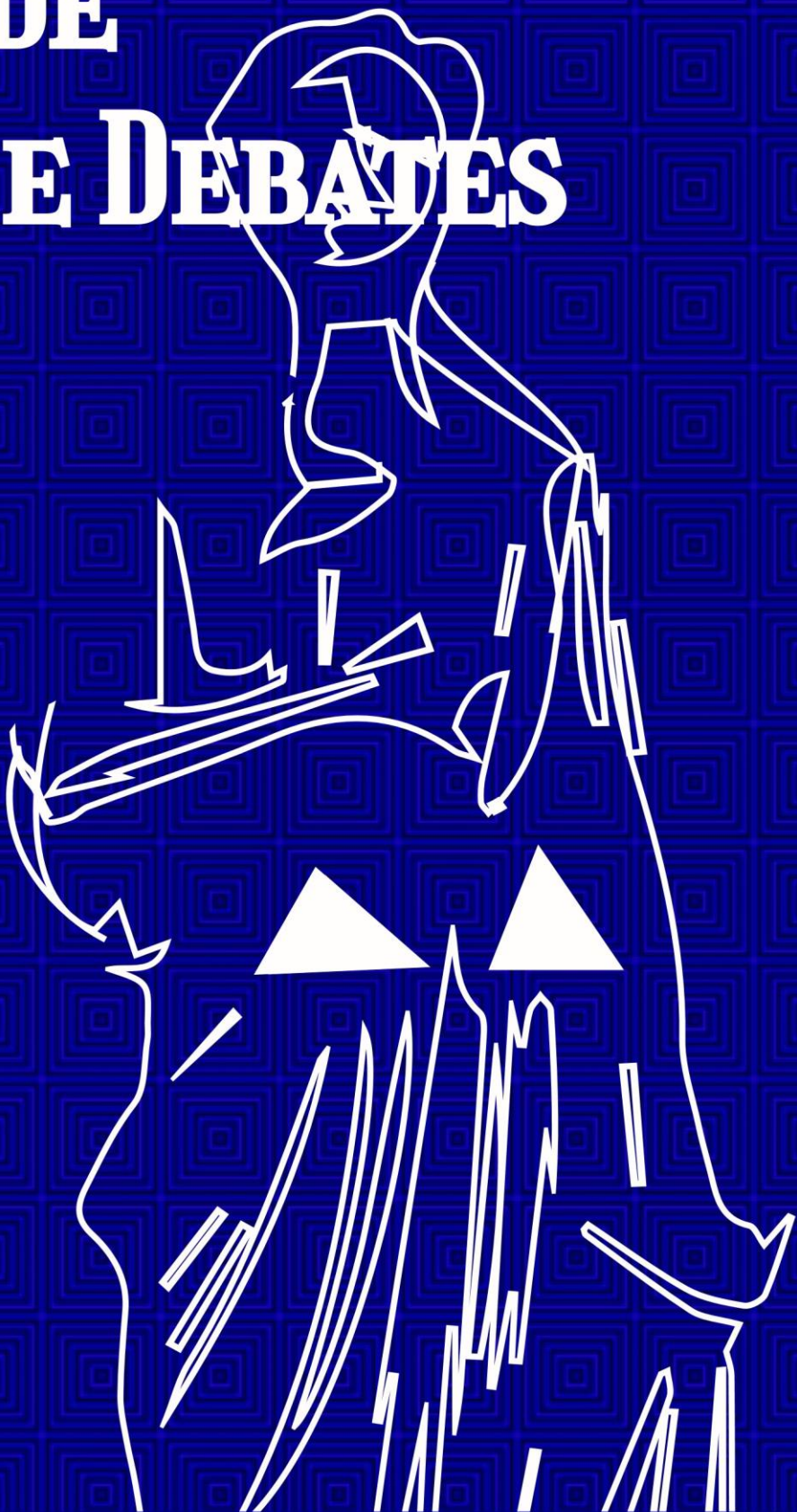


REVISTA DE ESTUDOS E DEBATES

VOLUME 5 - N. 2
(JULHO A DEZEMBRO DE 2021)



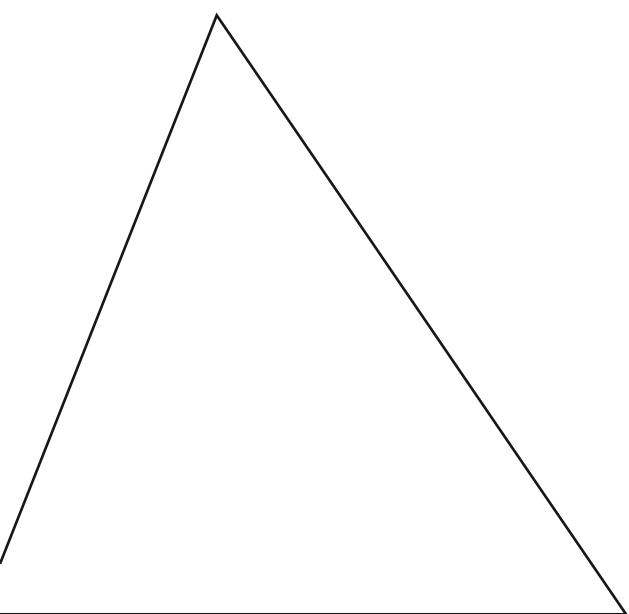
CEDES

CENTRO DE ESTUDOS E DEBATES

ISSN 2525-2984

REVISTA DE ESTUDOS E DEBATES

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO



CEDES

Centro de Estudos e Debates

Centro de Estudos e Debates - CEDES

Diretor-Geral

Desembargador LUIZ NORONHA DANTAS

Diretor da Área Cível

Desembargador FERNANDO FOCH DE LEMOS ARIGONY DA SILVA

Diretor da Área Criminal

Desembargador JOSÉ MUIÑOS PIÑEIRO FILHO

Magistrados integrantes do CEDES

Desembargadora ANDRÉA MACIEL PACHÁ

Desembargador LUIZ MÁRCIO VICTOR ALVES PEREIRA

Juíza MARIA CRISTINA DE BRITO LIMA

Juiz GERARDO CARNEVALE NEY DA SILVA

Juiz ROBERTO CÂMARA LACÉ BRANDÃO

Juíza ANA CRISTINA NASCIF DIB MIGUEL

Juíza ELIZABETH MACHADO LOURO

Juiz MÁRIO CUNHA OLINTO FILHO

Juíza MARIA TEREZA DONATTI

Juiz PAULO MELLO FEIJÓ

Juíza ANA PAULA MONTE FIGUEIREDO PENA BARROS

Juiz MARCOS AUGUSTO RAMOS PEIXOTO

Juiz JOÃO MARCOS DE CASTELLO BRANCO FANTINATO

Juiz LEONARDO DE CASTRO GOMES

Juiz PAULO ROBERTO SAMPAIO JANGUTTA

Juíza LÚCIA MOTHÉ GLIOCHE

Juíza DANIELLA ALVAREZ PRADO

Juiz AFONSO HENRIQUE FERREIRA BARBOSA

Juíza ALESSANDRA DE ARAÚJO BILAC MOREIRA PINTO

Juíza ANNA ELIZA DUARTE DIAB JORGE

Juíza LUCIANA FIALA DE SIQUEIRA CARVALHO

Juíza ADMARA FALANTE SCHNEIDER

Juíza ROBERTA BARROUIN CARVALHO DE SOUZA

Juiz ANTONIO LUIZ DA FONSECA LUCCHESI

Capa:

Laura Pinheiro Design Gráfico

Diagramação:

CEDES

Expediente:

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Estudos e Debates - CEDES

Revista de Estudos e Debates

Av. Erasmo Braga, 115, sala 413 - Bloco F – Lâmina I

Centro - 20.026-090 – Rio de Janeiro - RJ

(21) 3133-4456 - cedes@tjrj.jus.br

Apresentação

É com grande satisfação que entregamos ao leitor o presente volume da *Revista de Estudos e Debates*, não apenas porque publicá-la significou uma vitória sobre a incerteza dos tempos que correm, mas também pelo fato de ser seu décimo número, desde quando surgiu, no segundo semestre de 2015, como veículo de divulgação cultural do CEDES.

Se devemos ao Des. Carlos Eduardo da Fonseca Passos (2015-2016) a iniciativa que deu origem à Revista, já que o eminente magistrado a imaginou como parte fundamental de um projeto de reformulação do CEDES, foi o Des. Caetano Ernesto da Fonseca Costa (2017-2018) que atuou no sentido de pleitear junto à Alta Administração realizar uma edição impressa, em limitadíssima tiragem e sem olvidar as boas práticas de gestão e as possibilidades do orçamento do PJERJ. Não tem sido menor o empenho do nosso atual diretor-geral, o Des. Luiz Noronha Dantas que, desde 2019, incansável à frente do CEDES, teve a preocupação de dar à edição da *Revista de Estudos e Debates* o caráter de atividade prioritária.

É do Des. Caetano da Fonseca Costa o artigo que abre o presente volume. O Presidente da 7ª Câmara Cível se debruça sobre o problema da liberdade de pensamento e de expressão, assinalando seu lugar no rol de direitos fundamentais da pessoa humana. Destaca o insigne magistrado que, no Brasil da atualidade, o entendimento sobre o conceito de liberdade de opinião tem sido deturpado, à custa de seu verdadeiro sentido, sendo levado ao limite de uma contradição insustentável, com o objetivo de legitimar discursos de ódio, antidemocráticos e que pretendem dar cabo ao Estado Democrático de Direito.

Em seguida, o Des. Antonio Carlos Esteves Torres, nosso coordenador de Estudos Especiais, apresenta-nos as modificações que foram introduzidas pelo CPC de 2015, diploma a que muitos já vêm se referindo como o “Código Fux”, no capítulo relativo ao papel do perito no processo cível. Destaca o ilustre desembargador que essas modificações possibilitaram afastar da atividade pericial antigas distorções, reconhecendo que, em muitos casos, sem o laudo bem estruturado do experto, muitas lides não poderiam sequer ser julgadas.

Brinda-nos o Des. Jessé Torres Pereira Junior com artigo sobre os elementos definidores de uma tradição política, na qual a sociedade pôde se estruturar a partir de princípios caros ao Estado Democrático de Direito. O eminente conferencista, em seu texto, aborda os mecanismos e operações no campo da sociologia jurídica, determinantes para que os Direitos Humanos

passem de mero elemento ideal ou filosófico, para que se instaurarem como realidade jurídica objetiva, tornando-se o dado fundamental de defesa das liberdades individuais e coletivas.

Em sequência, a *Revista de Estudos e Debates* se orgulha de publicar os artigos dos magistrados que compõem o quadro permanente do CEDES, trabalhos resultantes das discussões travadas nos encontros mensais realizados pelo órgão em ambiente virtual.

O Juiz João Marcos de Castello Branco Fantinato, titular da 34ª Vara Cível, com acuidade e perspicácia, aborda a questão da inversão do ônus da prova à luz da legislação consumerista, nas ações que envolvem os Termos de Ocorrência e Inspeção (TOI), documento de que lançam mão as empresas de fornecimento de energia elétrica, de forma nem sempre legítima, quando se apercebem, ou simplesmente suspeitam, de alguma irregularidade ou que possa haver consumo não pago de energia.

O Juiz Leonardo de Castro Gomes nos traz importante discussão sobre o dilema da forma de incidência e cálculo dos juros moratórios, cotejando, para tal, os recentes julgados, temas de repetitivos e súmulas do STJ que tratam da matéria com nosso Enunciado nº 95. Trata-se de hercúleo levantamento do assunto, feito pelo juiz titular da 17ª Vara Cível, que aponta para um campo de perigosa incerteza: incide sobre a taxa de juros de mora a Selic ou o que dispõe o CTN quanto aos juros da Fazenda Nacional?

O problema do fornecimento de medicamento de uso domiciliar por operadora de planos de saúde a paciente em tratamento residencial é abordado pela Juíza Anna Eliza Duarte Diab Jorge, magistrada titular da 22ª Vara Cível. Enquanto não se decide no STJ sobre ser ou não taxativo rol da ANS, a douta magistrada nos apresenta o crucial dilema com que o magistrado do contencioso se depara, ao deferir fornecimento de todo e qualquer medicamento de uso em domicílio, sem atender às particularidades dos fármacos e das patologias, ou levar em consideração o equilíbrio atuarial das operadoras.

Com a visão de quem experimenta, cotidianamente, na Vara de Execuções Penais as incertezas que o Pacote Anticrime instaurou no campo penal e processual penal, a Juíza Roberta Barrouin Carvalho de Souza apresenta-nos o problema do processamento dos *acordos de não persecução penal* (ANPP). Os impasses surgidos entre os atores envolvidos em sua celebração, e as dificuldades que o novel instituto tem trazido para os mecanismos despenalizadores da legislação ora em vigor também são enfrentados pela eminente juíza.

O Juiz Thiago Baldani Gomes De Filippo, magistrado do Estado de São Paulo, deslinda as razões relativas ao endurecimento de nossa legislação antidrogas, fazendo-a tributária da política externa do governo dos Estados Unidos. Ao dar ao problema o aspecto de “guerra”, quando na verdade trata-se muito mais de assunto de saúde pública, fato social comum às nações do continente americano, o magistrado paulista joga luz sobre o problema da influência dos EUA na América Latina, ação cujo significado chega aos limites do desrespeito à soberania das demais nações do continente.

Encerra a presente edição a Dra. Kátia Rubinstein Tavares com uma sofisticada análise sobre o estado de exceção, sob o prisma das discussões levadas a efeito pelo filósofo Giorgio

Agamben. Em que medida o sistema carcerário brasileiro da atualidade não se caracteriza como próprio a um *estado de exceção* e o embate travado entre Carl Schmitt e Walter Benjamin são dois fios condutores a partir dos quais a eminente advogada conduz sua argumentação.

Não obstante diversas iniciativas bem-sucedidas, não há, entre nós, tradição de vida longa para os periódicos acadêmicos. Experiências malfadadas no campo das artes, das letras e das ciências dão como certo o desaparecimento das publicações ali pelo quarto ou quinto volume, quando não passam apenas do primeiro exemplar, levando consigo todo o fracasso de uma tentativa malograda. É por essa razão que os editores vêm prestar os agradecimentos a todos os nossos colaboradores que, a despeito do enorme volume de trabalho que nos aflige, sempre se dispuseram a oferecer, sem qualquer ônus, seus estudos e seus artigos – escritos sem os quais a *Revista de Estudos e Debates* jamais poderia chegar onde chegou. Como forma de homenageá-los, a presente edição traz, ao fim do volume, a relação de cada um dos nossos articulistas, desde o segundo semestre de 2015, bem como os títulos de seus trabalhos e o número do exemplar em que se acham publicados.

Desejamos a todos uma proveitosa leitura.

Os editores

Sumário

- 9 A Liberdade de manifestação e o Estado Democrático de Direito - Um agir respeitoso, responsável e acima de tudo solidário**
Caetano Ernesto da Fonseca Costa
- 15 Prefácios – Considerações: A propósito da obra “Estudos de casos de perícia”**
Antonio Carlos Esteves Torres
- 20 Direitos Humanos e realidade jurídica**
Jessé Torres Pereira Junior
- 26 A inversão do ônus da prova e o Termo de Ocorrência de Irregularidade (TOI)**
João Marcos de Castello Branco Fantinato
- 35 Juros Moratórios Legais (artigo 406 do Código Civil). Taxa Selic x CTN, artigo 161, § 1º, segunda parte. Uma abordagem a partir dos Temas Repetitivos 30 (Súmula STJ 379), 74, 75, 99, 112, 113, 176 e 359 do STJ e Enunciado nº 95, do TJRJ**
Leonardo de Castro Gomes
- 51 Cobertura obrigatória pelas operadoras de planos de saúde para medicamentos de uso domiciliar**
Anna Eliza Duarte Diab Jorge
- 55 A execução do acordo de não persecução penal (ANPP) e suas controvérsias – A questão das competências dos juízos (VEP ou juízo de origem)**
Roberta Barrouin Carvalho de Souza
- 67 War on drugs e algumas das irracionalidades do art. 33 da Lei nº 11.343/2006**
Thiago Baldani Gomes De Filippo
- 74 Refletindo sobre o sistema penal a partir da perspectiva do Estado de exceção em Giorgio Agamben**
Kátia Rubinstein Tavares
- 101 Índice Geral de autores e textos**

A Liberdade de manifestação e o Estado Democrático de Direito Um agir respeitoso, responsável e acima de tudo solidário

Caetano Ernesto da Fonseca Costa¹

RESUMO: Impressiona a forma como vem sendo, por determinados grupos ou segmentos, subvertido o conceito de “liberdade”, dentro de uma perspectiva autoritária e neoliberal, alavancado infelizmente por discursos de ódio e pelas mídias digitais próprias da modernidade. O texto presente tem o objetivo de denunciar essa subversão e trazer o leitor e a leitora para a essência e o sentido real daquele conceito de liberdade, que tanto importa à nossa vida democrática.

PALAVRAS-CHAVE: Democracia. Liberdade. Limites. Respeito e Responsabilidade

ABSTRACT: Abstract : Having in mind the fact that certain groups have subverted the concept of freedom from an authoritarian and neoliberal perspective, resulting in hate speeches projected by the media in modern times, the objective of this study is to report this subversion and bring the reader to the reflexion of the true essence and meaning of the concept of liberty, which is so important for life as a democracy.

Key words: Democracy, Freedom, Limits and Boundaries, Respect, Responsibility.

¹ Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá - UNESA. Mestre em Direitos Humanos pela Universidade de Barcelona - UB. Diretor-Geral da EMERJ no biênio de 2015-2016. Diretor do Centro de Estudo e Debates do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro – CEDES (2017-2018) e Doutorando em Direitos Humanos pela Universidade de Barcelona – UB.

I - MIL DIAS DE ASSOMBRAÇÃO

Sob esse mesmo título – “Mil dias de assombração”, o sempre lúcido Fernando Gabeira publicou recentemente um esclarecedor editorial no Jornal “O Globo”. Nessa relevante contribuição para o intelecto de quem se propõe a pensar para além das linhas superficiais da obviedade, alertou o colunista:

*Não só a vulgaridade, mas uma certa visão moderna de inconsciente colagem de ideologias estava em jogo. Assim como uma concepção também muito moderna de que não existe a verdade dos fatos, mas apenas versões. O que é mais um componente assombroso da atualidade.*²

E numa precisa metáfora da atual governança brasileira acrescenta: “Alguém definiu assim o diálogo com os novos atores políticos: é como se jogasse xadrez com os pombos, eles desarrumam o tabuleiro e saem cantando vitória”.³

Exatamente assim, dentro desse assombroso quadro, tem se dado o discurso do exercício amplo das liberdades individuais, como se pudessem ser um escudo de proteção contra os ataques que são permanentemente orquestrados contra a nossa jovem e ainda titubeante democracia.

