do Brasil**. in: GIAMBIAGI & BARROS (orgs.) **Brasil Pós-Crise, Agenda para a próxima década**. São Paulo: Ed. Campus, 2009, p. 305-324.



## **SOCIOLOGIA DA PRISÃO: PARANÓIA *VERSUS* METANÓIA. UMA QUESTÃO DE PATOLOGIA E FÉ**

### **Fábio Firmino de Araújo**

Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais (UFPB).  
Especialista em Direito. Mestre em sociologia da  
violência (UFPB) e Doutorando em Sociologia  
(UFPB). Professor de Teoria Geral do Processo da  
FAP.

Resumo: A prisão é uma sociedade paralela. À semelhança de dada sociedade, o cárcere subsiste com elementos próprios como economia, política, geografia e religião. É a partir deste recorte da religião no ambiente da penitenciária Máxima de Mangabeira em João Pessoa, que apresento uma breve análise da experiência de conversão religiosa na prisão, onde procuro identificar o universo prisional como campo fértil para o proselitismo religioso e como se dá a recepção da crença no cotidiano da prisão.

Palavras-chave: prisão, conversão, religião.

### **Abstract**

The prison is a parallel society . Like a given society, the prison remains with own elements such as economy, politics, geography and religion. It is from this crop of religion in the penitentiary of Máxima of Mangabeira in Joao Pessoa, that i present a brief analysis of religious conversion experience in prison, where I try to identify the prison universe as a fertile ground for religious proselytism and how is the reception the belief in the prison daily.

Keywords: prision, convertion, religion.

## INTRODUÇÃO

*A prisão não são as grades; a liberdade não é a rua.  
Existem homens presos na rua e livres na prisão. É  
uma questão de consciência.*

*Gandhi*

A Penitenciária de Segurança Máxima Criminalista Geraldo Beltrão fica localizada na av. Coronel Calixto, s/n, bairro de Mangabeira VI em João Pessoa, Estado da Paraíba. No final da década de 70, visitei pela primeira vez a então conhecida como “Penitenciária Máxima de Mangabeira”, na companhia do meu pai. Era um dia de visitas, e a pretensão era levar um sopro de vida a um parente da família da minha mãe que havia sido preso e condenado pela prática de homicídio qualificado. Ainda adolescente, aquela estada na penitenciária me marcou por vários motivos. Primeiro porque era comum a cena de prisioneiros e visitantes misturando-se uns com os outros em um espaço comum aonde não havia como se distinguir os indivíduos reputados criminosos dos ordeiros. Os prisioneiros dos visitantes. Casais e famílias conversando descontraidamente, outros jogando futebol, pais com filhos de colo nos braços, grupos religiosos entoando cânticos; e eu ali, com o meu pai circulando os olhos pela imensidão daquele lugar, cercado por muros gigantes e torres, com guardas fortemente armados, isolados por um enorme portão de ferro com trancas pesadas que nos separava do restante do mundo.

Pouco mais de dez anos depois, retornei à penitenciária Máxima de Mangabeira. Estava no parlatório - ambiente destinado a advogados para atenderem seus constituintes. Aguardava um jovem rapaz que eu havia acompanhado na fase de inquérito policial e que havia sido condenado por ter morto á tiro o próprio irmão, viciado em drogas, quando agredia a mãe por não lhe dar dinheiro para adquirir mais drogas e bebida. Nos cinco primeiros anos da minha atividade jurídica, atuei como advogado na área criminal.

Dez outros anos se passaram e eu, novamente, retornei à Penitenciária Máxima de Mangabeira. Desta vez, acompanhando um grupo de cristãos, integrantes de uma entidade cristã filantrópica denominada Gideões Internacionais cuja missão é a de entregar exemplares do novo testamento da bíblia cristã. Era natal e em meio à atmosfera ambígua de melancolia e cânticos de alegria, das celas ouviam-se os brados de “Aleluia! Glória a Deus! Amém!”. Muitos deles, com uma mão ostentavam orgulhosamente um exemplar da bíblia colada ao peito e com a outra seguravam as barras de ferro da cela que nos separava, enquanto, atentos, ouviam a reflexão...

Voltar à penitenciária Máxima de Mangabeira, desta vez como pesquisador para investigar e tentar compreender o fenômeno religioso no contexto prisional e o impacto da espiritualidade cristã na saúde do prisioneiro e no processo de reinserção à sociedade de origem, foi uma experiência carregada de etnografias as quais não se pode ignorar no instante em que se busca entender os vínculos que se formam nessa teia social que inclui criminalidade, religião, violência, saúde e fé. Constituiu um desafio apaixonante e, ao mesmo tempo, instigante. Eis que instituições sociais como a prisão, a penitenciária, o presídio, a pena, o preso, o direito e a Justiça; a religião e a religiosidade, formaram elementos dotados de fortes laços que permeiam o interesse dos mais diversos saberes na busca de uma alternativa que aponte o norte para uma sociedade mais segura, plena e pacífica.

Não fosse a vivência dessas três etnografias no processo investigativo acadêmico empreendido, certamente não teria aflorado tantos discursos, percepções e olhares na dissecação do tema para efeito da análise e compreensão que se buscou.

## **O PRESO E A PRISÃO: SUBJETIVIDADE, RELIGIÃO E SAÚDE MENTAL DO ENCARCERADO**

Ao bem da verdade, pode constatar, empiricamente, expressiva participação de prisioneiros em rituais cúlticos neopentecostais no interior daquela unidade prisional.

E a penitenciária, como veremos adiante, tem sua nascente no instituto da penitência criada pela Igreja católica romana dos primeiros séculos.

Muitos reclusos adotam uma ética cristã pela conversão à fé evangélica, ainda que, concomitantemente, comungam dos cerimoniais da fé católica romana. A sutileza desse liame que divide a conversão ou a adesão do prisioneiro aos padrões éticos e morais cristãos é quase imperceptível no ambiente do cárcere. Ora ostentam um comportamento social segundo o padrão de conduta de determinados grupos cristãos evangélicos, como práticas devocionais durante os horários destinados ao banho de sol, leituras dos textos sagrados, reuniões espontâneas com outros presos, cânticos e outras práticas ritualísticas e gestuais, ora são capazes de tirar a vida de outro preso que constitua ameaça à sua integridade física.

Para autores como Goffman (2009:16), os estabelecimentos prisionais têm essa capacidade de desidentificar o sujeito, mortificando-lhe o EU para esvaziar a pessoa e realçar uma outra categoria: a *persona*, forjada segundo as diversas conveniências do preso, geralmente como mecanismos de defesa, inclusive psicológica no afã de autoprotoger-se. O *preso-pessoa* muitas vezes é absorvido pelo *preso-persona*. Ostentar uma imagem que se ajuste aos padrões da aceitabilidade social é, sem dúvida, a melhor estratégia de sobrevivência na prisão. O prisioneiro adota certos papéis que formam personalidades diversas. De fraco para com os fracos para confirmar as suas fraquezas. De forte para com os fortes para impor respeito e conhecer suas vulnerabilidades. De piedoso para adquirir benesses judiciais. Entretanto, a longo prazo, as personalidades vão absorvendo as pessoalidades, e o preso sucumbe numa paranóia até que ele próprio, já não sabe mais distinguir quem, na realidade, é.

O indivíduo perde não apenas a liberdade física e de locomoção; perde também a convivência familiar, social, as oportunidades de ter e ser enquanto sujeito e cidadão. Perde o nome, inobstante ganhe uma alcunha; perde sua

identidade, ganha um número de processo, assume uma personalidade, uma imagem, um esteriótipo que, quase nunca, representa sua personalidade, sua individualidade, deixando-o extremamente vulnerável tanto social quanto física e emocionalmente às mazelas da prisão.

Noutro aspecto, a proposta cristã clássica, em tese, almeja tratar não o ato em si que se reputa delituoso, tampouco o seu agente, mas a atitude interior que resultou no fato reprovado. Foucault (2007) já entendia que a Europa implantara seus novos sistemas de penalidade, e, desde então, os Juízes, pouco a pouco, por um processo que remonta algo bem longe no tempo, começaram a julgar uma coisa diferente, além dos crimes: a “alma” dos criminosos. A questão é: onde estará, no próprio autor, a origem do desvio? No instinto, no inconsciente, no meio social, na hereditariedade?

A prisão, ao que parece, produz no sujeito um adoecimento humano capaz de remetê-lo ao extravio da sua própria subjetividade, a um estado psico-patológico de ser quem não é ou, no mínimo, ostentar a aparência de quem gostariam que fosse, até a desconstrução integral da sua personalidade. Noutro compasso, ao referir-se à palavra “arrependimento”, do glossário cristão, encontramos a raiz grega da palavra *methanóia*, como sendo a mudança de mentalidade ou de atitude interior. Acredita-se que a transformação do sujeito não acontece “de fora para dentro”, mas o inverso.

Daí o porquê de este estudo ser o resultado preliminar de uma pesquisa teórica e de campo voltada para entender uma questão que nos vem inquietando há algum tempo: como analisar as estratégias políticas e simbólicas da conversão religiosa para as igrejas evangélicas de sujeitos sociais marcados em suas histórias de vida pelas práticas, carreiras e perspectivas criminosas? Em outros termos, por que as denominações neopentecostais têm investido pesadamente na conversão religiosa de detentos e ex-criminosos para a “aceitação de Jesus Cristo” e da teologia da prosperidade? E por que o maior número de “conversões” entre os prisioneiros ocorre para essas denominações pentecostais?

Não há como precisar um número exato sobre a conversão de criminosos e ex-criminosos que se declaram convertidos a igrejas

neopentecostais, uma vez que há uma grande variação confessional. As declarações de fé muitas vezes vêm maquiadas por interesses os mais diversos que nublam a realidade social. Os dados de crescimento de conversos publicados pelas editoras especializadas do movimento neo-pentecostal, de igual modo, vêm muitas vezes travestidos de estratégias de *marketing* no sentido de ganhar visibilidade proselitista ou sobressair-se em relação a outros grupos atuantes frente a sua maior efetividade.

O certo é que a participação ativa de grupos evangélicos, notadamente pentecostais, nas instituições prisionais, ganhou maior notoriedade, segundo Mariano (2001), na década de 1990. Coincide com o auge do crescimento pentecostal já analisado por alguns estudiosos. Sobre crescimento pentecostal e mudanças no campo religioso brasileiro, autores como Mariano (2001) e Sanchis (1997) explicam com maior propriedade esta assertiva.

Há bem pouco tempo, a atividade religiosa junto a presídios era mais restrita à Igreja Católica e iniciativas isoladas de evangélicos de denominações históricas, como Assembléia de Deus, Batista e Presbiteriana. A ação evangelística de presidiários através de grupos neo-pentecostais é fato recente que emerge junto com a explosão do movimento neopentecostal, o qual, estrategicamente, encontrou espaço em seguimentos marginalizados da sociedade, como um verdadeiro *nicho* de mercado para almas aflitas.

A ocupação massiva das correntes neopentecostais na mídia radiofônica e televisiva, reverberou nos presídios, manicômios, hospitais, de modo a indicar a institucionalização de grupos para-eclesiásticos como Pastoral Carcerária, Pastoral do Preso e outras, como instrumentos de acesso à população carcerária.

As prisões tornaram-se campo religioso, marcado pela atuação de representantes de diversos seguimentos evangélicos, notadamente, pentecostais e neo-pentecostais.

O êxito dessa empreitada se deve em parte a fatores de natureza institucional, conjuntural e social. A multifalada decadência do sistema penitenciário, que fragiliza o prisioneiro, tornando-o vulnerável a quaisquer formas de alento psicológico, é um dos fatores que legitima o fenômeno social.

A precariedade dos ambientes prisionais em detrimento da possibilidade de o preso ser transferido para uma cela especial “dos crentes”, onde não é comum abusos sexuais, agressões mútuas, exposição a motins e brigas internas, é um atrativo à adesão evangélica.

Poderíamos, então, indagar por que as igrejas neopentecostais ostentam de forma tão maciça nessa direção? A conversão destes prisioneiros ou ex-prisioneiros considerados irrecuperáveis legitimaria o discurso religioso e, por consequência, o poder simbólico e político da dominação pentecostal e dos agentes de salvação que mediarão o poder de conversão?

Esta e outras questões correlatas nos levaram a investigar o aspecto da fé cristã vivenciada pelo prisioneiro e sua prática religiosa no contexto penitenciário. Trata-se, mais precisamente, de dimensionar o impacto que essa espiritualidade produz no processo de re-inserção do encarcerado à sociedade de origem.

A literatura sociológica sobre prisões e conversão religiosa no Brasil é ainda bastante escassa, embora tenha ganho corpo e volume nos últimos anos. Trata-se, porém, de um tema que ainda permanece nas sombras, embora a realidade do sistema penitenciário brasileiro seja objeto de grande preocupação hoje em dia, dada a sua complexidade e falência do atual modelo.

No entanto, as relações entre prisão e religião são antigas. Diz-se que a prisão, como instrumento punitivo no processo civilizador, tem sua origem na espiritualidade mística. Desde cedo, entendeu-se que os “desvios” morais e sociais deveriam ser combatidos com a clausura, o confinamento e a expiação.

Foi Mirabete (2003:17) quem primeiro afirmou ser a pena de prisão inspiradora do modelo penitenciário vigente e que teve sua origem nos antigos mosteiros da Idade Média como punição imposta aos monges ou clérigos faltosos, fazendo com que se recolhessem às suas celas para se dedicarem, em silêncio, à meditação e se arrependem da falta cometida, reconciliando-se com Deus.

Esta idéia, portanto, inspirada na “penitência”, originalmente criada pelo catolicismo romano, deu azo à construção das primeiras prisões destinadas ao

recolhimento de criminosos, à exemplo da House of Correction, construída em Londres entre 1550 e 1552, difundindo-se de modo marcante no século XVIII.

Assim, percebe-se que a presença religiosa, mormente cristã, na concepção da ideia penitenciária, merece singular atenção, especialmente se tomarmos por base a presença histórica desse elo que une a mística cristã religiosa da penitência ao penitente, da penitenciária ao preso, e, deste, à sociedade que o circunda.

Esse liame entre religião e prisão, entretanto, foi sempre tenso e complexo. A prisão, que no seu projeto original tinha a pretensão da redenção das almas “aflitas e desviadas”, na sua versão moderna, longe de constituir um ambiente reflexivo para os “desviantes” da ordem socialmente aceita, foi, transmudou-se em um espaço físico desumano e, por conseguinte, moralmente decadente.

Como, então, em um ambiente decadente, frutificaria a religião?

Esta questão nos conduz a uma outra discussão que perpassa pela pena e a penitência, discussão esta que será melhor analisada ao longo do texto.

Por ora, interessa-nos apenas anunciar como analisaremos esta questão. Assim, o que nos parece é que, do lado da pena, sabe-se que as alterações nas práticas penais e nas políticas de segurança poderiam ser consideradas, por um lado, como resultado do crescimento do medo e da insegurança diante da emergência das novas formas de violência. Por outro, como complexas estratégias de poder articulado com fenômenos como a globalização e a crise do Estado de Bem-Estar Social.

Alguns autores como Zigmunt Bauman e Loic Wacquant (1999 e 2001) têm insistido na tese de que a globalização da economia e a reorganização do Estado têm se refletido na área de segurança pública com a adoção de novas formas de punição. Assim, enquanto o capital adquiriu a plena capacidade de mobilidade, as massas pauperizadas estariam cada vez mais sendo imobilizadas nos guetos, favelas, periferias e prisões, circunscritos à miséria das suas existências. A prisão, na opinião de Bauman, seria “a forma última e mais radical de confinamento espacial” (BAUMAN, 1999:114).



Teríamos, assim, na época atual, uma contradição radical: de um lado, o desenraizamento, o mundo das viagens, da ausência de fronteiras; de outro, o enraizamento das massas humanas, nos territórios da pobreza, a imobilização forçada dos guetos, a quase completa paralisação de seus membros nas prisões.

E o que é mais significativo: as prisões da era da globalização não têm nenhuma pretensão de re-socialização, pelo trabalho, re-educação ou atividades recreativas. As prisões de segurança máxima – *supermax*, como são conhecidas – mantêm os presos 23 horas por dia na cela, sem nenhuma dessas atividades. Logo, elas cumprem uma função exclusiva de contenção das massas. Ainda segundo Bauman (1999), a globalização teria rechaçado o principal mito fundador da modernidade: a ética do trabalho, exatamente o elemento considerado regenerador do pacto social. Em face disso, as prisões abdicaram da pretensão de instituições regeneradoras. Como não se espera que os criminosos se regenerem, trabalhem nas prisões, tornem-se virtuosos, mas apenas que sejam contidos e, acima de tudo, imobilizados em poucos metros quadrados, as penitenciárias se transformaram em fortalezas que apenas paralisam os miseráveis indóceis, as almas aflitas.

São autores como Loic Wacquant (2001), realmente, que insiste na tese de que o desmonte do Estado de Bem Estar Social, na era da globalização, foi compensado pela sua substituição pelo Estado penal, ou seja, os recursos destinados à assistência social foram reduzidos à medida – e na mesma proporção – que os recursos destinados ao sistema carcerário e policial aumentavam; tudo isso, apoiado por uma mudança nas concepções que transformavam a imagem daqueles que são beneficiários das políticas sociais em pessoas dependentes/parasitas do Estado social.

O resultado de tudo isso, seria uma ofensiva geral do neoliberalismo no sentido de um endurecimento penal. A política de Tolerância Zero seria o corolário dessa política, pois dá respaldo jurídico e ideológico para o encarceramento ao menor sinal de delinqüência, o que faz com que a população carcerária aumente de forma estrondosa; mas as prisões não ficam lotadas de criminosos perigosos, e sim de presos por uso de drogas, furto ou

simples atentados à ordem pública. As penas tornam-se cada vez mais rigorosas e os casos de liberação em regime de *sursis* e liberdade condicional diminuem:

Diz Wacquant:

[...] Essa mudança de objetivo e de resultado traduz o abandono do ideal de reabilitação, depois das críticas cruzadas da direita e da esquerda na década de 1970 e de sua substituição por uma “nova penologia”, cujo objetivo não é mais nem prevenir o crime, nem tratar os delinqüentes visando seu eventual retorno à sociedade, uma vez sua pena cumprida, mais isolar grupos considerados perigosos e neutralizar seus membros mais disruptivos mediante uma série padronizada de comportamentos e uma gestão aleatória dos riscos, que se parecem mais com uma investigação operacional ou reciclagem de “detritos sociais”, que com o trabalho social (Wacquant,2001,p.86).

As observações precedentes têm como objetivo descrever o cenário das políticas penais, todas elas ainda presas com a questão do encarceramento como a principal forma de combate ao crime. Nas páginas que seguem vamos tentar entender como a teoria social trabalha a questão da punição.

A ineficácia da prisão, no aspecto transformador do indivíduo achado em erro, é tamanha que, diria Foucault, a partir do momento em que alguém entra na prisão, aciona-se um mecanismo que o torna infame, e, quando sai, não pode fazer nada senão voltar a delinqüir. O preso não apenas perde a identidade pessoal, mas adquire um novo caráter que faz dele um proxeneta, um policial ou um alcagüete, posto que a prisão o profissionaliza no campo da criminalidade.

Em suma, os presídios e a penitenciárias foram vistos pela maioria dos autores que se debruçaram sobre o tema, ora como escolas de sofrimento, ora como universidades do crime. Isto está muito longe da idéia que se tinha da penitenciária como uma instituição correcional em que indivíduos moralmente

deficientes redescobririam, pela experimentação indéxica de sofrimento, privação e, principalmente de trabalho, um sentido não intuído de integridade moral (PAIXÃO, 1987).

Se a hipótese de Foucault é válida, ou seja, de que a prisão é acima de tudo uma instituição disciplinadora e de controle rígido dos indivíduos, que papel exerceria a religião nesse mecanismo de controle, além da sempre mencionada alienação pelo condicionamento comportamental?

Poderíamos supor que o divino, na prisão, seria chamado a assumir um importante papel na vigilância dos movimentos, atitudes, consciência e conduta dos indivíduos que lá se encontram, pois tudo é notório aos olhos de Deus e nada há de encoberto que não tenha a clarividência da luz solar, posto que os olhos de Deus estão em toda parte. Somos vistos, mas nada vemos, assevera o credo cristão. Não basta o aprisionamento do corpo físico para moldá-lo aos interesses socialmente aceitos. Poderia estar engessado em seus movimentos, mas a mente estaria livre para percorrer os recônditos mais inacessíveis do cosmos.

E é nessa ambiência da fé e da penitenciária, que o dispositivo *panóptico* descrito por Foucault (1987), em vigiar e punir, pode trazer certa luz sobre esse entendimento.

Eis que a edificação idealizada por Bentham no século XVIII, cuja arquitetura era formada por uma torre central e uma construção circular periférica entremostra-se presente sob uma nova subjetividade. Naquela, encontravam-se indivíduos a serem vigiados – prisioneiros, loucos, escolares, trabalhadores, isolados em células, formando uma coleção de individualidades separadas. Do outro lado, estavam os vigias. As salas da construção periférica eram determinadas por janelas externas (por onde entra a luz) e por janelas internas (frente à torre central). Nisto consistia a eficiência do dispositivo *panóptico*: ver, sem ser visto.

Da torre é possível ver tudo o que acontece no prédio externo, ao passo que este nem sabe se é, ou não, vigiado, como no exemplo de certo sentinela ao nos informar que *simulava estar vigiando*, pondo o fuzil em pé com a cobertura (capacete ou boina) em cima, enquanto cochilava.

O que devemos salientar é que, no *panóptico*, já estavam implícitos os elementos essenciais da religiosidade: as regras de conduta social, a vigilância, o inconveniente de ser visto sem ver, o medo de agir e até mesmo pensar, e a incerteza de que “a qualquer momento” o Deus que tudo vê (mas que não é visto) poderá intervir e punir.

Essa exposição ganha corpo e proporções que se irradiam, transmudando-se em neuroses e psicoses de adoecimento mental, somatizadas muitas vezes em enfermidades de ordem respiratória e psiquiátricas. O Olho Cósmico se expressa em várias dimensões. Noutro aspecto, qualquer um pode também ser o delator a exigir de Deus tratamento isonômico, desde o sacerdote até o companheiro de credo, quando não, o próprio sujeito, cuja consciência é vigia de si mesma, temendo um mal maior, aqui ou alhures. O olho gigante está em todo o lugar. Deus é onipresente e onisciente; portanto, o único presente em todo o lugar e o único que de tudo conhece, segundo a teologia cristã.

Quanto à prática da religião nas prisões, é do conhecimento de todos que, na maioria dos ordenamentos jurídicos normatizadores do sistema prisional e penitenciário, observa-se a sua presença (da religião) ora como dever, ora como direito de expressão da fé cristã e instrumento eficaz no processo de reconstrução do “desviante” ao “bom caminho” de integração à sociedade originária.

Neste contexto, religião, religiosidade, penitência, penitenciária, de certo modo, interessa ao estabelecimento de uma relação transcendental do preso com Deus ou com qualquer espécie de divindade. A frustração com os processos punitivos do passado, utilizados como meios de espetáculo público, foram dando lugar a outro tipo de vigilância que inibe pulsões delitivas, que fuja ao alcance perceptivo do olhar humano e da sociedade, sem a pedagogia da dor, do martírio e do sofrimento.

É certo que, à exemplo da prisão, a religião também possui o condão de regenerar, transformar, ajustar o indivíduo aos padrões reguladores da doutrina que desloca o fiel para as fileiras de uma vivência social aceitável com os demais.