Não, com certeza não é esse o tom e nem o sentido que o direito de liberdade foi inserido em nossa carta constitucional, que o tem sim como fundamental à vida democrática, mas jamais com uma conotação destrutiva dos outros direitos e garantias de nossas Instituições e naturalmente de nossa própria democracia.

Ter liberdade certamente não significa fazer o que se deseja, como se quer e quando se quer, mas antes de tudo atuar com responsabilidade a ponto de garantir o bem-estar e a segurança do semelhante e das Instituições que para essa finalidade foram criadas.

² GABEIRA, Fernando. Mil dias de assombração. **Jornal [O Globo]**, Rio de Janeiro, 04 de outubro de 2021.

Opinião – Blog. Disponível em: < <https://blogs.oglobo.globo.com/opinioao/post/mil-dias-deassombracao.html>>.

Acesso em 04 de out. 2021.

³ *Idem.*

Não se pode, para usar a metáfora de Gabeira, atuar propositadamente para desarrumar o “tabuleiro” da vida democrática, ainda que escondido ou escudado o agente sob o manto do falso exercício das liberdades individuais.

A democracia cobra responsabilidade, cobra maturidade, cobra respeito e cobra sacrifícios e limitações, exatamente na medida da liberdade do outro, e justamente desse equilíbrio resulta a liberdade que emana da nossa lei maior, em sua modalidade mais ampla, difusa e isonômica.

As diversas manifestações ideológicas que violam esse equilíbrio e são sim perigosamente potencializados por *fake news*, disparadas por gabinetes de ódio e por grupos que carregam muitas vezes no peito ou escondido na alma uma “suástica” tatuada, se encarregam de reproduzir um estado hegemônico de ideias que sempre atentam contra o universo democrático instaurado com a Constituição de 1988.

Ao atacar pontualmente pessoas e Instituições que as representam, esse sistema conturbado de ideologia definida quer “desarrumar o tabuleiro”, porque a esses não interessa que funcionem as Instituições, que existem e foram criadas justamente para fazer valer as regras democráticas, que precisarão garantir a todos os cidadãos o sistema de liberdade e não, isso é óbvio, só a um grupo seletivo que prega a hegemonia de um segmento de poder político.

Veja-se o exemplo dos ataques sofridos por nosso Tribunal Superior Eleitoral, exatamente no segmento mais sagrado do sistema democrático, vale dizer suas eleições. O Supremo Tribunal Federal foi igualmente alvo de ataques políticos, isso também é óbvio porque detém, dentre tantas tarefas e responsabilidades, o dever de zelar pelos segmentos contramajoritários, o que como de sabença revela um importante pilar democrático e tanto incomoda os agentes da hegemonia conceitual e política que se apresentam constantemente de plantão.

II – O RELEVANTE PREÂMBULO DA NOVA CONSTITUIÇÃO: O SIGNIFICADO DOS VALORES ELEITOS

Antes mesmo de nossos Princípios Fundamentais, lá está no Preâmbulo de nossa Constituição que o nosso Estado Democrático de Direito se acha representado por uma sociedade “fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida com a ordem interna e internacional”.

Isso significa que não é dado, em hipótese alguma, alguém se utilizar do amparo de qualquer direito ou prerrogativa que seja para “desarrumar o tabuleiro”, para violar a harmonia social e violentar um compromisso de raiz com a fraternidade e o respeito à pluralidade de valores.

Infelizmente não é exatamente esse o exemplo que vivenciamos por parte de alguns segmentos políticos, que a pretexto de exercitar ampla e irrestrita “liberdade” dela desejam se aproveitar para atingir a própria democracia e as Instituições que a ela se mostram sagradas e essenciais.

Parece óbvio dizer que defender e até incentivar nas redes sociais publicamente atos de violência, balbúrdia, barbárie, além de ilícitos criminais graves contra autoridades, tudo isso, dentre outros tantos absurdos, representa um fazer extremamente tóxico para aquilo que se pretendeu fundar em 1988, repita-se uma sociedade justa, fraterna, pluralista e sem preconceitos.

Pregou-se publicamente por grupos extremistas de “Direita” como se natural fosse o “fechamento” do Congresso Nacional e do Supremo Tribunal Federal, como se pudesse alguém imaginar uma sociedade “fraterna, justa e pluralista” sem essas instituições tão caras à vida democrática!

Pois bem, é dessa “liberdade” que falamos? De poder dizer e fazer o povo o que bem entende, mesmo com o sacrifício dessa sociedade fraterna, igualitária, harmônica e comprometida com a redução das diferenças e desigualdades?

É óbvio que o direito à liberdade como modelado por nossa Constituição não comporta esse significado, fruto do desrespeito daquilo que não compreendemos ou aprovamos, circunstância que não nos autoriza à destruição das diferenças.

O conceito de liberdade, pois, está intrinsecamente vinculado ao respeito ao próximo e às Instituições que a todos e todas representam, mesmo quando o significado dos valores que brotam dessas Instituições não tem o sentido daquilo que aprovamos. Essa diversidade não nos autoriza a pregar, em relação a elas, a destruição, e certeza que sobra é a de que a irresignação não haverá de se manifestar por outro caminho que não o da estrita legalidade.

Não nos é dado nem permitido tentar “desarrumar o tabuleiro” e quando alguém o faz a vítima é o próprio sistema democrático que até aqui, para a felicidade do povo brasileiro, não tem sucumbido aos ataques sequenciais dos grupos que querem se impor através de uma equivocada e inconstitucional hegemonia de poder.

III – A REALIDADE FUNDANTE DA DIVERSIDADE

Pode parecer contraditório, mas de fato não o é de forma alguma.

A diversidade e o respeito às diferenças são significados essenciais e fundantes da democracia. Há inúmeras versões e ideologias diferentes, mas o equilíbrio reside justamente nessa pluralidade, onde há de existir lugar para todas as manifestações políticas e culturais.

Essa diversidade e o respeito às diferenças que as representam, assim como a liberdade de defendê-las e reproduzi-las convergem pois para um único tronco comum, inafastável e irrevogável, que representa por sua vez a essência da vida democrática, essa sim que não pode ser vilipendiada por hegemonias autoritárias, que a pretexto do exercício libertário pregam justamente o fim dessa diversidade.

É preciso que as pessoas entendam, que o direito à liberdade não lhes autoriza a vilipendiar justamente a essência do sistema maior e fundante, que assegura a todos os cidadãos em geral o exercício difuso e generalizado dos chamados direitos fundamentais.

IV – CONCLUSÃO

Nossa ordem constitucional veio fundada em objetivos muito claros e precisos, na edificação de uma sociedade fraterna e pluralista.

Dentro desse quadro, ilegítima, inconstitucional, ilegal, irregular e arbitrária serão todas as condutas que atentem contra nossas Instituições, ainda que aparentemente maquiadas de um “regular exercício da liberdade de manifestação”, porque desse direito estarão apenas se utilizando alguns segmentos do poder para impor um ideal arbitrário e hegemônico, destinado a fazer ruir os pilares de uma harmonia e de uma pluralidade que serão sempre essenciais à nossa democracia.

Liberdade sempre, mas a ser exercida com responsabilidade e respeito, manejada segundo as “regras do jogo democrático” e jamais, isso é óbvio, destinadas a subvertê-lo, para favorecer a um só jogador, justamente aquele que almeja derrubar as peças do tabuleiro e fazer um “jogo” que só a ele possa interessar ou divertir.

Prefácios – Considerações

A propósito da obra “Estudos de casos de perícia”¹

*Antonio Carlos Esteves Torres*²

Prefaciador uma obra é uma atividade que envolve diversos galhos de uma imensa árvore, de onde se colhe atenção, respeito, humildade, lealdade, interesse, ética, tolerância, altruísmo.

Em primeiro lugar, o prefaciador há de entregar o máximo de atenção ao que se escreve, para a mais absoluta certeza de que entendeu o objeto do escrito. Segue-se o respeito ao trabalho alheio, o que se percebe no afastamento de concepções preconcebidas e coleta de conhecimento, às vezes, enganosamente tido como de domínio do observador. Este fator exige humildade, com que se veste o reconhecimento da própria ignorância. Ninguém sabe tudo. É melhor partir do chão socrático, por si só uma negativa de elogio ao maior dos filósofos.

Não se pode, numa análise sincera, esconder pensamentos contrários, delicadamente expostos ao estilo de indagação, nunca de afirmação reprovadora. Se a discordância for insuperável, que não se aceite comentar o trabalho.

A falta de interesse, na matéria a ser publicada, é outro motivo para a rejeição do ofício, que em seu pilar sustentador tem a atração que exerce sobre quem deseja realmente abordar o assunto. Fingir se interessar é ser desleal com o autor e irremediavelmente antiético.

¹ Com a colaboração revisional de Eduardo Junqueira, Secretário-Geral do CEDES

² Desembargador. Coordenador de Estudos Especiais do CEDES

Muita vez, embora sem grandeza expositiva ou elevado grau de criação, ainda assim, um pequeno livro pode, quanto mais não seja, despertar curiosidade e suscitar tolerância e ajuda altruística, com que se extrai o valor do feito oculto por retórica menor.

Uma vez mais, os respeitados integrantes da comunidade técnica nos convidam para o honroso mister de prefaciá-la obra sobre assunto vasto e nem sempre inteiramente compreendido. Aproveito o ensejo para a materialização das teorias acima esboçadas. Imagino que a decisão de entregar a prefácio obra sobre casos periciais, por exemplo, se deveu pelo menos a um motivo sobre o qual tenho dado a conhecer a respectiva natureza da relação que mantive durante minha judicatura com os profissionais do direito, especialmente, no que versam a ética e o respeito.

O Código de Processo Civil, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, que, durante esses sete últimos anos, vem sendo objeto de estudos aproximativos da sistemática anglo-saxã, tem o propósito de oferecer maior velocidade aos procedimentos judiciais, com base nos métodos daquela sistemática. Este objetivo não altera as condições que envolvem o que penso ter sido o segundo motivo para o convite à aventura prefaciadora: a experiência técnica dos profissionais chamados a complementar o raciocínio jurídico utilizado pelos julgadores vai além de um mero auxílio. Sem a realidade complementar desenvolvida pelos conhecimentos periciais, em significativo percentual de importância, o fazimento de justiça é escorregadio e arriscado ao cometimento da justiça impossível.

As principais inovações do diploma processual civil de 2015, no que toca à atividade do perito, foram introduzidas pelo art. 156, cujo §1º tem a seguinte redação:

“Os peritos serão nomeados entre os profissionais legalmente habilitados e os órgãos técnicos ou científicos devidamente inscritos em cadastro mantido pelo tribunal ao qual o juiz está vinculado” (grifo nosso).

Nem tanto pela obrigação de o perito ser “profissional legalmente habilitado” – exigência imposta pela Lei nº 7.270, de 10 de dezembro de 1984, ao Código de 1973 e mantida no atual – essas novidades consistem mesmo em: 1) determinar que o perito a

ser nomeado pelo juízo faça parte de um cadastro nominativo prévio, elaborado e gerenciado pelo respectivo Tribunal de Justiça e 2) que o juízo pode não apenas ser assistido pelo perito, pessoa física enquanto tal, mas por órgãos “técnicos ou científicos”.

Nesse panorama, em vista da maior transparência possível, estabeleceu ainda o §2º, do art. 156, que a formação desse cadastro junto aos tribunais se dê através de:

“Consulta pública, por meio de divulgação na rede mundial de computadores ou em jornais de grande circulação, além de consulta direta a universidades, a conselhos de classe, ao Ministério Público, à Defensoria Pública e à Ordem dos Advogados do Brasil, para a indicação de profissionais ou de órgãos técnicos interessados”.

O CPC de 2015 estatuiu também a exigência de aperfeiçoamento dos profissionais, com a atualização permanente do cadastro por meio de avaliações periódicas (§3º), além de preconizar um contato estreito com os órgãos de classe a que pertencem os peritos (§4º), para verificar impedimentos e suspeições. Pretendiam os legisladores combater essas cristalizações tão comuns nos ambientes profissionais pouco arejados.

São alterações trazidas pelo código de 2015 que visam evitar as distorções tão bem conhecidas no passado, ao mesmo tempo em que vêm detalhar pontos antes negligenciados pelo diploma processual anterior. Mas, dirão alguns, são deliberações que significam, em um excesso infundado de cautela, a razão do pouco entusiasmo de alguns peritos em aceitar uma nomeação, desestimulados ainda em face dos honorários fixados em bases irrisórias, considerando-se o esforço de análise técnica que quase sempre precisam empreender.

Duas circunstâncias tornam-se fundamentais num exame pericial: o conhecimento do caso em andamento e a matéria técnica que o envolve. Pouco ou nada de utilidade configurará o pleno exercício contábil em termos de avaliação, se conceitos convergentes à definição do que seja improbidade administrativa, por exemplo, seja capaz de materializar ilicitude. Seja para favorecer interessados, geralmente em procedimento

licitatório, ou não, é proibido receber brindes cujo valor supere o montante irrisório, meramente simbólico. Entretanto, há situações carentes de exame aprofundado para, através de competente consideração, na dependência do lugar ou da época, permitam conclusões lógicas. Um cordão de marfim, originário de país africano, elaborado em caráter artesanal, pode não valer coisa alguma no local em que tenha sido elaborado, enquanto alhures converte-se bijuteria em joia. O conhecimento do perito envolve, além da prática das contas, noções sociológicas, para evitar equívocos de ordem criminal.

O mundo empresarial é feito de resultados contábeis. As operações de natureza pericial englobam ativos, passivos e resultados em cada exercício das instituições da espécie, seja empresarial ou não, haja ou não conflitos. O julgador, sem o laudo do técnico, não tem como julgar e – há diferença – fazer justiça.

As operações negociais raramente se encerram em valores sem expressão financeira, embora não se afastem consequências psicoafetivas, para as quais há peritos também, no mais das vezes, como ocorre com imóveis, revisões locativas, compras, vendas, doações, legados, heranças, as circunstâncias variam sob aspectos multifacetados, da propriedade, do local, do estado do bem, e assim por diante.

Não é possível descrever todos os campos em que o perito funcione, tão difusas as áreas em que os conflitos ocorrem. São perdas impostas por vícios da vontade, inadimplências, lucros cessantes, fontes do enriquecimento ilícito, crimes contra a administração pública, tudo a desafiar o experto, muita vez desprovido de elementos materiais que interessados desonestos eliminam comumente por força de ação criminosa ou ações culposas, sempre nascedouro de prejuízos só configurados com o trabalho que livros elaborados pelos que dominam a matéria revelam.

Em recente trabalho prefaciador, pude ver que os autores traziam ao estudo de quem deseja adquirir conhecimento específico, através de fatos do mundo da realidade, cujo espírito está resumido nesta honrosa missão que, de fato, é um convite ao leitor para aumentar o acervo de suas informações e usá-las na descoberta da verdade.

Ali está uma obra que eleva o universo pragmático às alturas pedagógicas, prazerosas, necessárias à arte de ensinar. A ideia de transformar a vida real em capítulos científicos é um presente para quem deseja aprender efetivamente. É a continuação

contributiva aos objetivos técnicos cujo caminho é a sabedoria da humildade de quem conhece e divide o tesouro do seu conhecimento.

O magistrado, municiado com esses elementos, tem na colaboração pericial a pedra fundamental de seu pensamento e a possibilidade de fazer justiça.

Direitos Humanos e realidade jurídica

Jessé Torres Pereira Junior¹

Os direitos humanos são direitos subjetivos cujo titular exclusivo é a pessoa humana. São oponíveis, de um lado, ao estado (e subsidiariamente à comunidade internacional); de outro, aos demais indivíduos e diferentes grupos que integram. Em outras palavras, os direitos do homem estão hoje inseridos no direito positivo e o seu descumprimento é objeto de sanções.

Definidos nas constituições nacionais e nos principais instrumentos internacionais (como na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948), esses direitos são de ordinário agrupados em duas categorias, ao que registra o “Dicionário Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito” (Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1999, pp. 272-273):

(i) os direitos civis e políticos, que visam, em primeiro lugar, proteger a integridade, a liberdade e a segurança da pessoa humana (como direito à vida, a proibição de tortura, o direito à justiça, à liberdade de pensar e à liberdade religiosa, além do direito de voto); essa primeira categoria de direitos, qualificada

¹ Desembargador. Diretor da Área Cível do CEDES (2019-2020). Professor emérito da EMERJ

de “direitos-faculdades” ou “direitos-autonomia”, delimita a esfera de liberdade e de iniciativa da pessoa humana que o estado deve respeitar, abstendo-se de intervir, a não ser para salvaguardá-la;

(ii) os direitos econômicos, sociais e culturais, que exigem uma atuação específica por parte da sociedade e por parte do estado (como o direito ao trabalho, à seguridade social, a um nível de vida suficiente, à proteção da saúde, à educação e à cultura); essa segunda categoria de direitos, chamada também de “direitos-crédito” ou de “direitos-participação”, abrange o campo das condições necessárias para assegurar o bem-estar e o florescimento da pessoa humana no seio da sociedade e implica a intervenção do estado na qualidade de devedor de prestações que tornem efetivos aqueles direitos para todos, sem exclusão.

Paralelamente a essa classificação, que corresponde à evolução histórica da lista dos direitos reconhecidos, é possível distinguir entre os direitos fundamentais do homem e os outros direitos humanos que devem ser preservados a qualquer tempo e em qualquer lugar, quaisquer que sejam as circunstâncias. São os direitos mais elementares, como o direito à vida e à integridade da pessoa, acerca dos quais nenhuma derrogação é permitida nas convenções internacionais, de sorte a concluir-se que os direitos humanos são indivisíveis e interdependentes.

Não obstante, o reconhecimento dos princípios e das normas pela comunidade internacional não resolve o problema do fundamento dos direitos humanos, mas apenas o posterga. Persistem justificações que diferem e interpretações que divergem. Resultam incerteza e fragilidade do conceito.

O processo de universalização dos princípios e das normas choca-se também com a diversidade das culturas às quais estes se pretendem aplicar, considerando, ademais, que

esse movimento provém de circunstâncias históricas que afetam as sociedades, desafiadas a escolher um sistema de organização política que permita a concretização desses direitos.