A função panóptica de Deus nos presídios e penitenciárias expande a prisão dos apenados ao cárcere das emoções, pois o aprisionamento já não se circunscreve ao espaço geográfico do presídio, mas às mentes e consciências dos vigiados. Não apenas à religião integra essa teia social. A própria divindade entra no jogo a serviço da religião, tornando-se tão dócil e útil no processo de empoderamento, quanto o próprio preso.

Assim, a religiosidade, desde as concepções históricas do sistema prisional tem sido categoria recorrente no processo de re-inserção do desviante à sociedade ordeira, embora este papel, como já ressaltamos, ainda não tenha sido devidamente explorado nos trabalhos acadêmicos, isto é, sobre os efeitos da espiritualidade cristã como mecanismo de re-inclusão social.

É bem verdade que a prática religiosa nas prisões brasileiras nem sempre são facilitadas, embora na legislação brasileira vigente sobre as prisões de segurança máxima conste, por obrigação legal, arquitetura que garanta o espaço para cultos ecumênicos religiosos. No caso sob exame, da Penitenciária de Segurança Máxima em Mangabeira, esses espaços ecumênicos religiosos não existem.

Não obstante, outros direitos e prerrogativas do recluso são garantidos tanto na Constituição Federal (art. 5º, inciso XLVIII) quanto na Lei De Execuções Penais - LEP (art. 10, inciso VI). Há a liberdade para o credo religioso nas suas multiformes expressões da fé.

Esses direitos de credo religioso vêm sendo usados por entidades como a Pastoral Carcerária e pelas denominações pentecostais. Grupos voluntários de matizes geralmente pentecostal e neo-pentecostal têm sido freqüentes nos presídios do Estado da Paraíba com propostas de cunho basicamente evangelizador, quando não proselitistas.

É importante frisar que a positivação do direito para a vivência religiosa do apenado não significa, exatamente, que a garantia legal do exercício da fé no ambiente penitenciário implique efetivo direito ao exercício da espiritualidade declarada.

O que outrora constituía obrigação hoje é direito. Mas, veremos adiante, o direito também está sujeito à violação. Ao ingressar na prisão, o prisioneiro

se vê ante um dilema a mais: tolhido na sua liberdade de ir e vir, experimenta a não menos prisioneira circunstância emocional que lhe aflige a alma.

A suma do que se vê é: como se desenvolve a espiritualidade cristã e sua prática religiosa no contexto da penitenciária de Segurança Máxima criminalista Geraldo Beltrão, em João Pessoa-PB?

Avaliar o conflito entre a vivência dos princípios inerentes à fé cristã e a realidade intramuros que remete o desviante a um ETHOS divergente das formas socialmente convencionadas na prisão, determinadas pela própria contingência, é um desafio a ser percorrido, um drama a ser sanado.

É importante entender que, do ponto de vista funcional, as duas vertentes do sistema penitenciário que deflagram a dinâmica prisional consistem na gestão penitenciária propriamente dita, como atividade meio, e a Execução Penal como atividade fim.

Mesmo na realidade brasileira – de crime, pena e religiosidade – no que diz respeito ao sistema penitenciário pátrio, a criminalidade sempre foi associada ao conceito de pecado na mítica religiosa.

O crime era confundido com o pecado e com a ofensa moral, punindo-se severamente os hereges, apóstatas, feiticeiros e benzedores. (MIRABETE, 1991).

O *Aljube*, antigo cárcere eclesiástico do Rio de Janeiro, usado para a punição de religiosos, foi cedido pela Igreja para servir de prisão comum após a chegada da Família Real, em 1808. Em 1829, uma comissão de inspeção nomeada pela Câmara Municipal afirmaria: “o aspecto dos presos nos faz tremer de horror”, eram 390 detentos, e cada um dispunha de uma área aproximada de 0,60 por 1,20 metros.

Seguindo esse diapasão, no universo carcerário, a regra número um para o preso sobreviver em confinamento, de fato, é ser humilde. Não que seja, necessariamente, ingênuo, posto que a humildade também exerce uma forma de exercício do saber-poder. É, primordialmente, a chave de acesso a certos benefícios não afeitos aos soberbos e arrogantes. Decorre desse raciocínio o bom comportamento como condição para o acesso aos benefícios da progressão da pena, da semi-liberdade, da liberdade condicional e das

benesses que daí surgem. Afigura-se aqui, de forma mais clara, um jogo de poder onde as convenções tácitas sobrepõem-se às normas positivas, às regras oficiais, por assim dizer. Uma revolução sutil que não passa pela força física, mas pela manifestação estética de uma ética, nem sempre verdadeira, mas transfigurada em linguagens gestuais, ritualísticas e comportamentais.

Os presos, na condição de protagonistas dessa teia social, percebem que, certas posturas de comportamento sociais, sugestionadas por este ou aquele grupo religioso, podem ser úteis no exercício dos seus interesses pessoais. O poder, neste sentido, não é mais uma propriedade do Estado, mas uma estratégia de ação. Não é atributo, mas relação de forças que perpassam tanto pelos dominados quanto pelos dominantes, ambos constituindo singularidades micro-cósmicas. Deus é útil, nesse sentido; e sua utilidade contribui para o encarceramento da fé que não configura, necessariamente, a fé do encarcerado.

Retomando o paralelo temático do crime, da religião e da pena, não se pode olvidar que, desde a era medieval, o confinamento é um dos recursos mais conhecidos para segregar desviantes da sociedade. A própria palavra “penitenciária”, usada para designar o local onde se alojam os criminosos, provêm de penitência. A falta de privacidade e liberdade, a convivência obrigatória com as mesmas pessoas diariamente, os desejos reprimidos, entre outros fatores, podem resultar em defesas emocionais intuitivamente produzidas para atenuar as pressões que, não poucas vezes, resultam em explosões psicóticas ou rebeliões coletivas. Dentre essas defesas, não se pode deixar de cogitar o escape religioso, mesmo porque os mais variados tipos de pessoas convivem no ambiente da prisão, e a maneira como os internos lidam com esse ambiente é que pode definir o seu *modus vivendi* na sociedade prisional.

Os suicídios também são recorrentes no ambiente do cárcere. Muitas vezes catalogados como “morte natural”, é sabido que prisioneiros são induzidos ao suicídio ingerindo substâncias tóxicas ou medicamentosas em excesso, causando a própria morte para salvar a vida de alguém da família, sob ameaça de um membro d’alguma facção criminosa no interior da prisão. O

tensionamento causado pelo altíssimo índice de stress, associado a um estado de coisas e fatores vivenciados no ambiente do cárcere, tem elevado o índice de homicídio nas prisões, caricaturado por homicídios e/ou mortes naturais. No Brasil, segundo dados do DEPEN, neste ano, quase 600 óbitos de presos foram parar nesta lista.

Não obstante, há presos que vê á óbito por simples falta de socorro. Doentes, para encaminhá-los ao hospital, necessária escolta que, maioria das vezes, não está disponível ou sequer aparece.

Na prisão o individuo está cerceado na sua capacidade de decidir e escolher, pois está sob a tutela do Estado e se sente frustrado e insatisfeito, não obstante desidentificado como pessoa, frente ao estigma de uma nova identidade que lhe foi imposta. Isso o leva a comportamentos por vezes agressivos, por vezes a atitudes demasiadamente passivas com o fito de acomodar-se àquela condição que melhor o favorece.

A idéia da prisão como instrumento transformador do ser desviante restou fadada ao fracasso absoluto. Assim, com propriedade, repetimos a afirmativa de Foucault (1987:133), segundo a qual a partir do momento que alguém entrava na prisão, acionava-se um mecanismo que o tornava infame, e, quando saía, não podia fazer nada senão voltar a ser delinqüente.

O universo extra-muros, em muitos casos é visto sob o olhar do prisioneiro, mais hostil que a própria penitenciária. Paradoxalmente, há presos que relutam deixar a prisão. A reincidência, às vezes, opera-se de forma inconsciente porque o sujeito prefere o *habitat* da penitenciária, frente aos óbices que encontra na sociedade de origem, a qual vê mais severa, porquanto afetada pelas mudanças sociais, de quando nela convivia antes do encarceramento.

À luz desta constatação, verificamos que re-socializar o delinqüente prisioneiro, nas situações atuais, é tarefa senão impossível, de difícil empresa. Falar em reabilitação, como diria ROURE (1998), é quase o mesmo que falar em fantasia, pois hoje é fato comprovado que as penitenciárias *em vez de recuperar os presos, os tornam piores e menos propensos a se reintegrarem ao meio social.*



É de se constatar, também, que o encarceramento do indivíduo impõe um rompimento de vínculo com a sua família e com a privacidade daqueles com os quais possui algum laço de afeto, e isso vulneraliza o sujeito. Os processos de ajustes ou adequação do indivíduo no ambiente do cárcere constitui instrumentos de ortopedia comportamental de molde a remeter o sujeito a uma nova realidade, porquanto passa a conviver dentro de grupos fechados, que tem como grupo maior a população carcerária onde se encontra recolhido, com regras próprias e peculiares, nas quais os indivíduos descendem de diferentes realidades sociais, concepções diferentes em relação à família, à vida em sociedade, ao comportamento, ao ambiente, à religião e também das diversas faixas etárias. Essa convivência com uma realidade distinta da sua ocasiona a gradativa perda da própria individualidade e a mutação na sua conduta pessoal e social.

É notório que na prisão, todas as relações sociais são diferenciadas dos padrões sociais comuns. É o início da perda da identidade, moldando-se, enfim, uma nova personalidade da pessoa presa. A desidentificação e despersonalização do sujeito são, definitivamente, aspectos relevantes no processo de mutilação moral. De frente com a religiosidade, um “novo nascimento” seria a esperança de reconstrução de uma “nova identidade” moral, manifestada em uma “nova criatura”, isento de culpas ou novos julgamentos.

É bem verdade que há hoje uma certa consciência da importância dos direitos humanos. Porém, quando estes direitos dizem respeito a prisioneiros, há sempre um certo preconceito travestido de ressalvas para estigmatizar o condenado.

Embora autores cheguem a afirmar que, independentemente da falsidade ou sinceridade da conversão, o importante é que os crentes dão menos trabalho do que os outros presos (SCHELIGA, 2000, p.74) e que, como diria Wolfmann...

[...] A religião ocupa um importante lugar na recuperação do homem preso. Seja ela qual for, a sua influência no ambiente carcerário é muito forte e concorre,

sobremaneira, para a manutenção da disciplina.  
(WOLFMANN, 2000, p.183)

Há, porém, quem entenda, como Mariano (1999) que:

[...] algumas questões importantes para que a potencialidade redentora e transformadora das igrejas evangélicas não seja superestimada. Segundo ele, a vida comunitária e associativa religiosa não impede, por exemplo, que jovens cujas famílias são evangélicas adentrem para o mundo do crime, conforme mostra uma pesquisa que indica que 44% dos jovens infratores internos da FEBEN, têm pais evangélicos<sup>2</sup>

A verdade é que a declaração nos remete à idéia de que todos somos responsáveis, em maior ou menor grau. Que todos sofrem com o crime: a vítima, o criminoso, a polícia, o agente penitenciário, a família, a sociedade, a religião, os cofres públicos, o país. Todos somos cúmplices, de uma forma ou de outra.

---

<sup>2</sup> Para mais informações acerca desta pesquisa, ver Mariano 1999, p.230

## CONCLUSÃO

Não é difícil perceber o adoecimento da subjetividade do prisioneiro como consequência da prisão. Correntes filosóficas da teologia e da psicologia (FRANKL, 1995) concordam que, apesar de *in-divíduo*, o homem é um ser dotado de tríplice dimensão, a saber: corpo, alma e espírito. De modo que, apesar de único, também, é plural, porém, não-divisível, *in-dividualizado*, mas cujas “partes” se inter-relacionam. A dimensão espiritual a que Frankl chama de *no-ética* diz respeito à vida propriamente dita, à existência do ser. As demandas do corpo, no campo material e objetivo, remetem o homem ao mundo físico dos apelos do corpo, da matéria, ao passo em que as emoções residem no ambiente na alma, da mente, do intelecto.