As garantias continuam insuficientes, ineficazes ou mesmo inexistentes no âmbito nacional; os sistemas internacionais de proteção permanecem subdesenvolvidos, mesmo que se tenham logrado avanços em certas regiões, notadamente no âmbito do Conselho da Europa e da Organização dos Estados Americanos, e novos caminhos se abrem em outras regiões (como o que foi inaugurado com a entrada em vigor da Carta da África dos Direitos Humanos dos Povos, já ao findar do século XX). O desrespeito tão comum aos direitos humanos coloca em questão o caráter “operário” das normas universalmente definidas e a sua credibilidade.

Frente a esses desafios contemporâneos e em face daqueles especificamente ligados ao progresso das ciências e das técnicas, aos novos meios de comunicação, aos problemas do desenvolvimento e da paz, os direitos humanos carecem de pontos de apoio inafastáveis e inadiáveis.

Em primeiro lugar, a universalidade que caracteriza o reconhecimento das normas constitui evolução fundamental; além das diferentes concepções e ideologias, concerta-se um tipo de acordo com objetivos pragmáticos que faz com que a Declaração Universal dos Direitos do Homem seja referida praticamente em todos os pontos do globo. E sobre essa base constrói-se um edifício normativo em nível mundial e regional, a consagrar a definitiva inserção dos direitos humanos no direito positivo. Não somente as normas são definidas com precisão cada vez maior, mas as modalidades de implementação estão incluídas em instrumentos internacionais juridicamente obrigatórios para os estados que os ratificam, em número crescente.

Os direitos humanos não mais traduzem apenas um “estado de alma” ou um devaneio, porém estão inscritos na maioria das constituições e nos tratados, e se transformaram em uma *realidade jurídica*. A opinião pública mundial, representada na cena internacional pelas organizações não governamentais, desempenhou um papel essencial nesse evoluir normativo, e é nele que continua a repousar, em grande parte, o progresso da etapa atual: a da aplicação concreta do direito efetivo.

Na medida em que os direitos humanos correspondem a uma reivindicação universal, devem, quaisquer que sejam as particularidades de sua emergência histórica,

encontrar raízes na diversidade das culturas, bem assim procurar contribuir para o enriquecimento de um conceito cujo monopólio não pertence a nenhuma delas. Mais do que a universalidade, é o potencial de inovação que está em questão.

A redemocratização do país ensejou a elaboração da Constituição vigente de 1988. Seu Título II dedica-se aos “Direitos e Garantias Fundamentais”. O Capítulo I é intitulado “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”; o Capítulo II alude aos “Direitos Sociais” e o capítulo IV, aos “Direitos Políticos”. O que se pode observar – averbava o saudoso Celso de Albuquerque Mello:

“É a predominância de uma ótica que podemos considerar como pertencendo ao liberalismo, que é o estabelecimento de uma distinção entre os direitos civis e políticos, de um lado, e os direitos sociais, de outro. Não há dúvida de que é uma divisão metodológica, mas que significa uma diferenciação e se esquece de que na realidade os direitos humanos são indivisíveis. A realização de um depende da efetivação do outro.

De um modo geral, o Brasil conta com um bom texto constitucional sobre os direitos humanos, bem como tem ratificado os principais tratados sobre o tema. Contudo, há uma imensa distância entre a Constituição, os tratados e a realidade. No caso da Carta Magna, falta implementá-la; em relação aos tratados, falta ao Poder Judiciário aprender a aplicá-los. O Direito Internacional Público é ignorado pelos juristas brasileiros. Vários tratados não foram implementados pela legislação brasileira, como, por exemplo, as convenções de direito humanitário de 1949, que ratificamos faz mais de 40 anos. Os direitos humanos são, ainda, privilégio de uma pequena

parcela da população”. (in: Dicionário *cit*: pp. 275-276).

Outro ângulo sob o qual se deve entender o tema é o de sua utilidade para o manejo da administração responsiva e de resultados, no estado democrático de direito. Expressando este, como expressa, a contemporânea versão do estado servidor e regulador, é de exigir-se que todos os seus poderes, órgãos e agentes estejam persuadidos de que devem respostas e satisfações à sociedade civil. Ou seja, esta é a titular do poder político de decidir sobre os seus próprios destinos, incumbindo àqueles realizá-los na conformidade das opções da sociedade, na medida em que harmonizadas com a ordem jurídica constitucional e os direitos fundamentais que consagra e prescreve.

Em outras palavras, os planos de ação governamental não são concebidos, como outrora, para atender aos desígnios das autoridades estatais. Estas devem colher os reclamos legítimos da sociedade e atendê-los. Daí a visceral importância de elos permanentes e hábeis de comunicação entre a sociedade e o estado, de sorte a que este absorva os comandos daquela e os implemente no que consensuais. O estado democrático de direito é o garante da efetivação dos direitos elevados à Constituição, sejam os individuais, os econômicos, os políticos ou os sociais. Ser-lhe fiel é o dever jurídico indeclinável do estado.

Essa fidelidade há de estar presente em todos os níveis do planejamento. Cada plano de ação governamental deve ser uma resposta à efetivação dos direitos fundamentais e do respeito à dignidade humana que os inspira. Se assim não for, não haverá estado democrático de direito, nem a administração responsiva e de resultados que lhe deve corresponder.

Nada obstante, há uma condição cultural, em seu sentido sociológico, para que tal ocorra: a sociedade há de emancipar-se da polarizada relação entre tutores e tutelados, que caracteriza a cultura brasileira desde o seu berço colonial. Entendendo-se por tutor todo aquele que ocupe posição de prestígio e poder na hierarquia social - seja qual for a natureza dessa hierarquia – e por tutelado todo aquele que se sirva do tutor para obter vantagem ou proteção de toda sorte.

Não seria necessária maior digressão para perceber-se como essa relação compromete a emancipação da sociedade brasileira; basta lembrar os critérios segundo

os quais grande número de candidatos se elege, por prometer vantagens e ganhos pessoais a seus eleitores (material de construção, empréstimos, empregos, cargos, apadrinhamentos, atendimentos pelos serviços públicos etc.). O socialmente patológico dessa relação está em que o tutor se compraz em ser tutor e o tutelado anseia por encontrar o seu tutor e permanecer como tutelado. Em outras palavras: emancipação não há, nem espaço há para o mérito nessa relação, prevalecendo os interesses egoísticos. Logo, tampouco há real preocupação em controlar e avaliar resultados, com o fim de dar-se início a novo ciclo virtuoso de gestão mediante a correção de erros acaso cometidos no planejamento da ação anterior, na medida em que esses erros refletem aqueles interesses personalistas e partidários, distantes do interesse público e do bem comum.

Sobrelevam, mais uma vez, os direitos humanos como norte inspirador do direito justo e este como resultado esperável da ordem jurídica. Na qualidade de garante da dignidade das pessoas e do respeito devido a seus direitos fundamentais, ergue-se o Judiciário entre os principais protagonistas dos esforços tendentes a converter a pauta enunciada desses direitos na Constituição e nas leis em realidade pulsante do cotidiano da cidadania. Há de retratá-lo em todos os seus julgamentos e na gestão de todos os seus meios organizacionais, materiais e de pessoas.

A inversão do ônus da prova e o Termo de Ocorrência de Irregularidade (TOI)

João Marcos de Castello Branco Fantinato¹

O presente estudo visa a sopesar a aplicação do princípio consumerista da inversão do ônus da prova em ações judiciais em que se discute a correção da lavratura de TOI (Termo de Ocorrência de Irregularidade) por parte de concessionária de energia elétrica.

Lembre-se que o artigo 6º, VIII, do CDC, elenca entre os direitos básicos do consumidor “a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”. A relação entre a concessionária de energia elétrica e o consumidor da energia fornecida é invariavelmente de consumo. Impõe-se assim o princípio da continuidade da prestação do serviço público.

Entretanto, a concessionária de energia elétrica presta serviço público, embora não essencial, apenas serviço de utilidade pública. Nas palavras de Hely Lopes Meirelles (in Direito Administrativo Brasileiro, Ed. Revista dos Tribunais, 10ª ed., pag. 317):

“Serviços públicos: propriamente ditos, são os que a Administração presta diretamente à comunidade, por reconhecer a sua essencialidade e necessidade para a sobrevivência do grupo social, e do próprio Estado. Por isso mesmo, tais serviços são considerados privativos do Poder Público, no sentido de que só a Administração deve prestá-los, sem delegação a terceiros, mesmo porque, geralmente exigem atos de império e medidas compulsórias em relação

¹ Juiz Titular da 34ª Vara Cível. Integrante do Centro de Estudos e Debates - CEDES

aos administrados. Exemplos desses serviços são os de defesa nacional, os de polícia, os de preservação da saúde pública.

SERVIÇOS DE UTILIDADE PÚBLICA: *são os que a Administração, reconhecendo a sua conveniência (não essencialidade, nem necessidade) para os membros da coletividade, presta-os diretamente, ou aquiesce em que sejam prestados por terceiros (concessionários, permissionários ou autorizatários), nas condições regulamentadas e sob seu controle, mas por conta e risco dos prestadores, MEDIANTE REMUNERAÇÃO DOS USUÁRIOS. São exemplos dessa modalidade, os serviços de transporte coletivo, ENERGIA ELÉTRICA, gás, telefone”.*

Na verdade, o serviço público não essencial, como o de energia elétrica, é remunerado por tarifa, de livre fruição e pode ser suprimido quando o usuário não o pagar. É executado por concessionárias com competência delegada por lei. Cite-se aqui o artigo 175 da Constituição:

“Art. 175. Incumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. *A lei disporá sobre:*

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado”.

A lei a que se refere o dispositivo constitucional é basicamente a n. 9.427/96, que institui a ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica), órgão regulador do serviço de energia elétrica. Tal delegação legal à concessionária significa que esta recebe do poder concedente atribuições, próprias deste, para explorar o serviço de utilidade pública. Nesse sentido, para o exercício de suas funções, a concessionária recebe a transferência de competência do poder concedente de praticar atos administrativos, com os poderes instrumentais correspondentes. Lembre-se a Súmula 510 do STF: “*Praticado o ato por*

autoridade, no exercício de competência delegada, contra ele cabe mandado de segurança ou a medida judicial”.

A propósito, cite-se a definição de Celso Antônio Bandeira de Mello do ato administrativo (in Curso de Direito Administrativo, Ed. Malheiros, 13ª Ed., pag. 344): *“(...) declaração do Estado (ou de quem lhe faça às vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional”.*

Sendo assim o ato administrativo manifestação de vontade do Estado, é dotado de atributos próprios, como a presunção de legitimidade, por sua submissão ao princípio da legalidade. Cite-se ainda a autor-executoriedade, que permite sua execução independente da vontade do administrado, e sua imperatividade, que encerra poder de coerção aos seus destinatários.

Nessa esteira, o ato da concessionária de serviço público detém prerrogativas próprias dos atos administrativos. A presunção de legitimidade acarretaria, em princípio, a inversão do ônus da prova, cabendo ao administrado provar que o ato atacado está errado. É certo que tal presunção é *juris tantum*, mas o ato prevalece até ser declarada sua ilegalidade.

É o que ocorre com o TOI, regulamentado hoje pelo artigo 129 da Resolução ANEEL n. 414/2010, com o objetivo de cobrar do usuário a recuperação de energia não medida corretamente. Tem tal ato a natureza de multa administrativa e enseja, na falta de atendimento às suas sanções, a suspensão do fornecimento de energia elétrica. Decorre de sua auto-executoriedade, que permite a aplicação da sanção pela concessionária, por violação de conduta obrigatório (ex. o não pagamento da luz).

Segundo essa linha de raciocínio, as concessionárias de energia elétrica, a fim de prestarem o serviço que lhes foi delegado, praticam atos administrativos, podendo lavrar TOI na ocorrência de alguma irregularidade na medição do consumo de energia elétrica. Tal TOI gozaria, pois, da presunção de legitimidade própria dos atos administrativos, cabendo ao administrado derrubá-la.

Como então sopesar o TOI com a inversão do ônus da prova nas relações de consumo?

Note-se que, apesar de o TOI ter a natureza do ato administrativo, o verbete Sumular n. 236 deste TJRJ, de 16/01/2012, entende diferentemente: “*O Termo de Ocorrência de Irregularidade, emanado de concessionária, não ostenta o atributo da presunção de legitimidade, ainda que subscrito pelo usuário*”.

Transcreva-se nesse sentido:

“APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DO CONSUMIDOR. LIGHT. TRANSFERÊNCIA DE TITULARIDADE DA INSTALAÇÃO. DÍVIDA DE TERCEIRO. TERMO DE OCORRÊNCIA DE IRREGULARIDADE (TOI). INEXISTÊNCIA DE PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE. VERBETE SUMULAR Nº 236 DESTA CORTE. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. IRREGULARIDADES NO MEDIDOR NÃO COMPROVADAS. CORTE NO FORNECIMENTO. DANO MORAL CONFIGURADO. MAJORAÇÃO DO QUANTUM FIXADO EM R\$3.000,00 (TRÊS MIL REAIS) PARA R\$5.000,00 (CINCO MIL REAIS).

- 1. Inexistência de presunção de legitimidade do TOI. Nos termos do verbete sumular nº 256 da jurisprudência deste Tribunal, "o termo de ocorrência de irregularidade, emanado de concessionária, não ostenta o atributo da presunção de legitimidade, ainda que subscrito pelo usuário".*
- 2. Inversão do ônus da prova. A ré não se desincumbiu do ônus de demonstrar a regularidade da lavratura do TOI, nos termos da inversão ope legis estabelecida no art. 14, §3º do CDC, e sequer requereu a produção da prova pericial a fim de atestar as irregularidades apontadas, afigurando-se correta, portanto, a declaração de inexigibilidade da multa aplicada.*
- 3. Dano moral configurado. Decorre não da lavratura do TOI, mas sim da interrupção indevida do fornecimento do serviço.*
- 4. Majoração do quantum. Quantia arbitrada em R\$ 3.000,00, impondo-se a sua majoração para R\$ 5.000,00, valor que se revela mais condizente com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, com as peculiaridades do caso e com a jurisprudência desta Corte, sobretudo, em*

relação aos parâmetros adotados por esta Câmara em hipóteses análogas.

5. Honorários advocatícios. Manutenção. Os honorários de sucumbência foram corretamente fixados na origem, no percentual mínimo de 10% sobre o valor da condenação, nos termos do art. 85, §2º do CPC, sobretudo, em razão da baixa complexidade da demanda.

NEGATIVA DE PROVIMENTO AO RECURSO DO RÉU. PARCIAL PROVIMENTO AO DA AUTORA.

(0045495-77.2019.8.19.0008 - APELAÇÃO. Des(a). MÔNICA DE FARIA SARDAS - Julgamento: 17/06/2021 - VIGÉSIMA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL)”

Ou ainda:

“CONSUMIDOR. CONCESSIONÁRIA DE ENERGIA ELÉTRICA. LAVRATURA DE TERMO DE OCORRÊNCIA DE IRREGULARIDADE (TOI) DE FORMA UNILATERAL. APLICAÇÃO DO ENTENDIMENTO CONSOLIDADO POR ESTE TRIBUNAL ESTADUAL, CONSUBSTANCIADO NA SÚMULA 256 TJERJ, NO SENTIDO DE QUE O TOI NÃO OSTENTA PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE. COBRANÇA A MAIOR DE ENERGIA BASEADA EM IRREGULARIDADE DE MEDIDOR, QUE SEQUER FOI LEVADO A PERÍCIA. O ÔNUS DA PROVA DA REGULARIDADE DA COBRANÇA CABIA A RÉ, SENDO CERTO QUE HOVE COMANDO DE INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NOS AUTOS. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA PARA DECLARAR A NULIDADE DO TERMO DE OCORRÊNCIA, E A INEXISTÊNCIA DE DÉBITO UNILATERALMENTE ENCONTRATO, DEIXANDO DE ACOLHER APENAS O PEDIDO DE REPARAÇÃO MORAL. RECURSO DA AUTORA PRETENDENDO A REFORMA DA SENTENÇA PARA QUE ESTE PEDIDO SEJA ACOLHIDO, ALÉM DA DEVOLUÇÃO DOBRADA DO INDEVIDAMENTE COBRADO. DANOS MORAIS. NÃO VIOLAÇÃO DA HONRA OBJETIVA DA PARTE AUTORA. SÚMULA 373 DO TJERJ. DEVOLUÇÃO DO ILEGALMENTE COBRADO QUE DEVE SER FEITA NA FORMA SIMPLES. SÚMULA 230 TJERJ. CORRETA A SENTENÇA. DESPROVIMENTO DO RECURSO. Des(a). PLÍNIO PINTO COELHO FILHO - Julgamento: 16/06/2021 - DÉCIMA QUARTA CÂMARA CÍVEL”

Por outro lado, o TJRJ publicou a Súmula n. 330, de 04/05/2015: “*Os princípios facilitadores da defesa do consumidor em juízo, notadamente o da inversão do ônus da prova, não exoneram o autor do ônus de fazer, a seu encargo, prova mínima do fato constitutivo do alegado direito*”.

Nessa esteira:

“APELAÇÃO. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO CUMULADA COM OBRIGAÇÃO DE FAZER E INDENIZATÓRIA. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. TERMO DE OCORRÊNCIA DE IRREGULARIDADE (TOI). Lavratura de Termo de Ocorrência de Irregularidade em perfeita observância do procedimento previsto na Resolução nº 414/10, da ANEEL. O histórico de consumo acostado aos autos pela ré, sem impugnação pela autora, comprova a ausência de registro de consumo no período anterior à lavratura do TOI (CONSUMO ZERADO). Elementos trazidos aos autos que são suficientes a demonstrar o furto de energia pela consumidora, impondo-se o pagamento da verba fixada a título de recuperação de consumo. Ausência de comprovação de falha na medição da concessionária. Desnecessidade de inversão do ônus da prova, eis que não havia qualquer dificuldade para que a autora comprovasse que no período de irregularidade seu consumo não fora zerado. Hipótese que atrai aplicação da Súmula nº 330 deste Tribunal de Justiça, segundo a qual “Os princípios facilitadores da defesa do consumidor em juízo, notadamente o da inversão do ônus da prova, não exoneram o autor do ônus de fazer, a seu encargo, prova mínima do fato constitutivo do alegado direito.” Sentença que merece reforma para julgar improcedentes todos os pedidos contidos na inicial, com a inversão da condenação referente aos ônus sucumbenciais. RECURSO PROVIDO. (0011876-60.2013.8.19.0205 - APELAÇÃO. Des(a). CLÁUDIO LUIZ BRAGA DELL'ORTO - Julgamento: 16/06/2021 - DÉCIMA OITAVA CÂMARA CÍVEL).”