Sendo um ser holístico, inteiro, porém, indivisível, o homem se queda inerte ante a carência de mecanismos psíco-físico-espirituais que respondam, conjuntamente, aos seus reclamos, entre os quais, a relação com o transcendente espiritual, com o divino que reverbera na manifestação concreta para satisfazer os desejos do corpo e da alma.

À luz do pensamento clássico da sociologia, neste quesito, ao analisar o sistema religioso primitivo, Durkheim (2003), n' *As Formas elementares da vida religiosa*, afirma que a religião é algo inerente à sociedade e que: “... a vida coletiva, quando atinge um certo grau de intensidade, desperta o pensamento religioso”, concluindo por dizer que: “ (...) em resumo, quase todas as grandes instituições sociais nasceram da religião” (2003:466).

Mirabete (2000, citado por Mattos, 2002:74), por sua vez, assevera que a religião tem influência altamente benéfica no comportamento do homem encarcerado e é a *única variável que contém, em si mesma, a faculdade de transformar o homem encarcerado ou livre*.

Para Dias (2008), o fato é que...

[...] a aceitação de sua identidade religiosa e, portanto, de sua permanência dentro da cadeia nessa posição, está condicionada a esse afastamento em relação à massa carcerária, como se fosse uma espécie de não-pessoa ou, em outros termos, é decretada a sua morte

simbólica enquanto participante de um determinado mundo (DIAS, 2008, p. 36-37).

O desviante não deve ser visto como um sujeito objeto de mutilação social ainda que lhe custe a própria personalidade; antes, como um *in-divíduo* afeito às pulsões e estímulos de toda a sorte, mas sujeito às mudanças que parte, não de uma iniciativa exógena, mas que de uma mudança de mentalidade e consciência que reverbere na sociedade que o circunda. Sejam através de políticas públicas que alcancem esse escopo, sejam através de iniciativas particulares ou de cunho religioso, quiçá, pelo método sugerido pelo autor da epístola aos Hebreus da Bíblia cristã, quando recomenda: **“Lembrem-se dos que estão na prisão, como se aprisionados com eles”!**

## REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. *A Liberdade*. Lisboa: Editorial Estampa, 1989.

\_\_\_\_\_. *Globalização: As conseqüências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

\_\_\_\_\_. *O Mal-Estar da Pós-Modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

\_\_\_\_\_. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

\_\_\_\_\_. *Modernidade e Holocausto*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

COMISSÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS. **Relatório sobre a situação dos direitos humanos no Brasil**, [http://pt.wikipedia.org/wiki/Comiss%C3%A3o\\_Interamericana\\_de\\_Direitos\\_Humanos](http://pt.wikipedia.org/wiki/Comiss%C3%A3o_Interamericana_de_Direitos_Humanos) acessado em 29 de outubro de 2012.

DIAS, Camila Caldeira Nunes. **A Igreja como refúgio e a bíblia como esconderijo: Religião e violência na prisão**. São Paulo. Humanitas. 2008

DURKHEIM, Émile. **As formas elementares da vida religiosa**. São Paulo. Martins Fontes, 1996.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: história da violência nas prisões**. 7.ed. Petrópolis: Vozes, 1986.

\_\_\_\_\_. **Microfísica do poder**. 3. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

FRANKL, Viktor. **Em busca de sentido**. 25.ed. Petrópolis: VOZES, 2008.

GOFFMAN, Irving. **Manicomios, prisões e conventos**. Ed. Perspectiva. Rio de Janeiro, 2001.

MARIANO, Ricardo. **Igreja Universal do Reino de Deus: A magia institucionalizada**. *Revista USP*, em.36,p.120-131, set-out.1996.

\_\_\_\_\_, **Neopentecostais: sociologia do novo pentecostalismo no Brasil**. São Paulo, Loyola, 1999.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**.19.ed.São Paulo:Atlas, 2003.

NUNES, Adeildo. **A realidade das prisões brasileiras**. Recife: Nossa Livraria, 2005.

PAIXÃO, Antonio Luiz. **Recuperar ou Punir**. Como o Estado trata o criminoso. Cortez Editora, 1987.

ROURE, Denise de. Panorama dos Processos de Reabilitação de presos. **Revista CONSULEX**. Ano III, nº 20, Ago. 1998, p. 15-17

RUSCHE, G. & KIRCHHEIMER, O. (1939), ***Punishment and social structure***. Nova York, Columbia University Press.

WACQUANT, Löic. **As Prisões da Miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

\_\_\_\_\_. **Punir os Pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001.

\_\_\_\_\_. **A Ascensão do Estado Penal nos EUA**. In: *Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

\_\_\_\_\_. Condições de prisões brasileiras serão denunciadas nos EUA. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff1010200718.htm>. Acesso em 27/10/2012.

WOLFMANN, Luizão. **Portal do Inferno...Mas ainda há esperança**. São Paulo: WVC, 2000.

## **INCIDÊNCIA DE ISS SOBRE OS SERVIÇOS PRESTADOS POR EMPRESAS FRANQUEADAS**

### **Giulianna Mariz Maia V. Batista**

Professora da FAP – Faculdade Paraibana. Mestre em Ciências Jurídicas pela UFPB. Advogada.

### **Newton Nobre de Lacerda Neto**

Professor da FAP – Faculdade Paraibana. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Potiguar. Especialista em Direito Processual pela Unisul. Assessor Jurídico do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba.

**RESUMO:** O presente trabalho tem por escopo demonstrar a incidência de Imposto sobre Serviços no caso de prestação de serviço por empresa franqueada. Para tanto, é feita a conceituação de prestação de serviço, bem assim a distinção da relação jurídica envolvendo franqueador e franqueado sobre a qual não incide o ISS e os contratos de prestação de serviços entre o franqueado e o consumidor ou tomador, sobre os quais é devido o Imposto Sobre Serviços.

**Palavras-chave:** Imposto sobre Serviços. Contrato de franquia. Prestação de Serviço do Franqueado.

## **I – INTRODUÇÃO**

O presente artigo científico tem por escopo analisar a tributação de Imposto sobre Serviços – ISS sobre os serviços prestados pelas empresas franqueadas. A importância do tema justifica-se em razão das divergências interpretativas sobre o tema, especialmente pela jurisprudência pátria que, em

determinados casos, exclui a tributação de ISS pelo simples fato de tratar-se de empresa franqueada, como se o tributo estivesse sendo cobrado pelo contrato de franquia e não pelos serviços prestados ao consumidor ou tomador de serviços.

Para a consecução de seus objetivos, o trabalho iniciará com um enfoque acerca da conceituação do ISS e delimitação do que se entende por serviços, a ensejar a incidência do referido tributo. Posteriormente, será analisado o instrumento de franquia, tanto a natureza do contrato entre franqueador e franqueado quanto a relação existente entre este último e o tomador de serviços ou consumidor.

Por fim, será apresentada a conclusão acerca do tema, demonstrando a legalidade da incidência de ISS – Imposto Sobre Serviços na hipótese de a empresa franqueada prestar serviços ao consumidor, quando se estabelece uma relação jurídica de obrigação de fazer e não de natureza híbrida como ocorre com o contrato de franquia.

## **II - CARACTERIZAÇÃO DO ISS**

O Imposto Sobre Serviços é tributo de competência municipal, instituído no artigo 156, inciso III da Constituição Federal, que prevê a definição dos serviços a serem tributados por meio de Lei Complementar, excluindo-se as hipóteses previstas no artigo 155, inciso II da CF, posto que tributadas por meio de ICMS.

A regência acerca do ISS até 31 de julho de 2003 ficou a cargo do DL 406/1968 e suas respectivas alterações. A partir de 1º de agosto de 2003, a normativa e lista de serviços objeto de ISS passou a ser regida pela Lei Complementar nº 116/2003.

O fato gerador do ISS é a prestação de serviços constantes na lista anexa à LC nº 116/2003, ainda que não se trate de atividade preponderante do



prestador. Por outro lado, o ISS é regido pelo princípio da territorialidade, segundo o qual a legislação tributária estadual ou municipal deverá ser aplicada nos limites do seu próprio território. Assim, deve ser cobrado o ISS no município onde efetivamente foi prestado o serviço, independentemente do local onde esteja sediada a matriz da empresa.

Confirmando tal entendimento, o Superior Tribunal de Justiça manifestou-se reiteradamente:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ISS. COMPETÊNCIA. LOCAL DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. QUESTÃO PACIFICADA PELA PRIMEIRA SEÇÃO. RESP 1.117.121/SP. APLICAÇÃO DO ART. 543-C DO CPC.

1. A Primeira Seção desta Corte, consolidou o entendimento no sentido de que o ISS deve ser recolhido no local da efetiva prestação de serviços, pois é nesse local que se verifica o fato gerador (nos termos do art.12, letra "b", do DL n. 406/1968 e art. 3º, da LC n. 116/2003).

2. In casu, a empresa encontra-se sediada em Belo Horizonte, prestando serviços de manutenção e aluguel de maquinaria e equipamentos para indústrias em diversos outros Municípios, dentre eles à MBR, em sua unidade denominada Mina do Pico, em Itabirito. Logo, o fato gerador ocorreu no Município de Itabirito e, assim, a ele cabe a cobrança do tributo. Agravo regimental improvido.<sup>31</sup>

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ISS. COMPETÊNCIA. LOCAL DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. QUESTÃO PACIFICADA PELA PRIMEIRA SEÇÃO. RESP N. 1.117.121/SP. APLICAÇÃO DO ART. 543-C DO CPC.

1. Caso em que a agravante insurge-se contra a decisão que reconheceu como competente para a cobrança do ISS o município onde se deu a prestação de serviços.

2. Por ocasião do julgamento do Recurso Especial n. 1.117.121/SP, considerado representativo da controvérsia, nos termos do art. 543-C do CPC, a Primeira Seção desta Corte, consolidou o entendimento no sentido de que o ISS deve ser recolhido no local da efetiva prestação de serviços, pois é nesse local que se verifica o fato gerador.

3. No caso concreto, o fato gerador ocorreu no Município de Poços de Caldas e, assim, a ele cabe a cobrança do tributo.

4. Agravo regimental não provido.<sup>32</sup>

---

31 Superior Tribunal de Justiça. T2 – Segunda Turma. AgRg no Ag 1318064 / MG. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 2010/0106048-2. Rel. Ministro Humberto Martins. Julgado em 05/04/2011. Publicado em: 13/04/2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>>. Acesso em: 13 out. 2011.

32 Superior Tribunal de Justiça. T1 – Primeira Turma. AgRg no Ag 1304453 / MG. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 2010/0062854-5. Rel. Ministro

Para a devida compreensão do ISS, é necessário conceituar a “serviço”, que difere diametralmente a hipótese de incidência em relação ao ICMS, por exemplo, e ainda exclui a possibilidade de tributação em outros contratos, que não envolvem a prestação de serviço propriamente dita.

Para o conceito de “serviço” previsto no inciso III, do artigo 156 da CR, isto é, aquele objeto de tributação por meio de ISS, é imprescindível que se exclua das hipóteses os serviços públicos, posto que abarcados pela imunidade recíproca disposta no artigo 150, inciso IV, alínea “a” da Carta Magna, bem como os serviços que constituam fato gerador de outro imposto, sob pena de incorrer em bitributação.

Por outro lado, é importante assinalar que nem todos os trabalhos são considerados serviços para fins de tributação por ISS. De acordo com Aires Barreto, o trabalho consiste em gênero do qual o serviço é espécie. Dessa maneira, trabalho seria todo esforço humano, enquanto o serviço é um esforço humano desempenhado para terceiros, pressupondo, portanto, no serviço, uma relação do sujeito com uma outra pessoa.

Acerca da necessária relação entre o prestador e o tomador de serviços, Paulo de Barros Carvalho leciona:

Prestar serviços é atividade irreflexiva, reivindicando, a sua composição, o caráter de bilateralidade. Em vista disso, torna-se invariavelmente necessária a existência de duas pessoas diversas, na condição de prestador e de tomador, não podendo cogitar-se de alguém que preste serviço a si mesmo.<sup>33</sup>

Além da relação bilateral, é necessário que esta tenha caráter econômico, não sendo pois passível de tributação, o serviço prestado de forma gratuita. O serviço tributável é aquele que visa a obtenção de uma contrapartida, uma remuneração que seja vantajosa ao prestador do serviço.

---

Benedito Gonçalves. Julgado em: 08/02/2011. Publicado em: 11/02/2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 13 out. 2011.

33 CARVALHO, Paulo de Barros. **Não-incidência do ISS sobre Atividades de Franquia** (Franchising). RET 56/65, jul-ago/07.

Os referidos elementos componentes do conceito de serviço tributável têm sido amplamente colacionados pela jurisprudência:

Apelação cível. Ação anulatória. Débito fiscal. Imposto sobre serviços de qualquer natureza - ISS. Transporte coletivo rodoviário de passageiros. Custo de Gerenciamento Operacional - CGO. Inclusão na base de cálculo do ISS. Crédito tributário inválido. Recurso provido. 1. O imposto sobre serviços de qualquer natureza - ISS é tributo de competência municipal (art. 156, III, da Constituição da República) e incide sobre a efetiva prestação de serviços. 2. **Considera-se serviço tributável, o desempenho de atividade economicamente apreciável, produtiva de utilidade para outrem, sem subordinação, sob regime de direito privado e com fito de remuneração.** 3. Os Municípios podem erigir como hipótese de incidência do ISS a prestação de todo e qualquer serviço. Porém, não poderão incluir atividades que não configurem serviços ou, mesmo constituindo serviços, estejam compreendidas na competência dos Estados. 4. O Custo de Gerenciamento Operacional - CGO não integra a base de cálculo do ISS incidente sobre prestação de serviço de transporte coletivo urbano, porque não configura contraprestação por serviços prestados ao Município de Belo Horizonte. 5. Apelação cível conhecida e provida.<sup>34</sup> Grifo nosso.

Para fins do presente artigo, é salutar observar outro elemento do conceito de serviço, qual seja a natureza jurídica da obrigação objeto de tributação. O ISS incide sobre o serviço que compreenda uma obrigação de fazer, sendo excluído da tributação por ISS a obrigação de dar. A distinção entre os referidos conceitos é dada por Aires Barreto da seguinte forma:

A distinção entre dar e fazer como objeto de direito é matéria das mais simples. Basta - aos fins a que nos propusemos – salientar que a primeira (obrigação de dar) consiste em vínculo jurídico que impõe ao devedor a entrega de alguma coisa já existente; por outro lado, as obrigações de fazer impõem a execução, a elaboração, o fazimento de algo até então então inexistente. Consistem, estas últimas, num serviço a ser prestado pelo devedor (produção, mediante esforço humano, de uma atividade material ou imaterial).<sup>35</sup>

A referida distinção é de salutar importância para identificar se determinada atividade constitui serviço tributável por ISS ou uma obrigação de dar. Se, por exemplo, a atividade é unicamente de venda de uma mercadoria,

34 Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. 2ª Câmara Cível. NÚMERO TJMG:1.0024.04.263231-5/001. Rel. Des. Caetano Levi Lopes. Julgado em: 06/03/2007. Publicado em: 23/03/2007. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br>>. Acesso em: 13 out. 2011.

35 BARRETO, Aires F. **ISS na Constituição e na Lei**. 2.ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 42-43.

de entrega, estar-se diante de uma obrigação de dar. No entanto, se é necessária a prestação de algum trabalho de elaboração, de execução de determinada atividade, compreende-se uma obrigação de fazer sobre a qual incide o Imposto Sobre Serviços.

A doutrina civilista conceitua obrigação de fazer como aquela prestação de fato, ou seja, prestar serviços físicos ou intelectuais em benefício do credor. Por seu turno, a obrigação de dar, não envolve a execução, a elaboração, mas simplesmente a entrega de coisa certa ou incerta.

Carlos Roberto Rodrigues conceitua obrigação de fazer nos seguintes termos:

A obrigação de fazer (*obligatio faciendi*) abrange o serviço humano em geral, seja material ou imaterial, a realização de obras e artefatos, ou a prestação de fatos que tenham utilidade para o credor. A prestação consiste, assim, em atos ou serviços a serem executados pelo devedor. Pode-se afirmar, em síntese, que qualquer forma de atividade humana, lícita, possível e vantajosa ao credor, pode constituir objeto da obrigação.<sup>36</sup>

A distinção civilista das modalidades de obrigação de dar e de fazer é necessária à aplicação e incidência da norma tributária que trata do Imposto Sobre Serviços. Este tributo, por sua própria característica não pode incidir sobre situações que constituam tão somente obrigação de dar. O serviço, por si só, caracteriza-se como uma obrigação de fazer que deve ser enquadrada na listagem anexa à Lei Complementar nº 116/2003, pouco importando a denominação do serviço, mas propriamente a atividade que é executada.

Desse modo, a atividade praticada pelo prestador de serviço, no caso de tributação por ISS, deve constituir-se por uma obrigação de executar, elaborar atividade física ou intelectual, mediante remuneração. É imperioso destacar ainda que o serviço é o próprio objeto da obrigação, a finalidade pretendida

---

36 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: teoria geral das obrigações**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 84.

pelo tomador do serviço e não apenas um meio ou tarefa intermediária para o fim colimado entre as partes.

Nesse sentido, esclarece Paulo de Barros Carvalho:

As atividades desenvolvidas como requisito para a realização de outra utilidade qualquer são atividade-meio, ao passo que os atos praticados como fim, acarretando, por si só, uma vantagem material ou imaterial colocada à disposição de outrem, configuram atividades-fim. Apenas a segunda espécie (atividade-fim) deve ser examinada para o escopo de possível tributação.<sup>37</sup>

O objeto da tributação por ISS é, pois, o trabalho humano, físico ou intelectual, prestado a terceiro, mediante pagamento ou remuneração e que constitua a própria finalidade da obrigação e não tarefa intermediária.

Tais conceitos e distinções são deveras importante quando da análise da incidência do ISS, especialmente o tributo que incide sobre serviços prestados por empresas franqueadas e não especificamente sobre o contrato de franquia. Passemos então a analisar o conceito de franquia e as características do contrato que justificam a não tributação sobre a obrigação entre franqueador e franqueado que, no entanto, as atividades desenvolvidas por este podem ser tributadas pelo ISS desde que enquadradas na listagem anexa à Lei Complementar nº 116/2003.

### III – CONTRATO DE FRANQUIA

Os contratos de franquia são disciplinados pela Lei nº 8.955/1994, que estabelece, em seu artigo 2º, o conceito de franquia empresarial como sendo

[...] o sistema pelo qual um franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de produtos ou serviços e, eventualmente, também ao direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou

---

37 CARVALHO, Paulo de Barros. **Não-incidência do ISS sobre Atividades de Franquia (Franchising)**. RET 56/65, jul-ago/07.

sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem que, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício.

Por simples leitura do dispositivo, compreende-se que o sistema de franquia consiste em contrato complexo, onde envolve-se cessão de marcas, transferência de *know-how*, treinamento de funcionários, implantação da atividade, assistência comercial e/ou técnica, mediante contraprestação financeira.

A franquia é, pois, um sistema de distribuição de produtos e serviços, de acordo com o formato previamente estabelecido pela franqueadora, que fornece assistência técnica e administrativa à franqueada.

O doutrinador Waldo Fazzio Júnior classifica o sistema de franquia como um contrato eclético, posto que formado por diversas obrigações, tais como: cessão de direitos, licença de marca, prestação de serviços, compra e venda e distribuição. O autor traça os elementos da franquia da seguinte forma:

Ao esboçar o perfil da franquia, verifica-se que não se trata de singela licença para utilização de marca, mas de sistema de distribuição de bens e serviços distinto da concessão mercantil, envolvendo complexo suporte organizacional, ainda que o licenciamento entremostre-se como sua característica essencial.<sup>38</sup>

A doutrina e a jurisprudência pátrias passaram a adotar o adjetivo híbrido para qualificar o sistema de franquias, tendo em vista a complexidade de elementos que o formam, bem assim os diversos pactos que o compreendem.

O contrato de franquia constitui-se em contrato complexo, de natureza híbrida, regulado pela Lei n. 8.955/94 e, nessas condições, as obrigações assumidas pelo franqueado, dentre elas as trabalhistas, não são transferidas para o franqueador. A franquia engloba apenas a utilização de marca, do nome e do material necessário ao exercício da atividade comercial. Não existe

---

38 FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Manual de Direito Comercial**. 9.ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 494.

subordinação jurídica ou interferência na administração entre franqueador e franqueado.<sup>39</sup>

Colacionamos ainda a definição de contrato de franquia adotada pelo Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul Irineu Mariani, quando do julgamento da Apelação Cível nº 70027557628:

O **franchising** é um contrato de natureza jurídica mista ou híbrida. Ele resulta da miscigenação, ou cruzamento inter-racial da compra e venda empresarial, da licença para exploração de marcas ou patentes, do mandato mercantil, da comissão mercantil, da concessão mercantil e da representação comercial. Nasce daí um novo indivíduo. Diz-se **misto** ou **híbrido** porque traduz, com fidelidade, o fenômeno ocorrente quando elementos de mais de um contrato se juntam para formar uma unidade indissolúvel. E diz-se **unidade indissolúvel** porque o descumprimento rompe o todo, e não apenas a parte descumprida.<sup>40</sup>

O contrato de franquia, por sua natureza, tem sido excluído pela jurisprudência da tributação em Imposto sobre Serviços, fundamentando tal entendimento na caracterização de uma obrigação de dar e não apenas de uma obrigação de fazer, necessária à configuração de uma prestação de serviço.

Nesse diapasão, cite-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

ISS. FRANQUIA (FRANCHISING). NATUREZA JURÍDICA HÍBRIDA (PLEXO INDISSOCIÁVEL DE OBRIGAÇÕES DE DAR, DE FAZER E DE NÃO FAZER). PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. CONCEITO PRESSUPOSTO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. AMPLIAÇÃO DO CONCEITO QUE EXTRAVASA O ÂMBITO DA VIOLAÇÃO DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL PARA INFIRMAR A PRÓPRIA COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA CONSTITUCIONAL. [...] 6. O conceito pressuposto pela Constituição Federal de serviço e de obrigação de fazer corresponde aquele prestado pela teoria geral do direito, segundo o qual o objeto da prestação é uma conduta do obrigado, cujo antecedente necessário é o repasse a outrem de um bem preexistente, a qualquer título,

---

39 Ibid. p. 498.

40 **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. 1ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 70027557628. Rel. Desembargador Irineu Mariani. Julgado em: 29/04/2009. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 13 out. 2011.

consoante a homogeneidade da doutrina nacional e alienígena quer de Direito Privado, quer de Direito Público. [...] 12. A mera inserção da operação de franquia no rol de serviços constantes da lista anexa à Lei Complementar 116/2003 não possui o condão de transmutar a natureza jurídica complexa do instituto, composto por um plexo indissociável de obrigações de dar, de fazer e de não fazer. 13. Destarte, revela-se inarredável que a operação de franquia não constitui prestação de serviço (obrigação de fazer), escapando, portanto, da esfera da tributação do ISS pelos municípios. [...]41

[...] 6. O contrato de franquia é de natureza híbrida, em face de ser formado por vários elementos circunstanciais, pelo que não caracteriza para o mundo jurídico uma simples prestação de serviço, não incidindo sobre ele o ISS [...]42

Depreende-se dos referidos julgados que, apesar de haver expressa previsão na Lei Complementar 116/2003, o contrato de franquia não pode ser tributado por meio de ISS, haja vista não haver a caracterização da prestação de serviço, conforme os limites expostos no tópico anterior.