E mais:

“APELAÇÃO CÍVEL. ENERGIA ELÉTRICA. TOI. COBRANÇA PELO CONSUMO NÃO COMPUTADO.

POSSIBILIDADE. COMPROVAÇÃO DE QUE O USUÁRIO PAGAVA MENOS DO QUE CONSUMIA. AUSÊNCIA DE PROVA DE EXCESSO NA COBRANÇA. ÔNUS QUE CABIA AO AUTOR ANTE A TOTAL AUSÊNCIA DE VEROSSIMILHANÇA DA SUA NARRATIVA.

Embora o autor não tenha sido cientificado previamente à inspeção/lavratura do TOI, há prova robusta nos autos de que o usuário possuía um consumo muito acima do mínimo, porém, pagava apenas pela disponibilidade do serviço.

Diante desse fato flagrante, tem-se que eventual excesso na cobrança deveria ter sido provado pelo autor, eis que, mesmo quando beneficiado com a inversão do ônus da prova, cabe-lhe demonstrar minimamente o seu direito, a teor do artigo 373, I, do Código de Processo Civil.

Aplicação, em concreto, dos princípios da razoabilidade, da modicidade da tarifa e da adequação dos serviços públicos. Primazia do interesse coletivo que se reconhece. Ausência de qualquer ato reprovável por parte da concessionária.

Recurso conhecido e provido.

(0078794-57.2016.8.19.0038 - APELAÇÃO. Des(a). MARIA AUGUSTA VAZ MONTEIRO DE FIGUEIREDO - Julgamento: 02/06/2021 - QUARTA CÂMARA CÍVEL)”

Note-se que a questão dificilmente sobe ao STJ para apreciação em Recurso Especial, pois geralmente recai sobre matéria fática. Entretanto, a decisão abaixo chega a aventar incidentalmente o assunto, mas sem elucidar nossa dúvida, a saber:

“PROCESSUAL CIVIL. ENERGIA ELÉTRICA. MATÉRIAS NÃO PREQUESTIONADAS.

INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 282/STF, POR ANALOGIA. VIOLAÇÃO AO ART. 333 DO CPC. INOCORRÊNCIA. APONTADA IRREGULARIDADE NO TERMO DE OCORRÊNCIA DE IRREGULARIDADE. APLICAÇÃO DA SÚMULA N. N. 7/STJ.

1. Trata-se na origem de ação declaratória intentada pelo recorrente com pedido de inexistência de débito e compensação deste com danos morais. Em sede de sentença de mérito, e posteriormente, em acórdão, o pedido do recorrente foi julgado improvido devido à comprovação de adulteração no medidor de energia elétrica.

2. Primeiramente, o recorrente sustenta, que tanto a decisão de primeiro grau, quanto a de segundo grau proferiram julgamento extra petita, além de argumentar que lhe é devido o pagamento de indenização por danos morais. No entanto, ressalta-se que não houve manifestação do Tribunal a quo, nem em relação aos dispositivos que aponta violados, nem sequer das teses a eles vinculadas, inviabilizando a análise dessas normas na estreita via do recurso especial por ausência de prequestionamento. Incide, in casu, o enunciado n. 282 da Súmula do Supremo Tribunal Federal: "É inadmissível o recurso extraordinário quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada".

3. Efetivamente, para a configuração do questionamento prévio, não é necessário que haja menção expressa dos dispositivos infraconstitucionais tidos como violados. Todavia, é imprescindível que no aresto recorrido a questão tenha sido discutida e decidida fundamentadamente, sob pena de não preenchimento do requisito do prequestionamento, indispensável para o conhecimento do recurso.

4. Posteriormente, não há que se falar em inversão do ônus da prova, pois esta se afigura desnecessária, já que por meio do Termo de Ocorrência de Irregularidade - TOI, a concessionária apurou a irregularidade, e a comprovou junto a Instância de origem.

Acresça-se a isso a manifestação do Tribunal de origem acerca do improvimento do pedido de inversão do ônus, tendo em vista que a autora não demonstrou sua vulnerabilidade perante a concessionária de serviço público.

5. Ademais, ao contrário do que afirma o recorrente, afere-se do acórdão recorrido que não houve irregularidade na lavratura do TOI.

Assim, tem-se que alterar a fundamentação do aresto recorrido, nesses pontos, é tarefa que demandaria, necessariamente, incursão no acervo fático-probatório dos autos, o que é vedado ante o óbice preconizado na Súmula n. 7 deste Tribunal.

6. Recurso especial não provido.

(REsp 1285008/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/10/2011, DJe 18/10/2011)"

Como então conciliar a aparente contradição entre os mencionados entendimentos, de que o TOI é um ato administrativo delegado, mas, por outro lado, não goza de presunção de legitimidade?

Na verdade, no caso das disputas relativas a TOI, o consumidor detém todos os meios de provar que a medição do TOI está eventualmente equivocada. A perícia de engenharia elétrica tem a capacidade de verificar o real consumo com pequena margem de erro, ao calcular a carga instalada na unidade consumidora, o número de residentes etc. Não se trata de realizar perícia nas instalações ou meios técnicos exclusivos e impenetráveis do fornecedor, mas na residência do próprio consumidor, que frequentemente goza de gratuidade de justiça e não arca com os custos da perícia.

Além do mais, em boa parte dos casos, quando invertido o ônus da prova, a concessionária dispensa a perícia, pois ela já o fez com seu corpo técnico na lavratura do TOI. E teria ainda de arcar com seu custo, ao contrário do que acontece com o consumidor, beneficiário de JG. Há casos, inclusive, em que, quando é invertido o ônus da prova, o consumidor dificulta a realização da perícia a ser feita dentro de sua casa. A verdade real sobre os fatos a serem julgados fica assim prejudicada, e não poucas vezes se premia a fraude do consumidor.

A sugestão, portanto, é não inverter o ônus da prova em caso de discussão de TOI, eis que não se faz necessário para a elucidação dos fatos, sem que isso signifique que o TOI goze de presunção de legalidade. Aplica-se, simplesmente, a velha máxima de que quem alega deve provar os fatos alegados, relegando a inversão do ônus da prova para os casos em que é realmente impossível ao consumidor fazê-la, com a distribuição proporcional da carga probatória.

Juros Moratórios Legais (artigo 406 do Código Civil).**Taxa Selic x CTN, artigo 161, § 1º, segunda parte.**

Uma abordagem a partir dos Temas Repetitivos 30 (Súmula STJ 379), 74, 75, 99, 112, 113, 176 e 359 do STJ e Enunciado nº 95, do TJRJ

Leonardo de Castro Gomes¹

Este artigo teve origem nas apresentações feitas pelo autor durante as reuniões do Grupo Cível do CEDES e consiste em uma análise acerca de temas repetitivos do STJ, que tratam da taxa de juros legais, confrontando-os com o Enunciado 95 de nossa Súmula da Jurisprudência Predominante. Após os debates realizados no âmbito daquele Grupo, na reunião ocorrida em cinco de julho, estabeleceu-se, como hipótese, a fim de que fosse discutida pelos diversos integrantes daquele grupo de trabalho, a seguinte proposição sobre a incidência da taxa dos juros de mora:

Enquanto não superados, pelo próprio sistema de precedentes do Superior Tribunal de Justiça, os óbices intransponíveis que advêm de seus Temas Repetitivos nº 30 e nº 75, este último quando o índice de inflação oficial for superior à taxa SELIC, a inobservância desta taxa para os fins do artigo 406 do Código Civil não viola aquele sistema como um todo, permanecendo hígida a interpretação da matéria dada pelo Enunciado nº 95, da Súmula do TJRJ.

Seguem os motivos que levaram àquela proposição.

A taxa de juros moratórios legais está prevista no artigo 406, do Código Civil, cuja redação é a seguinte:

Art. 406. Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão

¹ Juiz Titular da 17ª Vara Cível. Integrante do Centro de Estudos e Debates - CEDES

fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional.

Longe de ser resolvido, o debate gira em torno da aplicabilidade da taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC ou da regra subsidiária do parágrafo primeiro do artigo 161 da Lei nº 5.172/1966 (Código Tributário Nacional), o qual dispõe:

Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.

§ 1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês.

(...)

No âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, estabeleceu-se consenso no entorno da taxa de 1% ao mês, prevista no dispositivo acima, conforme o **Enunciado nº 95**, da Súmula de sua jurisprudência dominante (Processo nº. 2005.146.00003, julgamento em 24/10/2005, Relator: Des. Álvaro Mayrink da Costa, votação por unanimidade, registro de acórdão em 13/12/2005):

Os juros, de que trata o art. 406, do Código Civil de 2002, incidem desde sua vigência, e são aqueles estabelecidos pelo art. 161, parágrafo 1º, do Código Tributário Nacional.

Para não deixar dúvidas quanto à adoção da regra subsidiária contida na segunda parte do dispositivo, eis a justificativa em que se baseou a aprovação do Enunciado:

Justificativa: O art. 406 do atual Código Civil estatui que, “quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional”. O Código Tributário Nacional determina no § 1º do art. 161 que “se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de 1% ao mês”. Hoje, os créditos da União são corrigidos com base na taxa SELIC, que, contudo, não contempla apenas juros, mas, também, correção monetária. Determinar-se que, além da correção incida aquela taxa, ocorreria bis in idem. Ademais, seu valor não traduz apenas inflação real, na

medida em que é utilizada como instrumento de política monetária, podendo variar independentemente do aumento do custo de vida.

Ref. ApCv 2004.001.29076, TJERJ, 4ª C. Cível, julgada em 30.11.2004

ApCv 2004.001.23239, TJERJ, 5ª C. Cível, julgada em 14.12.2004

Esta interpretação, contudo, não encontra eco na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, hoje praticamente unânime no sentido de que os juros moratórios a que se refere o artigo 406 do CC/2002 é a taxa SELIC, por ser ela a que incide como juros moratórios dos tributos federais (arts. 13, da Lei 9.065/1995; 84, da Lei 8.981/1995; 39, § 4º, da Lei 9.250/1995; 5º, § 3º, c/c 61, § 3º, da Lei 9.430/1996 e art. 30, da Lei 10.522/2002).

É de se questionar, contudo, se referido posicionamento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça estaria respaldado em precedente de observância obrigatória, de tal maneira a prejudicar o teor do **Enunciado nº 95**.

Com efeito, a matéria foi abordada em diversos temas repetitivos do Superior Tribunal de Justiça, embora nem sempre de forma objetiva.

Os **Temas Repetitivos nº 74, nº 99, nº 112 e nº 113**, que mencionam expressamente a aplicação da taxa SELIC, trataram de matérias específicas, sendo que o primeiro disciplinava a atualização de valores devidos a título de empréstimo compulsório sobre energia elétrica, ao passo que os outros três se referiram à atualização de contas vinculadas ao FGTS.

Seguem os conteúdos de cada um daqueles temas.

Tema 74 do STJ.

Questão submetida a julgamento:

Questão referente ao empréstimo compulsório sobre energia elétrica, no qual se discute: a) prescrição - termo a quo; b) correção monetária plena sobre o principal (a partir da data do recolhimento até a data do efetivo pagamento de juros e de 31 de dezembro até a data da assembleia de conversão), bem como o reflexo dos juros de 6% ao ano sobre a diferença de correção monetária; c) juros remuneratórios de 6% ao ano; d) taxa SELIC; e e) juros moratórios.

Tese firmada:

Sobre os valores apurados em liquidação de sentença devem incidir, até o efetivo pagamento, correção monetária e juros moratórios a partir da citação: a) de 6% ao ano, até 11/01/2003 (quando entrou em vigor o novo Código Civil) - arts. 1.062 e 1.063 do CC/1916; b) a partir da vigência do CC/2002, deve incidir a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional. Segundo a jurisprudência desta Corte, o índice a que se refere o dispositivo é a taxa SELIC.

Tema 99 do STJ.

Questão submetida a julgamento:

Questiona-se a incidência da Taxa SELIC a título de juros de mora na atualização da conta vinculada do FGTS.

Tese firmada:

Relativamente aos juros moratórios a que está sujeita a CEF - por não ter efetuado, no devido tempo e pelo índice correto, os créditos de correção monetária das contas vinculadas do FGTS -, seu cálculo deve observar, à falta de norma específica, a taxa legal, antes prevista no art. 1062 do Código Civil de 1916 e agora no art. 406 do Código Civil de 2002. (...) "atualmente, a taxa dos juros moratórios a que se refere o referido dispositivo [art. 406 do CC/2002] é a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC", que "não pode ser cumulada com a aplicação de outros índices de atualização monetária.

Tema 112 do STJ.

Questão submetida a julgamento:

Discute-se a aplicação da taxa SELIC para apuração de correção monetária e juros nas ações para pleitear juros progressivos nas contas vinculadas do FGTS.

Tese firmada:

A taxa de juros moratórios a que se refere o art. 406 do CC/2002 é a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC.

Tema 113 do STJ.

Questão submetida a julgamento:

Termo inicial dos juros de mora em ações ajuizadas para pleitear juros progressivos sobre saldos de conta vinculada de FGTS.

Tese firmada:

Incidem juros de mora pela taxa Selic a partir da citação.

Além dos temas repetitivos acima citados, a matéria também foi tratada indiretamente pelo **Tema nº 176 do STJ**, cuja questão submetida a julgamento se referia à violação à coisa julgada em razão da aplicabilidade imediata do artigo 406 do Código Civil aos títulos oriundos de sentenças prolatadas anteriormente à vigência do Diploma de 2002, onde se fizesse menção expressa à taxa distinta. Eis a tese firmada:

Tendo sido a sentença exequenda prolatada anteriormente à entrada em vigor do Novo Código Civil, fixado juros de 6% ao ano, correto o entendimento do Tribunal de origem ao determinar a incidência de juros de 6% ao ano até 11 de janeiro de 2003 e, a partir de então, da taxa a que alude o art. 406 do Novo CC, conclusão que não caracteriza qualquer violação à coisa julgada.

Embora omitida na tese, a prevalência da taxa SELIC pelo atual Código Civil foi referida expressamente no acórdão que definiu o **Tema nº 176 do STJ**. No entanto, na medida em que tal questão era estranha ao objeto do recurso paradigma, a matéria não foi disciplinada pelo referido tema. Eis a ementa:

EXECUÇÃO DE SENTENÇA. TAXA DE JUROS. NOVO CÓDIGO CIVIL. VIOLAÇÃO À COISA JULGADA. INEXISTÊNCIA. ART. 406 DO NOVO CÓDIGO CIVIL. TAXA SELIC.

1. Não há violação à coisa julgada e à norma do art. 406 do novo Código Civil, quando o título judicial exequendo, exarado em momento anterior ao CC/2002, fixa os juros de mora em 0,5% ao mês e, na execução do julgado, determina-se a incidência de juros previstos nos termos da lei nova.

2. Atualmente, a taxa dos juros moratórios a que se refere o referido dispositivo [art. 406 do CC/2002] é a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, por ser ela a que incide como juros moratórios dos tributos federais (arts. 13 da Lei 9.065/95, 84 da Lei 8.981/95, 39, § 4º, da Lei 9.250/95, 61, § 3º, da Lei 9.430/96 e 30 da Lei 10.522/02)' (REsp 727.842, DJ de 20/11/08)" (REsp 1.102.552/CE, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, sujeito ao regime do art. 543-C do CPC, pendente de publicação).

Todavia, não houve recurso da parte interessada para prevalecer tal entendimento.

3. Recurso Especial não provido.

(REsp 111117/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Rel. p/ Acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, CORTE ESPECIAL, julgado em 02/06/2010, DJe 02/09/2010)

Uma primeira leitura dos temas repetitivos até aqui citados induz à conclusão de que a aplicação da taxa SELIC como representativa dos juros moratórios legais de que trata o artigo 406 do Código Civil seria uma imposição do atual sistema de precedentes contemplado no CPC de 2015, dada a observância obrigatória prevista em seus artigos 489, § 1º, VI, c/c 927, III e 1.040, III. Por esta ótica, a **Súmula TJRJ nº 95** restaria prejudicada.

No entanto, contradições com outros temas repetitivos dão margem a outro caminho a trilhar e, conseqüentemente, permitem a adoção da Súmula referida nos julgados, mantendo os juros moratórios legais em 1% ao mês.

Uma das contradições se detecta a partir da análise do **Tema Repetitivo nº 30 do STJ**, que teve como recurso paradigma o REsp 1.061.530/RS (Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 22/10/2008, DJe 10/03/2009) e pelo qual se fixou a seguinte tese (equivalente à **Súmula STJ nº 379**):

Nos contratos bancários, não-regidos por legislação específica, os juros moratórios poderão ser convencionados até o limite de 1% ao mês.

No voto condutor do acórdão que fixou a tese, não se aprofunda no tema, limitando-se a Exma. Ministra Relatora a manter o entendimento de diversos julgados que relaciona, quais sejam:

- AgRg no REsp 672.168/RS, Rel. Fernando Gonçalves, j. em 05.04.2005 4ª Turma.
- AgRg no Ag 558.753/RS, Rel. Aldir Passarinho Junior, j. em 08.06.2004 4ª Turma.
- AgRg no REsp 469.538/RS, Rel. Nancy Andrichi, j. em 20.02.2003 3ª Turma.
- Ag 965.353/RS, Rel. João Otávio de Noronha, DJe de 12.02.2008 Unipessoal
- REsp 1.038.417/RS, Rel. Massami Uyeda, DJe de 25.06.2008 Unipessoal
- AgRg no REsp 879.902/RS, Rel. Sidnei Beneti, j. em 19.06.2008 3ª Turma
- REsp 1.007.561/RS, Rel. Luis Felipe Salomão, DJe de 05.08.2008 Unipessoal
- AgRg no REsp 406.841/RS, Rel. Antônio de Pádua Ribeiro, j. em 10.06.2003 3ª Turma
- REsp 188.674/MG, Rel. Ari Pargendler, j. em 17.06.2003 3ª Turma
- REsp 400.255/RS, Rel. Barros Monteiro, j. em 02.09.2003 4ª Turma
- AgRg no REsp 765.674/RS, Rel. Carlos A. Menezes Direito, j. 26.10.2006 3ª Turma
- REsp 402.483/RS, Rel. Castro Filho, j. em 26.03.2003 2ª Seção
- REsp 623.691/RS, Rel. Cesar Asfor Rocha, j. em 27.09.2005 4ª Turma
- AgRg no REsp 791.172/RS, Rel. Hélio Quaglia Barbosa, j. em 22.08.2006 4ª Turma

- AgRg no Ag 830.575/RS, Rel. Humberto Gomes de Barros, j. em 19.12.2007 3ª Turma

A análise daqueles julgados tampouco permite saber exatamente o fundamento legal para a delimitação dos juros moratórios nos contratos bancários. De regra, fazem referências a julgados anteriores, igualmente rasos. Em muitos deles, há breve referência ao artigo 1.062 do Código Civil de 1916, antecessor do artigo 406 do atual Código Civil e que delimitava tão somente os juros moratórios legais em 6% ao ano, à falta de convenção expressa.