Após a pacificação de não incidência de Imposto sobre Serviços nos contratos de franquia, muitas empresas franqueadas ingressaram em juízo pugnando por anulações de débitos fiscais ou declaração de inexistência de relação jurídica tributária.

Ocorre que, ao interpretar o entendimento jurisprudencial, muitos magistrados e Tribunais brasileiros prolataram sentenças e acórdãos em favor de empresas franqueadas, sob o argumento de franquia não pode ser objeto de ISS quando, na verdade, a tributação não estaria ocorrendo sobre o contrato de franquia, mas sobre os serviços prestados pela empresa franqueada ao tomador ou consumidor.

---

41 **Superior Tribunal de Justiça.** T1 – Primeira Turma. REsp 885.530/RJ. Rel. Ministro Luiz Fux. Agosto de 2008.

42 **Superior Tribunal de Justiça.** T1 – Primeira Turma. REsp 222246/MG. Rel. Ministro José Delgado. Junho de 2000.



Daí reside a problemática objeto principal de distinção no estudo ora delineado, qual seja definir em quais situações o ISS não é devido e em que hipóteses há a incidência do Imposto sobre Serviços de empresas franqueadas.

#### **IV – INCIDÊNCIA DE ISS SOBRE A PRESTAÇÃO DE SERVIÇO POR EMPRESA FRANQUEADA**

Como dito anteriormente (item II), a incidência do ISS é determinada pela prestação de um serviço econômico como atividade fim. Para o contrato de franquia, entende a jurisprudência que, mesmo existindo expressa previsão legal para tributação por ISS, é incabível por se tratar de um contrato complexo, que envolve relações distintas, como obrigação de dar, obrigação de fazer e de não fazer.

Anteriormente a LC 116/2003, o Decreto Lei 406/68 previa, em seu item 48, a tributação do serviço de agenciamento, corretagem ou intermediação de contratos de franquia (**franchise**) e de faturação (**factoring**), excetuando-se os serviços prestados por instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central. Anote-se, portanto, que não era o próprio contrato de franquia objeto da tributação.

A referida previsão fez com que diversos municípios brasileiros considerassem que a relação existente entre franqueador e franqueado envolvia a aproximação, pelo que passaram a cobrar ISS do contrato de franquia. Tal fato provocou reação e inúmeras demandas judiciais por parte das franquias, alegando a inexistência de prestação de serviço, mas sim uma obrigação de dar.

O entendimento restou pacificado no sentido de ser incabível a tributação de ISS sobre o contrato de franquia. No entanto, diversas empresas franqueadas ingressam em juízo postulando a desoneração tributária de ISS, alegando que se trata de incidência do imposto sobre o contrato de franquia.

A mencionada alegação mostra-se inverossímil, posto que o franqueado postula uma interpretação genérica e ampliativa do entendimento jurisprudencial, ou seja, quer fazer crer que, pelo simples fato de ser empresa franqueada, não é passível de tributação pelo ISS.

A não incidência do ISS sobre o contrato de franquia deriva da própria natureza deste ajuste, que não configura prestação de serviço. Não é, pois, a qualidade de franqueador ou franqueado que afastará toda e qualquer cobrança tributária, como pretendem as empresas franqueadas.

É necessário para que se verifique a possibilidade ou não de cobrança do Imposto Sobre Serviços a análise da relação jurídica que deu causa e sua caracterização. Desse modo, o contrato entre franqueador e franqueado apresenta uma relação jurídica complexa não passível de incidência de ISS, enquanto as relações jurídicas entre empresas franqueadas prestadoras de serviços e o consumidor constitui hipótese de incidência tributária, caso haja previsão do serviço no rol anexo à LC 116/2003.

A alegação de não incidência de ISS sobre os serviços prestados é suscitada por empresas franqueadas especialmente da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos e de empresas de recebimento de cobranças. O referido argumento tem sido enfrentado diuturnamente pelos magistrados e Tribunais. A título de embasamento, cite-se a fundamentação do acórdão prolatado pela Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, quando do julgamento da Apelação Cível nº 70027557628:

Observe-se que não há tributação sobre eventual serviço integrante da relação jurídica entre franqueadora-franqueado ou franqueada, como são os de assessoramento e de assistência técnica, conforme já referimos. A tributação acontece sobre o **serviço objeto do contrato**, no caso, sobre a atividade de coleta, remessa ou entrega de correspondências, objetos, bens ou valores, **inclusive pelos correios e suas agências franqueadas**.

Evidente, pois, que não há inconstitucionalidade alguma.

Repita-se: tributado é o **serviço** objeto de franquia, e não a franquia. A franqueada não é sujeito passivo de ISSQN porque é franqueada, mas porque presta um serviço tributado, tal como a franqueadora se prestado por ela; o fato gerador não é o serviço **franqueado**, mas o **serviço**, independentemente de quem seja o prestador, inclusive,

como diz o final do item 26, para evitar dúvida, quando por **agências franqueadas**.

O referido acórdão é cristalino ao pontuar que o elemento característico da incidência do ISS é a própria prestação do serviço, independentemente se o prestador é franqueado ou não. A cobrança do tributo é devida a todo aquele que preste serviço constante da lista anexa à LC 116/2003, mesmo que seja uma empresa franqueada.

O referido tema foi enfrentado pelos em julgamentos reiterados:

APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. ISSQN. SERVIÇO OBJETO DE FRANCHISE. ITEM 26.01 DA LISTA ANEXA À LC-BR 116/03. 1. A LC-BR 116, de 31-7-03, no item 26.01 da Lista Anexa, define como fato gerador de ISSQN os serviços de coleta, remessa ou entrega de correspondências, documentos, objetos, bens ou valores, inclusive pelos correios e suas agências franqueadas, courier e congêneres. É diferente do item 10.04, que refere agenciamento, corretagem ou intermediação de contratos de arrendamento mercantil (leasing), de franquia (franchise) e de faturação (factoring), repetindo o item 48 da Lista Anexa à LC 56/56, com acréscimo do arrendamento mercantil. Também é diferente do item 17.08 da Lista atual, que inclui o franchising como espécie no gênero de serviços de apoio técnico, administrativo, jurídico, contábil, comercial e congêneres. **O item 26.01 é diferente porque fato gerador não é o eventual serviço envolvendo a franquia em si (relação jurídica entre franqueadora e franqueada), mas o serviço objeto da franquia; não o serviço franqueado, mas o serviço, independentemente de quem seja o prestador, inclusive, como diz o final do item, para evitar dúvida, quando por agências franqueadas.** Indevida, pois, a concessão da segurança no Primeiro Grau. 2. Apelação desprovida. (Apelação Cível Nº 70009999525, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Irineu Mariani, Julgado em 20/12/2006) Grifo nosso.

Pode-se concluir de todo o acima declinado que a questão da incidência ou não de ISS deve estar atrelada à natureza jurídica, que deve ser de prestação de serviço, independentemente de quem seja o prestador. A caracterização de uma empresa enquanto franqueada, por si só não afasta a possibilidade de tributação em ISS. A cobrança de Imposto sobre Serviços só está afastada no que concerne ao próprio contrato de franquia, por sua própria natureza. Dessa maneira, é possível a incidência de ISS sobre a prestação de serviços constantes na lista anexa à LC 116/2003, mesmo que o prestador seja empresa franqueada.

## REFERÊNCIAS

BARRETO, Aires F. **ISS na Constituição e na Lei**. 2.ed. São Paulo: Dialética, 2005.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Não-incidência do ISS sobre Atividades de Franquia (Franchising)**. RET 56/65, jul-ago/07.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Manual de Direito Comercial**. 9.ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: teoria geral das obrigações**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

**Lei nº 8.955/1994**. Dispõe sobre o contrato de franquia empresarial (franchising) e dá outras providências. Publicada em 16/12/1994. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8955.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8955.htm)>. Acesso em: 13 out. 2011.

PAULSEN, Leandro. **Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência**. 12.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado; ESMAFE, 2010.

**Superior Tribunal de Justiça**. T2 – Segunda Turma. AgRg no Ag 1318064 / MG. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO DE INSTRUMENTO 2010/0106048-2. Rel. Ministro Humberto Martins. Julgado em 05/04/2011. Publicado em: 13/04/2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>>. Acesso em: 13 out. 2011.

**Superior Tribunal de Justiça**. T1 – Primeira Turma. AgRg no Ag 1304453 / MG AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO DE INSTRUMENTO 2010/0062854-5. Rel. Ministro Benedito Gonçalves. Julgado em: 08/02/2011. Publicado em: 11/02/2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 13 out. 2011.

**Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. 2ª Câmara Cível. NÚMERO TJMG:1.0024.04.263231-5/001. Rel. Des. Caetano Levi Lopes. Julgado em: 06/03/2007. Publicado em: 23/03/2007. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br>>. Acesso em: 13 out. 2011.

## DECISÕES DO CADE E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NA ORDEM ECONÔMICA

### **Catarina Mota de Figueiredo Porto**

Mestre em Direito Econômico pela Universidade Federal da Paraíba. Professora de Processo Civil, Direito do Consumidor, Direito do Trabalho e Direito Empresarial. Doutoranda em Direito Público pela Universidade de Coimbra

**RESUMO:** O presente artigo esboça, a partir da evolução do sistema de defesa da ordem econômica brasileira, o surgimento do CADE, trazendo algumas questões polêmicas sobre a sua função, como sua interpretação de atos infracionais, e a interpretação desses mesmos atos sob o ponto de vista judicial, observando o equilíbrio almejado nos princípios constitucionais na ordem econômica, inclusive a defesa do consumidor.

**Palavras-chave:** Decisões administrativas e judiciais - infrações à ordem econômica - Defesa do Consumidor.

### **ABSTRACT**

This article explains the born of CADE, through the evolution of the public defense system of Brazilian economic order. Some controversial questions are brought about its role and its interpretation of economic infractions, which are also judged by the justice. Moreover, it is considered the desirable balance in the interpretation of the constitutional principles of economic order, including consumer defense.

**Key-words:** administrative and law interpretation - infractions against economic order - Consumers Defense.

## **1 O PAPEL DO CADE NA PREVENÇÃO E REPRESSÃO DO ABUSO DE PODER ECONÔMICO**

A ordem econômica e social é objeto de atenção da legislação desde a Constituição Federal de 1934, que se preocupou em garantir a liberdade econômica. A Constituição Federal de 1937 cuidou da liberdade individual como fator da prosperidade nacional, tratando inclusive da possibilidade de intervenção, assim como se preocupou com os crimes contra a economia popular, equiparando-os aos crimes contra o Estado. O Decreto-lei n.º 869/38 pode ser considerado a primeira lei antitruste nacional, mas com foco na questão da economia popular. O Decreto-lei n.º 7.666/45 (Lei Malaia), por sua vez, criou a Comissão Administrativa de Defesa da Concorrência - o CADE - órgão incumbido de apurar atos ou fatos contrários à economia popular, subordinado ao Presidente da República.

Observa-se que todas essas normas tinham caráter eminentemente nacionalista, fato que se explica, em parte, por causa da economia extremamente intervencionista da época, uma necessidade do país, que estava em processo de formação de sua indústria nacional. A Lei Malaia foi de curta duração, sendo que a Constituição de 1946, em seu artigo 148, resumiu o movimento da defesa da economia nacional, eis que previu a possibilidade de intervenção do Estado na economia, desde que fundada no interesse público e observados os direitos fundamentais. Esse Decreto previu, para repressão do abuso do poder econômico, que a prática do ato infracional somente seria considerada ilícita sob o ponto de vista subjetivo. Dessa forma, apenas se o sujeito agisse com culpa ou dolo é que se configuraria o ilícito antitruste. Atualmente, a prática do ato infracional é considerada ilícita por seus efeitos, de forma objetiva, por isso o entendimento daquele Decreto é considerado bastante retrógrado.