A exceção fica por conta de três decisões monocráticas, que fazem referência expressa ao Decreto nº 22.626/1933 (Lei de Usura), cujo artigo 5º dispõe que se admite *que pela mora dos juros contratados estes sejam elevados de 1% e não mais*.

Eis os trechos de interesse daquelas decisões:

*A tese consignada no acórdão recorrido relativa ao percentual dos juros moratórios, de igual modo, encontra-se em sintonia com a orientação desta Corte. Consoante tem sido aqui decidido, podem os juros moratórios ser pactuados até o limite de 12% (doze por cento) ao ano, **conforme previsto na Lei de Usura** (REsp n. 402.483/RS, rel. Min. Castro Filho, DJ de 5.5.2003 e REsp n. 1.000.732, relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa, DJ de 19.12.2007).*

(Ag nº 965.353, decisão monocrática do Relator Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, publ. em 12/02/2008)

*No que tange à limitação dos juros moratórios em 1% ao ano, havendo disposição contratual fixando em 1% ao mês a taxa dos referidos juros, o que se coaduna com o entendimento perfilhado pela Segunda Seção desta Corte no sentido da possibilidade de pactuação dos juros moratórios até o limite de 12% ao ano, **de acordo com o Decreto 22.626/33** (ut REsp 402.483/RS, Rel. Min. Castro Filho, DJ de 5/05/2003). Preserva-se, por conseguinte, os termos contratados.*

(REsp nº 1.038.417 decisão monocrática do Relator Ministro MASSAMI UYEDA, publ. em 25/06/2008)

*6. Sobre os juros moratórios, a Segunda Seção já decidiu que podem ser pactuados até o limite de 12% ao ano, **conforme previsto na Lei de Usura** (REsp 402.483/RS, Rel. Min. Castro Filho, julgado em 26.03.2003).*

(REsp nº 1.007.561, decisão monocrática do Relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, publ. em 05/08/2008)

Referida linha argumentativa, contudo, vai de encontro ao que diziam outros precedentes citados no próprio acórdão paradigma do **Tema nº 30 do STJ**, no sentido da inaplicabilidade da Lei de Usura às instituições financeiras, tal como dispõe a **Súmula nº 596 do STF** (*As disposições do Decreto 22.626/33 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas, que integram o sistema financeiro nacional*). Vale dizer, a incidência da **Súmula nº 596 do STF** é ampla, não se restringe aos juros remuneratórios (haja vista a disciplina da comissão de permanência por meio da Resolução BACEN 1.129/1986). Seguem ementas de precedentes citados no acórdão paradigma neste sentido:

CARTÃO DE CRÉDITO. TAXA DE JUROS. SÚMULA Nº 596-STF. JUROS MORATÓRIOS.

- *As administradoras de cartões de crédito inserem-se entre as instituições financeiras regidas pela Lei nº 4.595/64.*

- ***Cuidando-se de operações realizadas por instituição integrante do Sistema Financeiro Nacional, não se aplicam as disposições do Decreto nº 22.626/33 quanto à taxa de juros. Súmula nº 596-STF.***

- *São admissíveis os juros de mora à taxa de 1% ao mês, desde que assim pactuados na avença.*

Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 400.255/RS, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 02/09/2003, DJ 17/11/2003, p. 331)

CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. MÚTUO BANCÁRIO COM ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. JUROS REMUNERATÓRIOS. LEI N.º 4.595/64. ENUNCIADO 596 DA SÚMULA DO STF. JUROS MORATÓRIOS LIMITADOS A 12% A.A. LEI DE USURA. CAPITALIZAÇÃO. POSSIBILIDADE. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. ENUNCIADO 294 DA SÚMULA DO STJ. INSCRIÇÃO DO NOME DO DEVEDOR EM CADASTROS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. POSSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Com o advento da Lei n.º 4.595/1964, restou afastada a incidência da Lei de Usura, que limitou os juros remuneratórios no patamar de 12% ao ano, nos termos do Enunciado nº 596 da Súmula do eg. Supremo Tribunal Federal: "As disposições do Decreto 22.626/1933 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas, que integram o Sistema Financeiro Nacional".

2. A taxa média do mercado não é considerada excessivamente onerosa.

Assim, o pacto referente à taxa de juros remuneratórios só pode ser alterado se reconhecida sua abusividade em cada situação.

3. *Os juros moratórios podem ser pactuados até o limite de 12% ao ano, conforme previsão legal. Precedentes.*
 4. *O Superior Tribunal de Justiça admite a capitalização mensal dos juros nos contratos firmados posteriormente à entrada em vigor da Medida Provisória nº 1.963-17/2000, desde que haja previsão contratual. No particular, o contrato sob exame foi firmado posteriormente à norma referenciada. Dessarte, legítima a capitalização mensal dos juros remuneratórios, como pactuada.*
 5. *Segundo o posicionamento consolidado pela eg. Segunda Seção desta Corte Superior, é possível a cobrança da comissão de permanência, desde que não cumulada com juros remuneratórios, correção monetária e/ou juros e multa moratórios.*
 6. *A simples discussão judicial da dívida não é suficiente para obstaculizar ou remover a inscrição do nome do devedor em órgãos de proteção ao crédito.*
 7. *Agravo regimental improvido.*
- (AgRg no REsp 791.172/RS, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, QUARTA TURMA, julgado em 22/08/2006, DJ 02/10/2006, p. 289)*

Embora dúbio, na origem, o fundamento jurídico no qual se estabeleceu a tese atrelada ao **Tema nº 30 do STJ**, acórdãos posteriores daquela Corte passaram a correlacionar sua equivalente **Súmula nº 379** ao artigo 406 do Código Civil, que sucedeu o artigo 1.062 do Código Civil de 1916 e que, diga-se, já se encontrava em vigor quando da fixação da tese, cujo julgamento se deu em 10/03/2009 (REsp 1061530/RS).

Seguem ementas neste sentido, das duas Turmas que compõem a Segunda Seção do STJ:

AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REPETIÇÃO DO INDÉBITO. CRÉDITO RURAL. REAJUSTE DO SALDO DEVEDOR. INDEXAÇÃO AOS ÍNDICES DE POUPANÇA. MARÇO DE 1990. BTNF (41,28%). ATUALIZAÇÃO DE DÉBITOS JUDICIAIS. LEI N. 6.899/1981. APLICAÇÃO DE JUROS REMUNERATÓRIOS EM REPETIÇÃO DE INDÉBITO JUDICIAL. INVIABILIDADE. JUROS DE MORA. CONTADOS DA CITAÇÃO. 0,5% AO MÊS ATÉ 10/1/2003. APÓS. 1% AO MÊS. ATUALIZAÇÃO DO INDÉBITO. CORREÇÃO NOS MOLDES DO CONTRATO PRIMITIVO. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA LEI 6.899/1981. SUCUMBÊNCIA MÍNIMA CARACTERIZADA.

1. Verifica-se equívoco do acórdão ao tratar o assunto como se estivesse em sede de cumprimento de sentença ou liquidação, ao aduzir que se houve o encerramento da instrução, não mais teria a parte a oportunidade de impugnar o valor a ser executado, uma vez que os autos ainda se encontram na fase de delimitação do direito, antiga fase de conhecimento. Devolvida a

matéria em recurso de apelação, deveria o Tribunal de origem ter analisado as alegações da recorrente.

2. A jurisprudência desta Corte firmou entendimento no sentido de que, em regra, não ocorre preclusão na análise de matéria de ordem pública pelas instâncias ordinárias - caso dos juros de mora e correção monetária -, ressalvadas apenas as situações em que a conta de liquidação foi fixada em valor certo, e não há impugnação pela parte interessada. Precedentes.

3. No caso dos autos, há um indébito judicial (diferença da aplicação da variação do BTNF de 41,28% em março de 1990) sobre o qual devem incidir juros de mora e correção monetária. No entanto, esta Corte Superior entende não ser cabível, no cálculo dos juros de mora da repetição de valores cobrados indevidamente pela instituição financeira, a aplicação de juros remuneratórios previstos no contrato, nos mesmos moldes estabelecidos para a Casa Bancária.

Precedentes.

4. No período anterior à vigência do novo Código Civil, os juros de mora são devidos à taxa de 0,5% ao mês (art. 1.062 do CC/1916); após 10/1/2003, devem incidir segundo os ditames do art. 406 do Código Civil de 2002, observado o limite de 1% imposto pela Súmula n. 379/STJ.

5. A correção monetária de débito judicial será feita de acordo com o disposto na Lei n. 6.899/1981, e não considerando os índices da caderneta de poupança.

6. "A jurisprudência do STJ está pacificada no sentido de adotar, como critério norteador para a distribuição das verbas de sucumbência, o número de pedidos formulados e atendidos" (EDcl no REsp 953.460/MG, Rel. Ministra Nancy Andrigli, Terceira Turma, julgado em 9/8/2011, DJe de 19/8/2011). Na espécie, a procedência da pretensão restituitória dos autores - com a incidência de correção monetária e juros de mora - e o não acolhimento tão somente de um critério de correção de valores estão a indicar a ocorrência de sucumbência mínima, de modo que os ônus sucumbenciais devem ser suportados integralmente pela instituição financeira demandada.

7. Agravo interno de KURAO UENO e OUTRO não provido. Embargos de declaração de BANCO DO BRASIL S.A. prejudicados.

(AgInt no REsp 1329235/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 09/10/2018, DJe 15/10/2018)

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. CONTRATOS BANCÁRIOS. AÇÃO REVISIONAL. JUNTADA DO CONTRATO. AUSÊNCIA. ART. 359/CPC/1973. EFEITOS. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE. JUROS DE MORA. COBRANÇA. POSSIBILIDADE. MULTA MORATÓRIA. PACTUAÇÃO. NECESSIDADE.

1. Controvérsia limitada a definir se a falta de exibição do contrato pela instituição financeira impede ou não a cobrança dos encargos decorrentes da mora (multa moratória e juros de mora), à luz do disposto no art. 359 do CPC/1973.

2. *Necessidade de aferir se a incidência dos consectários da mora depende de expressa pactuação entre as partes ou se decorre da própria lei e/ou da natureza do contrato.*

3. *Independentemente de pactuação entre as partes contratantes, os juros moratórios, por expressa imposição legal, são devidos em caso de retardamento na restituição do capital emprestado, decorrendo sua exigibilidade, atualmente, da norma prevista no art. 406 do Código Civil.*

4. *Ausente a cópia do contrato por omissão imputável à instituição financeira, de modo a impedir a aferição do percentual ajustado e da própria existência de pactuação, impõe-se observar o critério legalmente estabelecido.*

5. *No período anterior à vigência do novo Código Civil, os juros de mora são devidos à taxa de 0,5% ao mês (art. 1.062 do CC/1916); após 10/1/2003, devem incidir segundo os ditames do art. 406 do Código Civil de 2002, observado o limite de 1% imposto pela Súmula nº 379/STJ, salvo se a taxa cobrada for mais vantajosa para o devedor.*

6. *A multa moratória, espécie de cláusula penal (ou pena convencional), é estipulada contra aquele que retarda o cumprimento do ato ou fato a que se obrigou, dependendo sua exigibilidade, portanto, de prévia convenção contratual.*

7. *Somente a juntada do contrato permitiria inferir se houve ou não ajuste quanto à cobrança da multa moratória, de modo que, se a instituição financeira não se desincumbiu desse mister, presumem-se verídicos os fatos alegados pela parte.*

8. *Recurso especial provido.*

(REsp 1431572/SC, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/06/2016, DJe 20/06/2016)

Verifica-se, portanto, da leitura que o próprio Superior Tribunal de Justiça faz de sua **Súmula nº 379** (e, conseqüentemente, da tese atrelada ao **Tema nº 30**), uma correlação entre os juros moratórios dos contratos bancários de 1% ao mês e os juros legais previstos no artigo 406 do Código Civil, indicando, subliminarmente, sua conjugação com a segunda parte do artigo 161, § 1º, do CTN.

Esta é, aliás, a única leitura plausível. A ideia de que o percentual indicado pelo **Tema nº 30** teria sua origem na Lei de Usura, ademais de contrariar a **Súmula 596 do STF**, sequer encontra espaço na literalidade do artigo 5º do Decreto nº 22.626/1933, cuja redação é a seguinte:

Art. 5º. Admite-se que pela mora dos juros contratados estes sejam elevados de 1% e não mais.

Como se vê, o artigo 5º da Lei de Usura permite que os juros contratuais sejam **elevados** em razão da mora. Se os juros contratados já o são livremente, podendo ser acima de 12% ao ano (**Temas Repetitivos nº 24 e nº 25 do STJ**), o limitador de 1% ao mês resta vazio de sentido.

A conclusão lógica a que se chega, inclusive por exclusão da Lei de Usura, portanto, é que o fundamento legal da tese atrelada ao **Tema nº 30 do STJ** é inerente ao próprio artigo 406 do Código Civil, haja vista ser este o dispositivo legal em vigor quando da sua fixação, sucedendo ao artigo 1.062 do Código Civil de 1916, o qual foi mencionado por diversos dos precedentes jurisprudenciais que serviram de base para a definição do Tema.

Por sua vez, a única construção argumentativa admissível para correlacionar o artigo 406 do Código Civil à taxa limite de 1% ao mês é justamente a que o interpreta à luz do artigo 161, § 1º, do CTN.

Além da tese oriunda do **Tema nº 30 do STJ**, os precedentes vinculativos que impõem a taxa SELIC como juros de mora legais também se mostram desarmônicos com o **Tema nº 75 do STJ**, pelo qual foi fixado a seguinte tese:

Considerando que a taxa SELIC, em sua essência, já compreende juros de mora e atualização monetária, a partir de sua incidência não há cumulação desse índice com juros de mora.

É certo que a taxa SELIC se cuida de mero instrumento de política monetária e, portanto, não considera na sua definição a inflação do período. Vale dizer, a correção monetária busca a manutenção do valor real do débito, diante do fenômeno inflacionário. Sem aquela, ocorre a desvalorização real do crédito e, conseqüentemente, um enriquecimento sem causa do devedor.

Por esta ótica, sempre que a taxa SELIC for inferior ao índice de inflação oficial haverá **juros negativos**.

Esta é uma realidade atual. Na reunião do Copom realizada no último dia 16/06/2021, a taxa SELIC sofreu uma variação de 3,5% para 4,25% ao ano. Por outro lado, o IPCA-E, índice que calcula a inflação oficial do país, atingiu em maio um acumulado anual de 8,13%. Isto significa que a adoção da taxa SELIC hoje estaria

proporcionando **juros moratórios negativos de aproximadamente 4% ao ano**, impedindo a correção monetária integral dos créditos civis.

Nestas circunstâncias, seu emprego contraria diversos outros precedentes que exigem o cômputo de expurgos inflacionários no cálculo de débitos judiciais (vide **Temas Repetitivos números 68, 70, 73, 203, 208, 235, 298, 301, 302, 303, 304, 369, 511, 512, 514, 887 e 891**).

De outro lado, os juros moratórios guardam natureza indenizatória. Caso não sejam suficientes para cobrir o prejuízo, o próprio artigo 404, parágrafo único, do Código Civil permite ao juiz conceder ao credor indenização suplementar:

Art. 404. As perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, serão pagas com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, abrangendo juros, custas e honorários de advogado, sem prejuízo da pena convencional.

Parágrafo único. Provado que os juros da mora não cobrem o prejuízo, e não havendo pena convencional, pode o juiz conceder ao credor indenização suplementar.

Assim, uma vez que a incidência, em si, da taxa SELIC provoque uma perda do valor real do crédito, caberá ao juiz conceder uma indenização suplementar, ao menos para repor as perdas com a inflação do período correspondente. O mesmo contrassenso se verifica caso o credor renuncie aos juros moratórios, optando pela mera atualização monetária de seu crédito, fórmula que lhe seria mais vantajosa.

Como se vê, admitir os juros a uma taxa negativa vai de encontro à própria natureza do instituto e ao princípio da reparação integral, que tem base no artigo 5º, V, da Constituição Federal (bem como o artigo 389 do Código Civil), uma vez que seria o devedor o beneficiado por sua incidência.

Atento a estas contradições em seus precedentes vinculativos, o Superior Tribunal de Justiça vem reiteradamente abordando a matéria.

O caso chegou a ser afetado pelo REsp 1081149/RS (apesar de não ter ocorrido a indexação do Tema). No entanto, o tema acabou sendo desafetado pela Corte Especial do STJ em julgamento do dia 01/02/2019 (REsp 1081149/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/02/2019, DJe 18/06/2019).

Atualmente, a rediscussão da incidência da taxa Selic em dívidas civis é objeto do REsp nº 1795982 e REsp nº 1.081.149, ambos relatados pelo Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO.

Em todo caso, tamanhas contradições inerentes ao próprio sistema de precedentes do Superior Tribunal de Justiça esvaziam a carga vinculativa do posicionamento inserto nas teses atreladas aos **Temas nº 74, nº 99, nº 112 e nº 113**, no sentido da observância da taxa SELIC como correspondente à taxa de juros legais prevista no artigo 406 do Código Civil, permitindo, assim, o alinhamento à **Súmula TJRJ nº 95**. Sob esta ótica, o posicionamento jurisprudencial majoritário daquela Corte Superior teria caráter meramente persuasivo, devendo os **Temas Repetitivos nº 74, nº 99, nº 112 e nº 113** ser interpretados restritivamente, apenas em relação aos casos análogos às respectivas questões submetidas a julgamento (atualização de valores devidos a título de empréstimo compulsório sobre energia elétrica e de contas vinculadas ao FGTS).

A propósito, mesmo após a fixação daquelas teses surgiram julgados dissonantes no âmbito do próprio STJ, a corroborar o posicionamento aqui defendido:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DO DEVEDOR. JUROS DE MORA. 0,5% AO MÊS, ART. 1.062 DO CC/16. VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE VIGENTE. SÚMULA Nº 83/STJ. DECISÃO MANTIDA.

1. Os juros de mora são calculados no percentual de 0,5% ao mês, nos termos do art. 1.062 do Código Civil de 1916 até a entrada em vigor do novo Código Civil (11/01/2003), quando deverão ser, então, calculados à taxa de 1% ao mês, nos moldes do que dispõe o artigo 406 do CC/2002.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1252789/MA, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 06/04/2017, DJe 18/04/2017)

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. IMPUGNAÇÃO CÁLCULOS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. PRECLUSÃO LÓGICA. VERIFICAÇÃO NA ESPÉCIE. JUROS DE MORA. HARMONIA ENTRE O ACÓRDÃO RECORRIDO E A JURISPRUDÊNCIA DO STJ.

1. Os embargos de declaração são instrumento processual excepcional e destinam-se a sanar eventual obscuridade, contradição ou omissão existente no acórdão recorrido. Não se prestam à nova análise do processo ou à modificação da decisão proferida.

2. A ausência de impugnação da recorrente quanto ao valor principal, apurado pelo contador judicial, representa um ato incompatível com a posterior renovação da alegação de excesso de execução por ausência de comprovação dos valores executados, ou, em outras palavras, preclusão lógica.

3. Os juros de mora são devidos à taxa de 0,5% ao mês (6% ao ano, art. 1.062 do Código Civil de 1916) até o dia 10.1.2003 e, a partir de 11.1.2003, 1% ao mês (12% ao ano), data de vigência do novo Código Civil.

4. Recurso especial não provido.

(REsp 1200276/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 07/05/2012)

AGRAVO INTERNO EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. NEGATIVAÇÃO INDEVIDA. JUROS DE MORA. ART. 406 DO CC. AUSÊNCIA DE PARTICULARIZAÇÃO DO DISPOSITIVO A QUE O ACÓRDÃO TERIA DADO INTERPRETAÇÃO DIVERGENTE. DISSÍDIO NÃO CONFIGURADO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. "As Turmas integrantes da Segunda Seção deste Tribunal firmaram sua orientação no sentido de que, na responsabilidade extracontratual, os juros de mora incidem a partir do evento danoso (Súmula 54/STJ), pela taxa do art. 1.062 do Código de 1916 até 10.1.2003 (0,5% ao mês) e, após essa data, com a entrada do Código Civil de 2002, pela prevista art. 406 do atual diploma civil (1% ao mês)." (AgRg no REsp 832.418/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, DJe 23/03/2011).

2. A ausência de indicação dos dispositivos em torno dos quais teria havido interpretação divergente, por outros tribunais, não autoriza o conhecimento do recurso especial quando interposto com base na alínea "c" do permissivo constitucional. Incidência da Súmula 284/STF. Precedentes.

3. Agravo interno não provido.

(AgInt no AREsp 1118365/AM, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 12/12/2017, DJe 18/12/2017)

Por fim, acrescenta-se que a discussão acerca da aplicabilidade da taxa SELIC não prejudica a coisa julgada, caso o título seja expresso quanto aos juros moratórios de 1% ao mês. Neste sentido é o **Tema Repetitivo nº 359 do STJ**:

Tema 359 do STJ.

Questão submetida a julgamento:

Questão à violação da coisa julgada em decorrência da determinação de incidência da taxa SELIC em sede de execução de sentença, quando esta

determinou a aplicação de juros de mora em 1%, posteriormente à vigência da Lei 9.250/95.

Tese firmada:

A fixação de percentual relativo aos juros moratórios, após a edição da Lei 9.250/95, em decisão que transitou em julgado, impede a inclusão da Taxa SELIC em fase de liquidação de sentença, sob pena de violação ao instituto da coisa julgada, porquanto a referida taxa engloba juros e correção monetária, não podendo ser cumulada com qualquer outro índice de atualização.

Cobertura obrigatória pelas operadoras de planos de saúde para medicamentos de uso domiciliar

Anna Eliza Duarte Diab Jorge¹

Enfrentamos, no dia a dia das Varas Cíveis e principalmente em sede de tutela de urgência, pedidos para compelir as operadoras de saúde ao fornecimento ou custeio de medicamentos como, apenas exemplificando, ENBREL 50mg para tratamento de artrite reumatoide juvenil; ENOXAPARINA 40mg, injetável/subcutânea, para prevenção de trombose venosa profunda, inclusive durante a gravidez e o puerpério; GENOTROPIN, que é hormônio estimulante do crescimento; VEDOLIZUMABE para tratamento de retocolite ulcerativa, doença de natureza inflamatória.

Nos termos do art. 10, inciso VI, da Lei nº 9.656/98, aplicando-se, ainda, o disposto no art. 17, parágrafo único, inciso VI, da RN nº 465/2021, da ANS, as operadoras de planos de saúde não estão obrigadas ao fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar, salvo os antineoplásicos orais e correlacionados, a medicação assistida em sistema de *home care* e aqueles incluídos no rol da ANS para tal fim.

Tal previsão legal não impede a oferta de medicação para uso domiciliar pelas operadoras de assistência à saúde por liberalidade, por previsão contratual ou por contratação acessória e de caráter facultativo, na forma da RN nº 310/2012, da ANS.

¹ Juíza Titular da 22ª Vara Cível. Integrante do Centro de Estudos e Debates - CEDES

Logo, não sendo de livre iniciativa da operadora de saúde e inexistindo previsão de cobertura contratual para fornecimento de medicação de uso domiciliar, considerada como aquela prescrita pelo médico assistente para administração em ambiente externo ao de unidade de saúde, não pode a operadora ser compelida a fornecer ou custear a aquisição.

Ainda que a doença encontre cobertura contratual, o tratamento ministrado em ambiente domiciliar através de uso de medicação oral, sem necessidade de efetivação em unidade de saúde, não tem custeio obrigatório pela operadora de saúde, o que afastaria, nesta hipótese, a aplicação do Enunciado nº 340, da Súmula da Jurisprudência Predominante deste E. Tribunal de Justiça:

“Ainda que admitida a possibilidade de o contrato de plano de saúde conter cláusulas limitativas dos direitos do consumidor, revela-se abusiva a que exclui o custeio dos meios e materiais necessários ao melhor desempenho do tratamento da doença coberta pelo plano”.

Entretanto, nos termos do art. 47, do Código de Defesa do Consumidor, as cláusulas contratuais devem ser interpretadas de forma mais favorável ao consumidor.

E é entendimento que também encontra lugar no E. STJ de que é abusiva a recusa da seguradora em arcar com a cobertura de medicamento prescrito pelo médico, ainda que seja para uso domiciliar.

Neste sentido:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. ROL DE PROCEDIMENTOS DA ANS. PROCEDIMENTO PRESCRITO PELO MÉDICO. RECUSA DE COBERTURA. IMPOSSIBILIDADE. HARMONIA ENTRE O ACÓRDÃO RECORRIDO E A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. PRECEDENTES. ABUSIVIDADE.

RESSALVA DE ENTENDIMENTO DA TERCEIRA TURMA. SÚMULA 83/STJ. HONORÁRIOS RECURSAIS.

MAJORAÇÃO. DESCABIMENTO. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

1. O entendimento desta Corte Superior é firme no sentido de ser "abusiva a recusa da operadora do plano de saúde de arcar com a cobertura do medicamento prescrito pelo médico para o tratamento do beneficiário, sendo ele off label, de uso domiciliar, ou ainda não previsto em rol da ANS, e, portanto, experimental, quando necessário ao tratamento de enfermidade objeto de cobertura pelo contrato" (AgInt no REsp 1.849.149/SP, Rel. Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, DJe 1º/4/2020). 2. Cabe ressaltar o advento de um precedente da Quarta Turma em sentido contrário ao deste voto - REsp n. 1.733.013/PR, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 10/12/2019, DJe 20/2/2020 -, conforme apontado pela ora agravante. Entretanto, esse precedente não vem sendo acompanhado pela Terceira Turma, que ratifica o seu entendimento quanto ao caráter exemplificativo do referido rol de procedimentos.

3. No caso, não estão presentes os requisitos cumulativos necessários à majoração dos honorários sucumbenciais prevista no art. 85, § 11, do CPC/2015, conforme as regras definidas pela Terceira Turma deste Tribunal Superior nos EDcl no AgInt no REsp n. 1.573.573/RJ, desta relatoria, julgado em 4/4/2017, DJe de 8/5/2017.

4. Agravo interno improvido.

(AgInt no REsp 1903810/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/03/2021, DJe 17/03/2021)

Assim, seria cabível compelir a operadora a fornecer qualquer tipo de medicamento de uso domiciliar e para tratamento de qualquer doença, desde que esta encontre cobertura contratual? Sendo possível, até mesmo medicamentos para hipertensão arterial, doença de natureza cardiovascular, seriam de fornecimento obrigatório pelas operadoras? Estando em sede de relação contratual, de natureza privada,

seria possível impor à operadora tal obrigação, considerando o disposto no art. 10, inciso VI, da Lei nº 9.656/98?

Indiscutivelmente, merece tratamento humano e individualizado a situação fática relatada pelo paciente e que o traz ao Poder Judiciário. Contudo, mostra-se relevante pensar sobre o papel da saúde suplementar, e como tal deve ser encarada, posto que efetivamente o é, não podendo ser substitutiva do Estado, em sua obrigação, constitucionalmente fixada, de prestar a saúde ao cidadão.

O norte encontrará respaldo na natureza do rol divulgado pela agência reguladora: se considerado taxativo, somente os fármacos ali previstos, independente da prescrição do médico assistente ou da natureza da doença, seriam de custeio obrigatório pelas operadoras, ressalvada a possibilidade de contratação acessória e facultativa; se considerado exemplificativo, qualquer medicamento seria passível de custeio obrigatório pela operadora, bastando a prescrição médica para tratamento de determinada patologia.

A execução do acordo de não persecução penal (ANPP) e suas controvérsias

A questão das competências dos juízos (VEP ou juízo de origem)

Roberta Barrouin Carvalho de Souza¹

A Lei nº 13.964/2019, também conhecida como o “Pacote Anticrime”, introduziu na legislação penal o acordo de não persecução penal (ANPP) na esteira da expansão da Justiça Consensual no Brasil, que se originou na Constituição de 1988, quando previu as linhas gerias para a composição civil.

De tal marco até hoje, diversos foram os institutos no sentido de fortalecer a justiça consensual o que, no contexto da justiça criminal, em última análise, visa reduzir a superpopulação carcerária.

É sabido que, outrora, crimes de menor e médio potencial ofensivo geravam encarceramento, até por longos períodos, o que se traduzia em desproporcionalidade, sem falar que, com o passar do tempo, verificou-se que o encarceramento não produzia os efeitos dele esperados, como os da prevenção ao cometimento de novos delitos e da ressocialização.

Surgiu, nesse sentido, a necessidade de se superar o modelo de que nenhum crime deve ficar impune (*nec delicta maneat impunita*), característico da obrigatoriedade da ação penal, já que o dito modelo se tornou economicamente inviável, a inviabilizar os ideais de justiça e de eficiência na persecução penal, entendimento que, também, se coaduna com o princípio da intervenção mínima do Estado no sistema penal.

¹ Juíza da VEP e da VEPEMA. Integrante do Centro de Estudos e Debates - CEDES

É nessa linha que foram surgindo institutos para aplicação da justiça consensual, tais como aqueles introduzidos pela Lei nº 9.099/1995, da transação penal e da suspensão condicional do processo, bem como o da colaboração premiada como acordo, previsto na Lei 12.850/2013 e diversos outros espalhados pelas leis especiais.

Pois bem, neste mesmo sentido, a Lei nº 13.964/19 (Pacote Anticrime) insere o acordo de não persecução penal no CPP, (art. 28–A), que assim dispõe:

Art. 28-A Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;

II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;

III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou

V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

Continuando o referido art. 28-A, da Lei nº 13.964/2019, estabelece que:

§ 2º: NÃO se aplica o ANPP nas seguintes hipóteses:

I - se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei;

II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas;

III - ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; IV - nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor. Lei 13.964/2019 – “Pacote Anticrime” ANPP no Código de Processo Penal –

§ 3º - O acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor.

§ 4º Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade.

§ 5º Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor.

§ 6º Homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal.

§ 7º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação a que se refere o § 5º deste artigo.

§ 8º Recusada a homologação, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia.

§ 9º A vítima será intimada da homologação do acordo de não persecução penal e de seu descumprimento.

§ 10. Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia.

§ 11. O descumprimento do acordo de não persecução penal pelo investigado também poderá ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo.

§ 12. A celebração e o cumprimento do acordo de não persecução penal não constarão de certidão de antecedentes criminais, exceto para os fins previstos no inciso III do § 2º deste artigo.

§ 13. Cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade.

§ 14. No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código. Orientação Conjunta nº 03/2018 2ª, 4ª e 5ª Câmaras de Coordenação e Revisão do MPF (Antes da vigência da Lei 13.964/19) ORIENTA os membros do Ministério Público Federal, respeitada a independência funcional, a observar, na realização dos ANPPs, os seguintes requisitos de cabimento:

- a) pena mínima abstrata inferior a 4 anos;
- b) crime cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa;
- c) não cabimento da transação penal (art. 76 da Lei 9.099/96);
- d) dano causado igual ou inferior a 60 salários mínimos ou valor superior quando assegurada integral reparação do dano;
- e) o investigado não incorrer em nenhuma das hipóteses do art. 76, § 2º, da Lei nº 9.099/95;
- f) inexistência de risco de ocorrência da prescrição da pretensão punitiva em razão do aguardo do cumprimento integral do acordo;
- g) o delito não ser hediondo ou equiparado;
- h) não ser o caso de incidência da Lei nº 11.340/2006.

Pois bem, são inúmeras as controvérsias surgidas com o ingresso do novo instituto na legislação processual penal, que envolvem desde sua natureza jurídica até a extinção da punibilidade em decorrência do cumprimento do acordo.

De fato, há quem diga que o instituto foi exportado do direito americano em analogia aquele do *plea bargain*. Porém, neste último, se tem aplicação de pena sem o efetivo processo legal, com direito a contraditório, ampla defesa, o que não se assemelha em nada ao nosso ANPP, que existirá exatamente para barrar a propositura da ação penal, não se podendo, assim, falar em aplicação de pena.

Por ser juíza em atuação na Vara de Execução Penal desde 2009, me deterei mais nas controvérsias a respeito da execução do ANPP.

Como expresse acima, a Lei nº 13.964/2019 estabeleceu que, homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal, conforme expresse pelo § 6º, do art. 28-A.

Muitas críticas surgiram em relação ao que foi determinado pelo legislador, no sentido de que a execução do ANPP ocorresse perante o juízo da execução penal, já que rompe uma lógica que vem sendo adotada, especialmente em estados que concentram a execução em um ou poucos juízos, para que a execução de penas e medidas alternativas se façam no próprio juízo originário, ainda mais em se tratando de penas e medidas alternativas diferentes da prestação de serviços à comunidade, que demanda a existência de equipes técnicas e de convênios para a sua execução, portanto, um pouco mais complexas de serem executadas.

No Estado do Rio de Janeiro, o art. 54, da LODJ, (Lei nº 6.956 de 13/01/2015) estabelece que:

Art. 54 Aos juízes de direito da Vara de Execuções Penais, com sede na Comarca da Capital e jurisdição em todo o território do estado, compete:

I - processar e julgar:

a) a execução das penas privativas de liberdade e das medidas de segurança detentivas que importem no recolhimento dos réus ou pacientes a estabelecimento penal do estado;

b) a execução e os respectivos incidentes relativos às penas restritivas de direito, multas, sursis e medida de segurança não detentivas, quando impostas pelas varas criminais da Comarca da Capital, observada a competência dos Juizados Especiais Criminais e dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher;

c) a execução das penas restritivas de direito, de multas e de prisão simples, bem como as de reclusão ou detenção em que for concedido o sursis, quando impostas pelos Juízos das Varas Criminais da Comarca da Capital, observada a competência dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher;

d) habeas corpus e mandados de segurança contra atos das autoridades administrativas incumbidas da execução das penas de reclusão e detenção e de medidas de segurança detentivas, ressalvada a competência dos tribunais superiores;

e) reclamações quanto às faltas disciplinares a que alude a SUBSEÇÃO II da Lei de Execução Penal, cabendo checar se foram assegurados o contraditório, ampla defesa e presunção da inocência para a imposição de sanções. Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Gabinete da Presidência GABPRES/DEPRE

II - cumprir as precatórias atinentes à matéria de sua competência;

III - proceder à:

a) inspeção dos estabelecimentos penais destinados à execução das penas de reclusão, detenção, das medidas de segurança, das casas de custódia e de qualquer outro estabelecimento penal destinado a presos provisórios, adotando, se for o caso, as providências indicadas nos incisos VII e VIII, do art. 66, da Lei de Execução Penal;

b) composição e instalação do Conselho da Comunidade.

§ 1º Poderá o Juízo da Vara de Execuções Penais, em residindo o condenado ou liberado condicional fora da Comarca da Capital, e mediante solicitação do interessado, deprecar a fiscalização do cumprimento da execução da pena privativa de liberdade em regime aberto, e das condições impostas para o livramento

condicional, ao Juízo Criminal do local do domicílio do apenado.

§ 2º Aos Juízos das Varas Criminais das demais Comarcas compete a execução das sentenças ou acórdãos substitutivos, nos casos de execução de penas de multa ou restritivas de direito, bem como nas hipóteses de suspensão condicional da pena e medidas de segurança não detentivas, observada a competência dos Juizados Especiais Criminais e dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher.

§ 3º No curso da execução a que se refere o § 2º, a competência para o prosseguimento da execução passará a ser do Juízo da Vara de Execuções Penais quando ocorrer causa superveniente que importe em recolhimento a estabelecimento penal de qualquer natureza ou a hospital de custódia e tratamento psiquiátrico.

De fato, *data vênia*, me parece que andou mal o legislador ao concentrar a execução do ANPP nas Varas de Execução dos estados, já tão assoberbadas, uma vez que a execução de penas e medidas alternativas diversas da prestação de serviços podem facilmente ser executadas nos próprios juízos de origem, o que se traduziria em celeridade e economia processual, sendo que, em relação às penas e medidas de prestação de serviços à comunidade, podem ser executadas em vara que tenham centrais acopladas, como acontece na maior parte das varas do Rio de Janeiro existentes fora da Capital e das suas regionais.