A Lei 4.137/1962 criou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), com jurisdição nacional, com competência para apurar e reprimir os abusos do poder econômico, regulamentando o artigo 148 da Constituição Federal de 1946. A Lei 8.137/1990 previu crimes contra a ordem tributária,

econômica e outras relações de consumo, enquanto a Lei 8.158/91 instituiu normas de defesa da concorrência. A Lei 8.884/94, por fim, transformou o CADE em autarquia, proporcionando-lhe uma maior independência. Nessa legislação, os ilícitos são examinados sob a ótica objetiva, isto é, considerando os efeitos potenciais das práticas infracionais, independentemente da sua ocorrência ou da intenção do agente. A partir dessa lei, portanto, iniciou-se um efetivo combate ao abuso de poder econômico.

Embora a defesa da ordem econômica já estivesse prevista nas legislações anteriores, é importante ressaltar que o CADE não tinha muitos poderes e atuação, excetuando-se naqueles casos relativos ao controle e tabelamento de preços, em virtude da intervenção intensa do Estado na economia, que até mesmo incentivava a formação de monopólios e concentrações empresariais, especialmente do próprio Estado.

A nova lei de defesa da concorrência surgiu quando o Governo previa a liberalização da economia e, por outro lado, fazia com que esse mesmo Estado que pregava a livre iniciativa, prevenisse ou repreendesse os abusos de poder econômico provenientes dessa liberdade.

O CADE é o órgão que julga os processos administrativos relativos ao controle de estruturas ou condutas anticoncorrenciais das empresas, tendo, ainda, a função de educar a população e os empresários a respeito da defesa da livre concorrência. Ademais, conta com o auxílio da Secretaria de Direito Econômico na defesa da concorrência. No Brasil, é o órgão responsável pela apuração de infrações econômicas, mas também promove uma economia competitiva por meio de repressão ou prevenção de ações que possam limitar ou prejudicar a concorrência, nos termos do art. 54 da Lei 8.884/1994. A grande maioria das decisões do CADE - e que mais chamam a atenção da mídia - são as relacionadas aos atos de concentração, seja pela repressão, seja pela prevenção.

Ressalva-se que, na legislação nacional, nada impede que tais demandas sejam distribuídas diretamente no Poder Judiciário, pois, segundo o artigo 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988, a lei não excluirá da

apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. O Poder Judiciário poderá, então, rever atos administrativos, e não haverá necessidade de exaustão da instância administrativa, para a apreciação do caso.

Na apreciação de atos de concentração, o CADE poderá subordinar sua aprovação ao cumprimento de determinadas condições, através de termo de compromisso de desempenho, previsto no art.58 da Lei 8.884/1994 ou de aceitação de condição de aprovação de ato de concentração, fundamentado no § 9º do art.54 da referida lei. Quando as concentrações não causarem impacto no mercado concorrencial, não é preciso exigir termos de compromisso, e as concentrações serão aprovadas pelo CADE. A função preventiva do CADE, esclarece Dutra (2003), será exercida apenas em relação a determinados atos ou negócios jurídicos de empresas com poder econômico, desde que importem ou possam importar em qualquer prejuízo à livre concorrência, presente o domínio do mercado, podendo ser aplicada alguma medida compensatória.

Ao se prevenir ou reprimir atos de concentração, protege-se a livre concorrência e possíveis abusos de poder econômico. Isso também se aplica em relação às condutas anticompetitivas. O CADE, ao examinar atos de concentração ou condutas, prima pela busca dos efeitos dessas condutas ou atos que podem causar danos ao consumidor no âmbito daquele mercado relevante, e não pelos atos em si. O maior temor das autoridades antitruste é em relação aos atos de concentração horizontal, por causa do reforço do poder de mercado que essas concentrações obtêm, tornando-as capazes de elevar seus preços de forma permanente. Já em relação aos atos de concentração vertical, que resultam na associação de empresas em diversas etapas da produção, o maior temor das autoridades antitruste é o fechamento do mercado, dificultando a entrada de novos concorrentes, assim como o acesso a insumos essenciais, facilitando também a prática de condutas colusivas.

Sobre as concentrações verticais, Pinheiro e Pioner (2006: 464-465) destacam a Escola de Chicago e argumentam que não se deve falar em perda de competitividade em face da existência de concorrência vertical, “pois o mero fato de uma concentração vertical dificultar o acesso dos rivais não integrados a algum insumo não significa que a oferta desse insumo será reduzida para as



firmas rivais”. Tal entendimento é considerado muito simplista, pois já se sabe que determinadas concentrações verticais podem realmente prejudicar o mercado. O sistema brasileiro de defesa da concorrência tem-se utilizado de métodos modernos de avaliação de atos de concentração, transformados em verdadeiros guias de análise econômica de determinada prática de mercado ou ato de concentração.

## **2 CONFLITO APARENTE ENTRE OS PRINCÍPIOS DA ORDEM ECONÔMICA**

Qual seria o parâmetro para o Estado-juiz decidir a respeito de questões relativas à atividade econômica? Petter (cf.: 2005) entende que a atual lei de defesa da concorrência há de ser considerada como uma lei de proteção da ordem econômica em geral. A coletividade seria a titular dos bens que visa a proteger e necessita do Poder Judiciário para conter eventuais abusos do poder econômico.

Por outro lado, Souza (cf.: 2002), sobre o novo papel do Juiz, adverte que o Judiciário não estaria preparado quanto aos conhecimentos econômicos exigíveis, para fazer frente à sua difícil tarefa. A economia é muito dinâmica e requer novos entendimentos diários e decisões rápidas, sob pena de haver normas inúteis.

O Direito da Concorrência faz parte do Direito Econômico, que pode ser conceituado como o instrumento do Estado para realização de sua política econômica. Para Souza (2003: 23), o Direito Econômico é:

[...] O ramo do Direito que tem por objeto a ‘juridicização’, ou seja, o tratamento jurídico da política econômica e, por sujeito, o agente que dela participe. Como tal, é o conjunto de normas de conteúdo econômico que assegura a defesa e harmonia dos interesses individuais e coletivos, de acordo com a ideologia adotada na ordem jurídica. Para tanto utiliza-se do princípio da economicidade.

O princípio da economicidade, por sua vez, é vinculado à ideia de desempenho qualitativo, ou seja, na obtenção do melhor custo e benefício pelo empresário, em se tratando do setor privado ou do Estado, inserido em uma política pública. O Direito da Concorrência é o núcleo do Direito Econômico o

qual disciplina as formas de intervenção do Estado na economia, para garantir a livre concorrência e livre iniciativa. Questão complexa, segundo Carpena (2005: 23), é a respeito dos objetivos dessa disciplina:

Seus objetivos não são rigorosamente definidos, divergindo a doutrina e a jurisprudência sobre qual interesse deve preponderar: o das pequenas empresas, o dos consumidores ou o do próprio mercado?

A resposta a essa indagação está no entendimento de que deverá haver uma ponderação dos interesses e que, em se tratando de princípios, como é o caso, não se deve confundir com a interpretação das normas legais, em que a aplicação de um determinado artigo poderá implicar na exclusão de outro. Carpena (2005: p.27-28) afirma:

As normas se dividem em regras e princípios: as regras, dotadas de maior concretude, contêm a *fattispecie*, isto é, a descrição de situações nas quais serão aplicáveis, e também a previsão de conseqüências para as hipóteses de cumprimento e descumprimento de seu comando. Os princípios, por outro lado, não descrevem fatos, mas contêm valores. Naturalmente, apresentam maior grau de abstração do que as regras, exigindo do intérprete uma postura ativa e construtiva no momento de invocar sua aplicação. Para Robert Alexy, são mandados de otimização.

Os conflitos entre regras se resolvem no plano da validade, devendo necessariamente uma delas ser excluída pela outra. As regras são aplicadas num processo de subsunção dos fatos, e, portanto estão sujeitas a um regime de “tudo ou nada”. Com os princípios isto não ocorre, admitindo-se a aplicação de dois princípios simultaneamente, ambos incidindo sobre a mesma situação de fato. Atuam portanto em um sistema de peso, cabendo ao aplicador fazê-los incidir em maior ou menor medida, conforme as circunstâncias do caso concreto recomendem.

Em outras palavras, no Direito da Concorrência, deverá haver a ponderação de interesses, em virtude de alguns princípios estarem em aparente conflito, tais como: a livre concorrência e iniciativa em face da proteção da pequena empresa ou em face da proteção do consumidor. A doutrina entende que não há de se falar em hierarquia de princípios, diferente

do que ocorre em relação à interpretação de normas. Para Eros Grau (2007: 80), porém, “a inserção deles no nível constitucional resulta, nitidamente, a ordenação dos preceitos constitucionais segundo uma estrutura hierarquizada”, daí porque essa doutrina não é unânime.

Dworkin (cf.: 1987) entende que os princípios diferem das regras jurídicas em dois sentidos. Em primeiro lugar, as regras são aplicáveis de uma forma “tudo ou nada”, enquanto os princípios podem ser aplicados simultaneamente, sem exclusão um do outro; por outro lado, o princípio se diferencia da norma porque, em sua interpretação, deve-se verificar a importância de cada um naquele contexto. No entanto, a aplicação de um princípio não implica, necessariamente, a negação do outro que tenha sido afastado, ou a que tenha sido atribuído menor peso, em determinado caso concreto. Assim, essas observações sobre a aplicabilidade dos princípios são fundamentais para compreender como o intérprete da Lei 8.884/94 deve lidar com certos princípios que, muitas vezes, podem ser contraditórios.

Então, a ponderação de interesses é o meio mais correto de se encontrar o equilíbrio dos princípios, em se tratando de Direito da Concorrência. Através da análise concreta de uma questão de direito econômico, considerando-se a existência de poder econômico, de mercado relevante, dos impactos da conduta em face daquele mercado específico, o intérprete terá como ponderar e evitar a colisão de princípios. O critério da proporcionalidade deverá ser utilizado para se alcançarem os fins previstos em lei, especialmente em obediência a outros valores e objetivos constitucionais, como a justiça e o maior bem-estar social.

Outro princípio constitucional a ser observado, segundo alguns doutrinadores, é o do desenvolvimento. Os países em desenvolvimento devem atentar para a sua realidade diversa da dos países desenvolvidos e, dessa maneira, o Direito da Concorrência também deve se nortear pela busca do desenvolvimento, de maneira ampla, não se restringindo ao crescimento econômico. Munhoz (2006, p.136-137) explica que:

As liberdades asseguradas pela existência de concorrência no mercado são importantes não apenas por si mesmas, mas

também pelo papel que podem desempenhar na promoção de outras liberdades integrantes do processo de desenvolvimento. Ou seja, também possuem importância instrumental, mais especificamente o tipo de liberdade que Sen denomina de “facilidade econômica”, que representa as oportunidades que os indivíduos têm para utilizar recursos econômicos com propósitos de consumo, troca ou produção.

Não se fala aqui no aspecto econômico do impacto causado pela concorrência, justamente porque a ênfase recai sobre a noção de liberdade. Mas, isso não quer dizer que a concorrência não cause impacto econômico. Deve-se ficar claro que, na abordagem do desenvolvimento como liberdade, a concorrência tem importância independentemente da geração ou não de efeitos econômicos, justamente por garantir liberdades importantes para o processo de desenvolvimento.

Em suma, a análise de práticas restritivas de mercado não pode se restringir a uma análise econômica dos fatos, tendo a eficiência econômica como único objetivo, pois outros princípios constitucionais também deverão ser observados.