Ultrapassada essa primeira controvérsia, surge uma segunda, relativa ao início da execução junto à Vara de Execuções Penais, no sentido de esclarecer a quem caberia a iniciativa da instauração da execução do ANPP perante o dito juízo.

As execuções das penas e medidas alternativas se iniciam com a expedição, pelo juízo de origem à VEP, como determinado na Lei de Execuções Penais, de uma Carta de Sentença (no caso de pena) ou de uma Guia de Medida Alternativa (no caso de medida alternativa), conforme se depreende do artigo 105 da LEP.

Com relação ao ANPP, como o § 6º é expresso em determinar que o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal, tem-se definido que, nesse caso, o juiz da vara de origem, na qual o acordo foi

celebrado, não expedirá documento formal para a Vara de Execução Penal a fim de que se possa dar início ao cumprimento das condições estabelecidas, cabendo tal função ao Ministério Público, surgindo daí a controvérsia.

Nessa linha, seria atribuição de qual membro do Ministério Público fazê-lo, o vinculado ao juízo de origem ou o vinculado à Vara de Execuções Penais?

Pois bem, no caso de ser o vinculado à Vara de Origem, problemas operacionais podem surgir, uma vez que, como já explicitado acima, no Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, de acordo com LODJ (art. 54): “aos juízes de direito da Vara de Execuções Penais, com sede na Comarca da Capital e jurisdição em todo o território do estado, compete processar e julgar a execução das penas privativas de liberdade e das medidas de segurança detentivas que importem no recolhimento dos réus ou pacientes a estabelecimento penal do estado”, enquanto aos Juízos das Varas Criminais das demais Comarcas compete a execução das sentenças ou acórdãos substitutivos, nos casos de execução de penas de multa ou restritivas de direito, bem como nas hipóteses de suspensão condicional da pena e medidas de segurança não detentivas, observada a competência dos Juizados Especiais Criminais e dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher.

Nesse sentido, em decorrência dessa divisão de competência da lei organizacional deste estado, estabelecendo-se que cabe aos Promotores vinculados às Varas situadas fora da capital, o início da execução, um problema operacional poderia ser vislumbrado, na medida em que eles não possuem acesso ao Sistema Eletrônico de Execução Unificado (SEEU), que é o atual sistema único de execução de pena informatizado, utilizado no estado do Rio de Janeiro.

E, em se fixando nos Promotores vinculados à VEP, a atribuição para a formalização do documento perante o SEEU, a fim de dar início à execução das condições estabelecidas no ANPP, como eles receberiam tal documento em se tratando de acordo realizado por juízo situado fora da capital e de suas regionais?

Parece-me que seria necessário criar-se uma Central ou algo parecido para o recebimento dos ditos documentos, não se descuidando, entretanto, da observância aos princípios da celeridade e da economia processual.

Vislumbro, outrossim, uma segunda controvérsia em relação à execução do ANPP, no que toca ao disposto no § 10, do art. 28-A, que expõe que: “descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia”.

Desse modo, descumpridas as condições, caberia ao juízo da VEP remeter o acordo ao juízo que o homologou, para que o MP, com atribuição, oficiasse pela sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia ou caberia ao juízo da VEP a rescisão e posterior envio do acordo ao juízo que o homologou para oferecimento da denúncia pelo Promotor com atribuição e prosseguimento da ação penal?!

A questão já é controvertida na doutrina, entendendo alguns autores que a competência para a rescisão seria do juízo da VEP, como *Rogério Sanches Cunha*, que, embora critique a escolha legal, reconhece que o “juízo competente, na linha da opção do legislador na Lei nº 13.964/2019, é o da execução penal”, inclusive afirmando ser cabível agravo em execução para os casos em que o juiz indefere o pedido de rescisão do ANPP (Cunha, 2020), enquanto outros, como *Renato Brasileiro de Lima* sustentam que embora a execução seja feita perante o juízo da execução penal, “a rescisão do acordo é da competência do juízo competente para a homologação” (Lima, 2020).

No último sentido, também o Enunciado 28 do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais CNPG/GNCCRIM:

“Caberá ao juízo competente para a homologação rescindir o acordo de não persecução penal, a requerimento do Ministério Público, por eventual descumprimento das condições pactuadas, e decretar a extinção da punibilidade em razão do cumprimento integral do acordo de não persecução penal”.

Aguardemos, então, a posição jurisprudencial sobre o tema.

Por fim, a mesma controvérsia existe em relação ao disposto no § 13, do art. 28-A, que estabelece que, cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade.

Uma vez mais se questiona qual seria o juízo competente – o da VEP ou o juízo que homologou o acordo – para proferir decisão de mérito nos autos da execução do

ANPP, sendo que, dessa vez, a decisão seria a de extinção da punibilidade pelo cumprimento integral das condições do acordo.

Também sobre o tema já existe posicionamento doutrinário:

Rodrigo Cabral, esclarece:

“[...] o legislador optou por tomar uma decisão muito mais pragmática, no sentido de aproveitar as estruturas das Varas de Execuções Penais, como forma de concretizar de modo mais célere a fiscalização sobre o cumprimento do acordo”.

*Sustenta que a extinção da punibilidade (em caso de cumprimento) ou mesmo a rescisão do ANPP (em caso de descumprimento) devem ser postuladas perante o **juízo da execução**, esclarecendo que, logo em seguida, deverá o agente do Ministério Público requerer a devolução dos autos (quando tiverem sido encaminhados) “à Vara de Origem para posterior oferecimento de denúncia”.* Afirma que o recurso cabível para as decisões do juiz que extinguem a punibilidade ou rescindem o acordo, no silêncio do CPP, é o agravo em execução, previsto no art. 197 da LEP (Cabral, 2020).

O mesmo juízo no qual tramita a execução do ANPP, evidentemente, seria competente para decidir sobre o integral cumprimento das condições, declarando a extinção da punibilidade, ou, ainda, sobre o seu descumprimento e possíveis justificativas do investigado, decretando, se for o caso, a rescisão do acordo. Feriria os princípios da celeridade e da economia processual se pensar que uma Vara deveria cuidar da fiscalização da execução e outra deveria reconhecer o cumprimento ou o descumprimento das condições, extinguindo a punibilidade, se fosse o caso.

Nesse sentido, a Orientação Conjunta nº 03/2018 (revisada em março de 2020), das 2ª, 4ª e 5ª Câmaras de Coordenação e Revisão do MPF, item 21:

“Após o cumprimento das condições acordadas, e sua certificação nos autos pelo serventuário da justiça, o membro oficiante requererá a extinção da punibilidade perante o juízo de execução”.

De fato, inúmeros incidentes podem ocorrer no curso do cumprimento das condições do ANPP, sendo certo que não faria nenhum sentido que o processo de

execução fosse remetido ao juízo que homologou o acordo para decidir acerca de tais incidentes, todas as vezes em que tal decisão fosse necessária.

Parece, assim, que o entendimento mais adequado ao caso é mesmo no sentido de que a Vara de Execução Penal tem competência para executar e também extinguir a punibilidade do agente ou rescindir o acordo de não persecução penal.

Uma vez mais, aguardaremos a posição da jurisprudência sobre o tema.

Bibliografia:

CABRAL, R. L. **Manual do acordo de não persecução penal**. Salvador: JusPodivm, 2020.

CUNHA, R. S. **Pacote Anticrime – Lei 13.964/2019: Comentários às Alterações no CP, CPP e LEP**. Salvador: JusPodivm, 2020.

LIMA, R. B. **Pacote Anticrime: Comentários à Lei nº 13.964/19**. Salvador: JusPodivm, 2019.

TAVARES, L R: **ANPP (acordo de não persecução penal) – competência para extinção da punibilidade e rescisão**. In: <https://www.estrategiaconcursos.com.br/blog/anpp-acordo-de-nao-persecucao-penal-competencia-para-extincao-da-punibilidade-e-rescisao/> (consultado em: 29/11/2021)

***War on drugs* e algumas das irracionalidades do art. 33 da Lei nº 11.343/2006¹**

Thiago Baldani Gomes De Filippo²

Resumo: o artigo inicialmente discorre sobre a política de guerra às drogas dos Estados Unidos. Em seguida, apresenta três das principais irracionalidades presentes no artigo 33 da Lei 11.343/2006, que parecem se alinhar àquele espírito de combate. Ao final, são apresentadas algumas sugestões para o aperfeiçoamento de citado tipo penal.

Palavras-chave: Guerra às Drogas, Espírito de Combate, Irracionalidades.

Abstract: this paperwork discourses about the United States war on drugs' politics. As it follows, three of the main irrationalities presented by article 33 of the Statute-law 11.343/2006 are discussed, which seem to comply to that spirit of combat. At the end, some suggestions are made, aiming the improvement of cited criminal norm.

Keywords: War on Drugs, Spirit of Combat, Rationalities.

¹ Publicado originalmente em **Boletim 341. Abril de 2021, do IBCCrim**. O presente texto, gentilmente cedido pelo autor, é versão resumida do artigo “Racionalidade legislativa e tráfico de drogas”, publicado em: **Revista Brasileira de Ciências Criminais: RBCCrim**, São Paulo, v. 27, n. 154, p. 131-174, abr. 2019.

² Doutor em Direito Penal pela USP. Mestre em Direito Comparado pela Samford University, Cumberland School of Law e em Ciência Jurídica pela UENP. Professor de Direito Penal da Universidade Anhembi Morumbi. Juiz de Direito no Estado de São Paulo. tfilippo@usp.br

O *law and order* foi um movimento iniciado nos Estados Unidos nos anos 1960 que, em síntese, apregoava uma reação estatal mais enérgica contra a criminalidade de rua, tanto pela edição de leis penais mais rígidas quanto pela necessidade de posturas mais enérgicas da polícia e do judiciário contra o crime e o delinquente. A lógica repressora do *law and order* logo associou a violência criminosa ao consumo de certas drogas, um dos motivos pelos quais o então Presidente Richard Nixon, no começo dos anos 1970, classificou-as como inimigo público número um, identificando a urgência de seu combate. Mas foi apenas durante os mandatos presidenciais de Ronald Reagan (1981-1989) que se declarou guerra às drogas (*war on drugs*), a partir de um pacto permanente entre os três poderes, iniciado no ano seguinte à sua posse, voltado à adoção de posturas mais enérgicas contra certos tipos de drogas (1). Não é outro o motivo pelo qual, em 2004, aproximadamente uma em cada cinco prisões nos Estados Unidos decorria do suposto cometimento de crimes não violentos, que envolviam apreensões de drogas (2).

Sob o plano legislativo penal norte-americano, a lógica repressora da *war on drugs* suscita possibilidades curiosamente violadoras de garantias básicas, como a responsabilidade subjetiva e o *ne bis in idem*.

Ilustrativamente, no primeiro caso, uma lei estadual de Nova Jersey, conhecida como *Comprehensive Drug Reform Act* (1986), reconhece a responsabilidade penal objetiva (*strict liability*) do autor de tráfico de drogas por quaisquer mortes que se vinculem objetivamente ao fato. Com base nessa lei especial, em 1988, um cidadão daquele estado foi condenado por homicídio pela morte de uma pessoa que se dirigiu ao seu apartamento para comprar drogas, mas, diante da intervenção da polícia, temendo ser preso, passou a engolir os sacos plásticos de cocaína que estouraram em seu interior, conduzindo-o a óbito (3). E, à luz da mesma norma, em 1989, outro sujeito que promovia o tráfico de drogas dentro de um presídio teve sua pena agravada também pelo fato de a unidade prisional situar-se próxima a uma escola, nada importando o elemento subjetivo relativo ao desconhecimento de que havia um estabelecimento de ensino nas proximidades da prisão e a quase absoluta impossibilidade de os alunos adquirirem drogas naquele local (4).

Já no tocante à violação ao *ne bis in idem*, conhecida nos Estados Unidos como *Double Jeopardy Doctrine*, não obstante tratar-se de garantia constitucional contemplada

pela Quinta Emenda a proibição de que uma pessoa seja processada e condenada mais de uma vez pela mesma conduta em nível federal, estabeleceu-se uma exceção à regra, admitindo-se que, em se tratando de tráfico de drogas, a depender de sua gravidade e extensão, o mesmo fato possa ser objeto de persecução tanto na esfera estadual quanto na federal (5), o que pode ser claramente utilizado pela acusação como moeda de barganha em vistas a obter um acordo penal que possa ser mais satisfatório.

Essas peculiaridades, no mínimo curiosas, do Direito dos Estados Unidos, podem transmitir a impressão de que leis penais brasileiras não se harmonizam a gritantes irracionalidades quanto à criminalização primária do tráfico de drogas e delitos a ele relacionados. Mas ainda que no Brasil não exista a proclamação formal da responsabilidade penal objetiva, tampouco a consagração literal de exceções ao *ne bis in idem*, um exame mais detido às regras especiais da Lei 11.343/2006 pode ensejar semelhantes perplexidades. Dentre as diversas análises que poderiam ser feitas, é conveniente que sejam expostas três questões principais, atinentes ao tipo do art. 33, crime central da referida lei, que, em síntese, ora conflitam com princípios penais garantistas, ora mostram-se desalinhadas às exigências de coesão e harmonia com as demais regras do Direito Penal brasileiro (6). Os principais pontos de irracionalidades legislativas apresentados pelo art. 33 da Lei nº 11.343/2006 são os seguintes:

(I) Vocação para punir pensamentos: o tipo objetivo do art. 33 não contempla condutas objetivamente mais graves que o art. 28 da mesma lei, de maneira que situações visivelmente idênticas podem receber respostas penais absolutamente discrepantes entre si, a depender da vontade presumida dos agentes. Observe-se a situação: João está parado em uma esquina, com cinco porções de maconha, com a intenção de consumi-las. José está parado em outra esquina, com outras cinco porções de maconha, com a intenção de vendê-las. Fotograficamente, as cenas são idênticas. Como é possível, então, que sobre José recaiam as sanções severas cominadas ao tráfico, enquanto que a João se destinam as sanções muito mais benevolentes previstas para o crime de porte para uso próprio, a partir da conclusão de uma suposta diferença do elemento volitivo incapaz de motivar comportamentos exteriores diversos? Para os tipos penais tradicionais, pouco importa o elemento volitivo se ele não logra comunicar comportamentos suficientemente desvalorados. Basta imaginar como seria esdrúxula a condenação por tentativa de

homicídio de alguém que desferiu um tapa na vítima com a intenção de matá-la. No caso de delitos de drogas, os critérios para se diferenciar o tráfico do porte para uso são aqueles estabelecidos pelo § 2º, do art. 28, interpretado *a contrario sensu*, que manda observar a natureza e quantidade das drogas, o local e as condições em que se desenvolveu a ação, as circunstâncias sociais e pessoais, a conduta e os antecedentes do agente. Como no exemplo acima, os dados objetivos condizentes com a qualidade e quantidade da droga são os mesmos. Restam apenas elementos subjetivos, dando margem para toda a força da seletividade do sistema penal brasileiro, por meio do encarceramento de indivíduos pobres portadores de registros criminais, não necessariamente relacionados ao tráfico, surpreendidos com drogas normalmente nas periferias das cidades, onde se multiplicam os supostos “pontos de drogas”;

(II) Protagonismo da reincidência e dos maus antecedentes: a causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º, do art. 33 faz referência tão somente a circunstâncias pessoais do agente que devam estar ausentes para o fim de se reconhecer o privilégio, que redundam na diminuição da pena de um sexto a dois terços: ser primário, ostentar bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas e nem integrar organização criminosa são todas circunstâncias subjetivas, deixando-se de contemplar dados objetivos da conduta, como fazem, por exemplo, as regras do furto e do estelionato privilegiados, ao se preocuparem com reduzidos desvalores dos resultados, referindo-se, respectivamente, ao pequeno valor da coisa furtada (art. 155, § 2º, CP) e ao pequeno valor do prejuízo (art. 171, § 1º, CP), aproximando-se tais minorantes de um necessário Direito Penal do fato. No caso do tráfico de drogas, uma única condenação criminal pretérita, qualquer que seja ela, poderá representar um acréscimo penal de 3 anos e 4 meses (7), além de, de acordo com a orientação do Supremo Tribunal Federal (8), ser fundamental para conferir ao fato a natureza de delito hediondo por equiparação, o que não deixa de revelar uma grande incongruência. Quando dizemos que um crime é hediondo, queremos nos referir ao fato praticado e sua definição como tal por lei especial. O rol do art. 1º, da Lei nº 8.072/1990 atribui a natureza hedionda a uma série de tipos, não se mostrando viável se condicionar essa natureza a questões pessoais do autor, como o seu passado criminal. No fundo, essa discrepância faz revelar que o crime de tráfico de drogas traz consigo a odiosa marca de um Direito Penal do autor, evidenciando-se, pela

preponderância que confere ao passado criminoso do agente, o exemplo brasileiro mais expressivo da teoria norte-americana do *three strikes you're out* (9), só que, em nosso caso, o escopo inocuidador, marcado pela proeminência da função preventiva especial negativa da pena (*selective incapacitation*), já se evidencia na prática da segunda infração;

(III) Exagero da pena de multa: segundo a regra geral do art. 49, do Código Penal, as penas de multa serão estabelecidas entre 10 e 360 dias-multa, variando entre 1/30 e 5 vezes o valor do maior salário mínimo vigente. Entretanto, o tipo penal do tráfico eleva exponencialmente os patamares da pena de multa, estabelecendo o mínimo de 500 e o máximo de 1.500 dias-multa. Considerando que o salário mínimo nacional atual é de R\$ 1.100,00 (10), enquanto que a pena de multa mínima para os crimes em geral é de R\$ 332,66, o mínimo a ser imposto para o caso de tráfico de drogas é de R\$ 16.633,33. Essa diferença abissal adquire relevo não somente sob o aspecto formal, mas principalmente sob o prisma material. Provavelmente, o objetivo do legislador tenha sido querer punir mais severamente indivíduos que amealharam grandes fortunas às custas do tráfico de drogas. Entretanto, não há necessidade de pesquisas muito aprofundadas para se chegar à conclusão de que a capacidade econômica da vasta maioria dos sujeitos condenados por tráfico de drogas não difere daqueles condenados pelos demais delitos. Basta se observar que, segundo os dados do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) de 2016, a renda de mais de 80% dos presos não alcançava cinco salários mínimos (11). E, confirmada a natureza penal da multa, com a consequente impossibilidade de declaração da extinção da punibilidade antes de seu pagamento integral, o que parece ser o cerne da decisão do Supremo Tribunal Federal no bojo da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3150 (12), a pena do tráfico de drogas tenderá a transformar-se em pena perpétua ante a exigência de valores elevados de indivíduos pobres, que dificilmente conseguirão se reinserir no mercado formal de trabalho.