### **3 ATOS VINCULADOS E DISCRICIONÁRIOS DO CADE**

Ao Judiciário, é permitida a reapreciação de decisões proferidas pelo CADE, considerando que estas não o eximem da apreciação de todo ou qualquer ato lesivo, nos termos da Constituição Federal. O CADE, por sua vez, tem o dever de decidir sobre os processos administrativos que lhe chegam.

Questão polêmica que se coloca é se as decisões do CADE seriam de natureza vinculada, ou discricionária, partindo-se do pressuposto de que muitos dos conceitos jurídicos trazidos pela lei antitruste e do artigo 170 da Carta são considerados indeterminados, a saber: o problema da eficiência econômica, mercado relevante, posição dominante, abuso de poder econômico etc., e, por causa disso, os atos administrativos do CADE deveriam ser considerados como atos discricionários, trazendo conseqüências na reapreciação pelo Judiciário, eis que a este somente caberia a revisão do ato discricionário, devido à legalidade e ao mérito (oportunidade e conveniência, diante do interesse público a atingir). De qualquer forma, todo ato administrativo está sujeito ao controle judicial.

Se os atos do CADE fossem considerados vinculados, não haveria opções àquela autarquia decidir com base nos critérios de oportunidade e conveniência - algo possível, em se tratando de atos discricionários. Caso fossem considerados atos discricionários, a Administração Pública poderia decidir baseada na oportunidade e conveniência, atitude justificada perante a necessidade de dinamicidade e flexibilidade que lhe são exigidas na aplicação de normas preestabelecidas.

Observa-se que não há um consenso a respeito da discricionariedade, ou vinculação dos atos do CADE sobre a análise e julgamento de questões referentes ao abuso de poder econômico, que pode ser considerado como um conceito jurídico indeterminado. Di Pietro (2005: 208-209), sobre esses conceitos jurídicos indeterminados e a discricionariedade, elucida:

Ainda há muita polêmica, podendo-se falar em duas grandes correntes: a dos que entendem que eles não conferem discricionariedade à Administração. Porque, diante deles, a Administração tem que fazer um trabalho de interpretação que leve à única solução válida possível; e a dos que entendem que eles podem conferir discricionariedade à administração, desde que se trate de conceitos de valor, que impliquem a possibilidade de apreciação do interesse público, em cada caso concreto, afastada a discricionariedade diante de certos conceitos de experiência ou de conceitos técnicos, que não admitem soluções intermediárias.

A diferenciação a respeito da natureza do ato administrativo é importante<sup>43</sup> porque, dependendo de sua caracterização, sua apreciação será diferente no Poder Judiciário, estendendo-se também ao âmbito dos ilícitos antitruste. Em relação ao Direito Econômico, as correntes doutrinárias divergem, embora a maior parte entenda que são atos discricionários, em virtude da existência de conceitos indeterminados. Nesse sentido, Gomes (2004, p.99-101) argumenta que o problema não se limita à academia, pois a tese escolhida tem influência nos limites do controle judicial das decisões tomadas pelo CADE:

---

Neide Therezinha Mallard, em voto proferido no Ato de Concentração n.º06/94, firmado entre Brasilit e Eternit, considerou ser a decisão do CADE – no que respeita ao controle de atos de concentração – de natureza dúplice: (a) vinculada, porque não poderia acrescentar justificativas outras que não as previstas no art.54, nem dispensá-las, além do permitido pelo parágrafo segundo, e (b) discricionária, ao interpretar os ‘conceitos juridicamente indeterminados’ previstos no referido dispositivo. Essa concepção, acolhida pela maior parte da Doutrina, vincula a noção de conceito jurídico indeterminado [...] ao de ato discricionário, para concluir que o CADE, ao aplicar tais conceitos em suas decisões, pratica ato discricionário. Insuscetível, portanto, de controle judicial. Deve-se observar o equívoco de tal postura, veementemente censurada, com toda a propriedade, por Eros Grau, para quem a necessidade de se interpretar conceitos legais indeterminados não representa atividade discricionária. Segundo o autor, a discricionariedade relaciona-se com a formulação de juízos de oportunidade pela autoridade administrativa e, o mais importante, a discricionariedade resulta de uma expressa atribuição, pela lei, à autoridade administrativa, jamais decorrendo da lei (como consequência implícita desta), ou seja, “a circunstância de os termos da lei serem ambíguos, equívocos ou suscetíveis de receber especificações diversas” não conduzem à discricionariedade.

As decisões do CADE estão sujeitas ao controle judicial. A questão da natureza dos atos administrativos, se discricionários, ou vinculados, persiste como uma incógnita, mas ressalva-se que uma boa parte da doutrina considera essas decisões como atos discricionários. De toda forma, a decisão do CADE é passível de controle judicial, mas se requer que o judiciário encontre o equilíbrio entre uma decisão estritamente técnica, proferida pelo CADE, e os demais princípios defendidos na Constituição Federal.

#### **4 O DIREITO DA CONCORRÊNCIA COMO INSTRUMENTO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

A relação entre fornecedores é do interesse da apreciação dos órgãos de defesa da concorrência, desde que ocorram aí infrações à ordem econômica, porque indiretamente podem prejudicar o direito dos consumidores, que, nos termos do artigo segundo do Código de Defesa do Consumidor, são aqueles que adquirem ou utilizam produto ou serviço como destinatário final.

O fornecedor também deve ter a proteção da lei antitruste, até porque a prática de atos considerados como abusos de poder econômico, as quais tendam a prejudicar fornecedores, e a formação de monopólios, mesmo que não imediatamente, podem prejudicar os consumidores posteriormente. A tendência seria o fechamento do mercado, com inúmeras barreiras à entrada de novos concorrentes.

Observando o nascimento do Direito da Concorrência no Brasil, o qual se vincula diretamente à defesa da economia popular e aos direitos dos consumidores, não se pode deixar de notar que o Direito do Consumidor e o Direito da Concorrência têm vários pontos em comum, quer dizer, os microsistemas teriam pontos de contato entre si, em decorrência do bem jurídico protegido. Ademais, a livre concorrência não é um princípio a ser apreciado isoladamente, mas dentro do sistema jurídico, que prevê também a observação de outros princípios – sendo a defesa do consumidor um deles, mas não o único interesse protegido: a estrutura do mercado pode ser considerada o principal desses interesses, sem ignorar os demais princípios constitucionais. Por outro lado, Salomão (cf.: 2003) entende que não é o mercado o principal objeto da defesa da concorrência, mas a concorrência em si mesma. Nesse sentido, explica o autor (2003: 48-51):

A concorrência, e não o mercado, é o valor a ser protegido pelo direito concorrencial. A possibilidade de escolha tem um valor social, que não pode ser negado e que deve ser necessariamente reconhecido pelo Direito. O mercado, por outro lado, não necessariamente leva a esse resultado.

Dessa maneira, a defesa da concorrência auxilia no papel redistributivo que o Direito tem, não se limitando a regras que buscam exclusivamente fins ditos econômicos. A busca da justiça social e o princípio da dignidade da pessoa humana são fins previstos na ordem econômica, devendo ser igualmente ser respeitados.

Ao se proteger a livre concorrência, é dado um benefício ao consumidor, direto ou indireto, quando há a tendência natural de redução dos preços, ou o

que se chamaria de preço natural, mediante o investimento em novas tecnologias para atrair os consumidores e através de maiores descontos ofertados a eles; se for uma situação de monopólio ou oligopólio, a empresa provavelmente vai impor seus preços e suas condições de venda, já que a finalidade lucrativa é própria das sociedades empresárias.

Embora a defesa da concorrência seja, *a priori*, uma relação que se dá exclusivamente entre fornecedores ou empresários, os consumidores também têm interesses na obtenção de uma concorrência saudável, visto que vão obter informações verdadeiras sobre os produtos e, com base nessa opinião que se formará, poderão fazer suas escolhas em um determinado mercado. Dessa forma, não se trata apenas da busca ao equilíbrio dos preços - o preço de mercado - mas da transparência de informações que auxiliarão o consumidor a fazer a melhor escolha na hora da compra. A garantia da concorrência deve ser vista de maneira ampla, evitando-se a formação de poder econômico de mercado, que não decorra de uma maior eficiência econômica.

Assim, algumas práticas antitruste ou que gerem efeitos anticompetitivos poderão ser aceitas, desde que visem ao maior ganho dos consumidores, considerando-se a ponderação de interesses. É preciso que se analise o caso concreto de determinada estrutura empresarial ou as condutas, que poderão ser admitidas, se estiverem apenas baseadas no critério da maior eficiência, mas trazendo ganhos a sociedade, por serem benéficas ao próprio sistema concorrencial. A problemática se torna mais simples, quando envolve pequenas e médias empresas, mas não tão simples, quando engloba as grandes corporações, que tendem à dominação do mercado e a restringir a entrada de novos concorrentes. Nessa segunda hipótese, o Estado tem um papel mais intervencionista.

Enfim, todos esses atos devem ter aprovação do CADE, que avaliará quais os bons e quais os maus acordos. Se os referidos acordos tiverem por objetivo exclusivo reduzir, eliminar ou distorcer a concorrência serão casos de abuso de poder econômico. Além do mais, na apreciação de uma infração à ordem econômica, todos os princípios pertinentes à ordem constitucional



econômica também ser considerados, buscando-se assim uma interpretação conjunta.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição Federal*. 1998. Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 8 out. 1988. Brasília, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituição](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição). Acesso em: 01 mar. 2008.

\_\_\_\_\_. Lei nº 1.521 de 26 de dezembro de 1951. Altera dispositivos da legislação vigente sobre crimes contra a economia popular. Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 27 dez. 1951. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/Lei\\_principal.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/Lei_principal.htm)>. Acesso em: 02 fev. 2008.

\_\_\_\_\_. Lei Federal nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e dá outras providências. Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 28 dez. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/Lei\\_principal.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/Lei_principal.htm)>. Acesso em: 02 fev. 2008.

\_\_\_\_\_. Lei Federal nº 8.158, de 08 de janeiro de 1991. Institui normas para a defesa da concorrência e dá outras providências. Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil. Brasília, 9 jan. 1991. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 02 fev.2008.

\_\_\_\_\_. Lei Federal nº 8.884, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil. Brasília, DF. 13 jun. 1994. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/Lei\\_principal.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/Lei_principal.htm)>. Acesso em: 02 fev.2008.

CARPENA, Heloísa. 2005. *O Consumidor no Direito da Concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 2005. *Direito Administrativo*. 18ª ed. São Paulo: Atlas.

FARIA, Werter R. 1990. *Constituição Econômica: liberdade de iniciativa e de concorrência*. Porto Alegre: Ed. Sergio Antonio Fabris.

GOMES, Carlos Jacques Vieira. 2004. *Ordem Econômica Constitucional e Direito Antitruste*. Porto Alegre: Ed. Sergio Antonio Fabris.

GRAU, Eros. 2007. *A Ordem Econômica na Constituição Brasileira de 1988*. 12ª edição. São Paulo: Malheiros.

MUNHOZ, Carolina Pancotto Bohrer. 2006. *Direito: Livre concorrência e Desenvolvimento*. São Paulo: Ed. Aduaneiras; São Paulo: Ed. Lex S.A.

PETTER, Lafayete Josué. 2005. Ato jurisdicional positivo na ordem econômica. Uma normatividade a espera de efetividade – análise de algumas conseqüências jurídicas previstas na Lei m.8.884/94 *In: CARVALHO ROCHA, João Carlos de; MOURA JR., Flávio Paixão de; DOBROWOLSKI, Samantha Chantal et al (orgs.). Lei antitruste - 10 anos de combate ao abuso de poder econômico*. Belo Horizonte: Del Rey.

SALOMÃO, Calixto. 2003. *Direito Concorrencial: as condutas*. São Paulo: Malheiros.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. 2003. *Primeiras linhas de direito econômico*. 5ª ed. São Paulo: Ed. LTr.

---