Trata-se, assim, de três irracionalidades presentes no tipo de tráfico de drogas que devem ser revistas. Quanto à primeira delas, faz-se necessário que o tipo penal passe a contemplar condutas objetivamente desvaloradas, que sejam idôneas a reclamar a gravidade razoavelmente desejada pelo texto constitucional, o que é possível mediante a previsão de patamares mínimos de quantidades de drogas realmente lesivas, diferenciando-se objetivamente das quantidades que possam se subsumir ao tipo do art.

28; também pela previsão de faixas penais distintas, a depender da qualidade de drogas, contemplando-se penas mais altas quanto mais alta fosse a danosidade social das substâncias; e pela inserção do elemento subjetivo específico no tipo penal (“para a entrega ao consumo de terceiros, com o intuito de lucro”). Em segundo lugar, a reincidência e os maus antecedentes devem deixar de ocupar o papel de destaque na fixação da pena e a função periférica que ordinariamente ocupam na fase da dosimetria. Assim, a título de sugestão, o reconhecimento do tráfico privilegiado poderia ser orientado pelo binômio qualidade/ quantidade das drogas, combinado à ausência de circunstâncias que agregam desvalor à conduta, como aquelas previstas no art. 40, da Lei nº 11.343/2006: transnacionalidade ou interestadualidade do delito; cometimento do tráfico mediante violência ou grave ameaça; conduta perpetrada nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares; entre outras. E, por fim, os patamares da pena de multa devem ser reconduzidos aos parâmetros do art. 49 do CP, inexistindo qualquer razão para o *discrímen* que, na prática, acaba por violar a garantia constitucional da vedação às penas de caráter perpétuo, nos termos do art. 5º, XLVII, b, da Constituição.

Em suma, observa-se que a presente estrutura típica do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 não se compraz aos reclames de uma política criminal minimamente racional, que parta de uma fundamentação antropológica, no sentido de proteger direitos humanos mais do que sacrificá-los, respeitado o mínimo de princípios penais garantistas, como os princípios da ofensividade, da legalidade, da responsabilidade pelo fato e da humanidade das penas, além de guardar coerência e harmonia com as regras gerais do Direito Penal positivo. Com isso, são necessárias alterações legislativas, que possibilitem ao tipo penal do tráfico de drogas melhores condições de satisfazer aos reclames de prevenção geral positiva da pena e de justiça, como imperativo do Estado Democrático de Direito.

Notas

- (1) WISOTSKY, Steven. Zero tolerance, zero freedom: a report on the current situation in the United States war on drugs. In: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis e COPELLO, Patricia Laurenzo (coord.). La actual política criminal sobre drogas: una perspectiva comparada. Valencia: Tirant lo Blanch, 1993. p. 386.
- (2) HUSAK, Douglas. Overcriminalization: the limits of the criminal law. Nova Iorque: Oxford University Press, 2008. p. 16.
- (3) State v. Rodriguez, 225 N.J. Super. 466 (1988). O caso é citado por HUSAK, Douglas, Op. cit., pp. 45-48.
- (4) New Jersey v. Ogar, 551 A.2d 1037 (1989). O caso é também citado por HUSAK, Douglas, Op. cit., p. 47.
- (5) THOMAS, George. Double jeopardy: the history, the law. Nova Iorque: New York University Press, 1998. pp. 189-194.
- (6) Para um estudo mais aprofundado acerca de outras irracionalidades forjadas no âmbito típico do art. 33 da Lei 11.343/2006, v. DE FILIPPO, Thiago Baldani Gomes. Racionalidade legislativa e tráfico de drogas. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 27, n. 154, pp. 131-174, 2019.
- (7) Que é a diferença entre o mínimo de pena do caput do art. 33, 5 anos, e o redutor máximo contemplado por seu parágrafo 4º, a saber, 2/3.
- (8) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 118.533/MS, Rel. Min. Carmen Lúcia, j. 23.06.2016. Acompanhando esse entendimento, o STJ houve por bem fixar essa tese de repercussão geral (Tema 600) e revogar sua Súmula 512, que dispunha em sentido contrário.
- (9) A ideologia é extraída de regra originária do beisebol, que estabelece que se um rebatedor perdesse três tentativas de rebater a bola (three strikes), ele seria eliminado do jogo (you're out). Para o Direito Penal, significa recrudescer o tratamento para os reincidentes, de modo que aquele que cometeu o terceiro delito deve ser colocado à margem do convívio social. (VOGEL, Joachim. La internacionalización del derecho penal y el proceso penal. Trad. Alfonso Galán Muñoz. Revista Penal Tirant lo Blanch, Valencia, n. 22, pp. 160-167, 2008, p. 161).
- (10) Nos termos da Medida Provisória 1.021, de 30 de dezembro de 2020. disponível em: http://www.guiatrabalhista.com.br/guia/salario_minimo.htm. Acesso em: 7 nov.11 2019.
- (11) Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/dispf/spf_anuario/anuariospf-2016.pdf. Acesso em: 08 nov. 2019.
- (12) Trecho da ementa estabelece textualmente o seguinte: “A Lei 9.268/96, ao considerar a multa penal como dívida de valor, não retirou dela o caráter de sanção criminal, que lhe é inerente por força do art. 5º, XLVI, c, da Constituição Federal”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3150. Rel. Min. Marco Aurélio, Redator do acórdão Min. Roberto Barroso, j. 13.12.2018.

Refletindo sobre o sistema penal a partir da perspectiva do Estado de exceção em Giorgio Agamben

Kátia Rubinstein Tavares¹

RESUMO: Este trabalho propõe-se a resgatar o pensamento de Giorgio Agamben e sua aproximação com o debate sobre o estado de exceção, o qual lançou as bases para uma nova discussão, no domínio de saber transversal da Teoria do Estado, em relação ao poder de soberania e da violência que incide sobre os cidadãos na configuração do sistema penal; para além do caráter insidioso das práticas autoritárias, mesmo em tempos de afirmação dos direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Estado de Exceção; Homo Sacer; Vida Nua; Vida Matável; Sistema Prisional Brasileiro.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

A TEORIA DO ESTADO DE EXCEÇÃO

O TOTALITARISMO MODERNO

O DIÁLOGO ENTRE WALTER BENJAMIN E CARL SCHMITT

O FENÔMENO PARADOXAL DENTRO/FORA DA LEI

Uma lacuna fictícia no próprio ordenamento jurídico

Encaminhando algumas conclusões

O CÁRCERE ENQUANTO ESTADO DE EXCEÇÃO. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

“Um dia, a humanidade brincarà com o direito, como as crianças brincam com os objetos fora de uso, não para devolvê-los a seu uso canônico, e sim para libertá-los definitivamente dele” (Giorgio Agamben)

¹ Advogada Criminal. Doutoranda em Políticas Públicas e Formação Humana pela UERJ. Diretora das Publicações Oficiais do Instituto dos Advogados Brasileiros. Diretora Cultural da Sociedade dos Advogados Brasileiros.

INTRODUÇÃO

Nascido em Roma, em 22 de abril de 1942, Giorgio Agamben é um dos maiores pensadores vivos na contemporaneidade. Ex-aluno de Heidegger, autor juntamente com Deleuze de trabalhos sobre teoria literária e filosofia, entretanto, sua contribuição para o pensamento político tem-se revelado muito significativa, sobretudo no estudo do campo que tem como paradigma o tema do biopoder moderno. Nesse sentido, em *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*², Agamben aprofunda o estudo do modelo biopolítico conferido ao poder soberano de matar e se propõe a atualizar o conceito da figura jurídica singular do antigo direito arcaico, para construção da sua concepção sobre a “vida indigna a ser vivida” que, tampouco adquire algum valor e, portanto, pode ser considerada teoricamente vidas *matáveis*³.

Em seu livro, *Estado de exceção (homo sacer II)*, que corresponde ao volume que dá sequência às reflexões feitas em *Homo sacer I*, Agamben amplia suas análises, ao considerar que o estado de exceção tende, cada vez mais, a constituir o paradigma dominante de governo na política contemporânea, conforme sustenta, quando utiliza as expressões “terra de ninguém”, “zona incerta”, “zona de indeterminação”, “conceito-limite da ordem jurídica”. Nesse sentido, o ponto de partida para situar essa discussão são as leis promulgadas nos Estados Unidos em 2001 para combater o terrorismo, por meio das quais a política revela o que seria sua estrutura originária: a eliminação que reduz o homem à sua condição animal, desprovida de direitos e as medidas excepcionais e provisórias, tomadas em situações de “necessidade” ou de “emergência”. É nesse contexto que, então, adverte: a exceção pode estar se tornando regra.

Agamben focaliza a base norte-americana da baía de Guantánamo como “vida nua em sua máxima indeterminação”. São mais de 500 “detentos” (*detainees*), em sua maioria talibãs muçulmanos de posições extremadas; estes sofrem diversos abusos, estando sujeitos à vigilância militar permanente, os quais não gozam do direito ao status de “acusado”, segundo as leis norte-americanas, nem sequer o direito a tratamento como “prisioneiros de guerra”, disciplinado pela Convenção de Genebra; os seus destinos cabem às mais altas instâncias do governo dos EUA.

Segundo Agamben, a detenção de que são objeto os muçulmanos é indeterminada quanto ao tempo e à sua própria natureza, estando “totalmente fora da lei e do controle judiciário”. Só haveria uma comparação possível: a situação dos judeus nos campos de

² AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer**: o poder soberano e a vida nua I. Tradução de Henrique Burigo. 2. reimpr. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.

³ *Ibidem*.

concentração nazistas. Afinal, o Terceiro Reich pode ser considerado, juridicamente, um estado de exceção que durou 12 anos.

Para o pensador italiano, o novo paradigma sob a ordem militar instaurada pela guerra ao terrorismo tem um claro significado biopolítico: revela o dispositivo original graças ao qual o direito se refere à vida e a inclui, por meio de sua suspensão. Dessa forma Agamben, no seu livro, se propõe a demonstrar que o estado de exceção não é uma invenção moderna ao buscar no *iustitium* do direito romano a referência originária para essa inclusão do fenômeno de algo que, de certa forma, lhe escapa e não pode ter forma jurídica.

O referido filósofo questiona as ideias de Carl Schmitt, um dos juristas do Terceiro Reich e, ainda, dialoga com o pensador neomarxista Walter Benjamin, da Escola de Frankfurt, sobre a violência do estado de exceção, para o qual, segundo o pensador italiano, se reclama a necessidade de uma teoria, que não apenas venha esclarecer a natureza jurídica do estado de exceção, “mas principalmente, definir o seu sentido, o lugar e as formas de sua relação com o direito.”⁴ Por isso, logo na epígrafe do livro, adverte os juristas, lançando uma provocação: *Quare siletis iustitiae in munere vestro?* (“Por que silenciais diante de uma questão que lhes diz respeito?”).

Finalmente, o pensamento de Giorgio Agamben nos instiga a reflexão sobre como as experiências políticas contemporâneas vêm contribuindo para a inclusão da violência no âmbito do Estado e na sua prática com relação ao sistema prisional brasileiro, um local isolado dos valores sociais e com regras e ordenamentos jurídicos próprios. Diante da inoperância estatal, o cárcere brasileiro desnuda um verdadeiro estado de exceção, diante dos direitos fundamentais constitucionalmente protegidos, já que muito pouco se aplicam aos encarcerados.

A TEORIA DO ESTADO DE EXCEÇÃO

Agamben chama atenção ao longo de sua obra para a incerteza terminológica identificável na definição de estado de exceção. Do ponto de vista etimológico, o conceito de estado de exceção seria um conjunto de medidas que suspende o exercício do direito e rompe com a normalidade do Estado enquanto unidade política e subverte a sua ontologia. Segundo ele, a exceção pode ser definida como desvio de regra, de princípio ou da ordem que se afasta do comum⁵.

⁴ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução de Iraci D. Poleti. 2. Ed. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 80.

⁵ *Ibidem*, p. 59-60.

Na introdução da sua obra, o autor aponta que a incerteza do conceito está ligada à sua indefinibilidade terminológica e sua abrangência. Por isso, ele esclarece que o seu estudo “se servirá do sintagma ‘estado de exceção’ como termo técnico para o conjunto coerente dos fenômenos jurídico que se propõe a definir⁶”. Como bem argumenta:

A escolha da expressão "estado de exceção" implica uma tomada de posição quanto à natureza do fenômeno que se propõe a estudar e quanto à lógica mais adequada à sua compreensão. Se exprimem uma relação com o estado de guerra que foi historicamente decisiva e ainda está presente, as noções de "estado de sítio" e de "lei marcial" se revelam, entretanto, inadequadas para definir a estrutura própria do fenômeno e necessitam, por isso, dos qualificativos "político" ou "fictício", também um tanto equívocos. O estado de exceção não é um direito especial (como o direito da guerra), mas, enquanto suspensão da própria ordem jurídica define seu patamar ou seu conceito limite⁷.

O autor enfatiza, com base na teoria de Carl Schmitt, que o soberano é quem determina o estado de exceção. Essa é a primeira contradição para se compreender a dificuldade em se estabelecer os limites do estado de exceção, pois o soberano que deveria manter a normalidade é quem o instaura.

Agamben descreve que o século XX marcou um momento de virada na tradição política ocidental, pois fez da exceção uma prática normal e durável de governo⁸. Ancorar o estado de exceção na ordem jurídica é, para o autor um desafio e o passo inicial e decisivo para que se possa formular uma teorização sobre ele. Por outro lado, ele comenta que, embora tenha sido muito debatido até hoje o papel do soberano, ainda falta uma teoria do estado de exceção no direito público, porque muitos juristas negam a sua legitimidade e acreditam que a questão não é genuinamente um problema jurídico. Dessa forma, argumenta que, segundo opiniões generalizadas, “o estado de exceção constitui um ponto de *desequilíbrio entre o direito público e fato político*⁹”.

E, por fim, esse pensador aponta outra circunstância, muito bem-marcada em toda sua obra: no estado de exceção há abolição provisória da distinção entre poder legislativo,

⁶ Ibidem, p. 15.

⁷ Ibidem, p. 15.

⁸ Ibidem, p. 19-21.

⁹ Ibidem, p. 11.

executivo e judiciário; entretanto, tal conjuntura mostra-se como uma tendência cada vez mais frequente em transformar o que deveria ser uma excepcionalidade pontual numa prática durável de governo¹⁰.

Existe, em seu modo de ver, uma dificuldade inicial, passível a ser enfrentada por aqueles que desejam definir o tema, uma vez que este se situa no limite entre política e direito - comparando com outras categorias como a guerra civil, a insurreição e a resistência, em que há uma “franja ambígua e incerta, na intersecção entre o jurídico e o político¹¹”. Por isso, o filósofo italiano ressalta que a questão dos limites deve ser entendida como fruto de períodos de crise política, pois:

[...] as medidas excepcionais encontram-se na situação paradoxal de medidas jurídicas que não podem ser compreendidas no plano do direito, e o estado de exceção apresenta-se como a forma legal daquilo que não pode ter forma legal. Por outro lado, se a exceção é o dispositivo original graças ao qual o direito se refere à vida e a inclui em si por meio da sua própria suspensão, uma teoria do estado de exceção é, então, condição preliminar para se definir a relação que liga e, ao mesmo tempo, abandona o vivente (o ser vivo) ao direito¹².

Assim, o autor destaca que o principal objeto de pesquisa de sua obra é explorar essa zona incerta entre o direito público e o fato político e entre a ordem jurídica e a vida (que ele define como “terra de ninguém”). A propósito, vale transcrever o seu ponto de vista:

Somente erguendo o véu que cobre essa zona incerta poderemos chegar a compreender o que está em jogo na diferença - ou na suposta diferença - entre o político e o jurídico e entre o direito e o vivente. E só então será possível, talvez, responder a pergunta que não para de ressoar na história da política ocidental: o que significa agir politicamente¹³?

¹⁰ Ibidem, p. 11.

¹¹ Ibidem, p. 17.

¹² Ibidem, p. 11-12.

¹³ Ibidem, p. 12.

Giorgio Agamben irá aprofundar o que desde o início do primeiro capítulo salienta como o objeto de análise do seu estudo: a zona de incerteza entre o direito público e o fato político da teoria do estado de exceção. A compreensão do estado de exceção e do fundamento daquilo que o próprio soberano (chefe do governo) toma em consideração, quando adota medidas excepcionais, nos leva, segundo ele a tratar de duas questões essenciais: a da necessidade e da emergência. Nesse sentido, comenta o autor, “um estudo da estrutura e do significado do estado de exceção pressupõe uma análise do conceito jurídico da necessidade¹⁴”.

Comentando sobre a incerteza terminológica, o pensador também desenvolve na sua obra as aproximações entre estado de exceção e outros termos ou expressões (por vezes mencionados nas Constituições) – estado de sítio, que se distingue do estado de exceção permanente, direito da guerra, *emergency powers* ou *martial law* (anglo-saxônica), a expressão própria do direito francês, que se refere à ampliação dos poderes governamentais e, em especial, à atribuição ao executivo do poder de promulgar decretos com força de lei¹⁵.

Nesse contexto, ele ressalta que há um grupo de pensadores que procuram inserir o estado de exceção no âmbito do ordenamento jurídico, entre eles Santi Romano, Haurio, Mortari. Concebem, assim, o estado de exceção como parte integrante do direito positivo, seja como fonte autônoma do direito; ou, ainda, - como Hoerni, Rainelletti, Rosssier -, o entendem como um direito subjetivo (natural ou constitucional) do Estado à sua própria conservação¹⁶.

Há outro grupo de filósofos que considera a teoria do estado de exceção como um fenômeno extrajurídico e essencialmente político. Ele inclui Biscarretti, Balladore-Palleri, Carré de Malberg, que avaliam a necessidade e o estado de exceção como um fenômeno essencialmente extrajurídico, ainda que possa ter consequências no âmbito do direito. Ainda Julius Hatscheck resumiu os diversos pontos de vista na oposição entre uma teoria objetiva do estado de necessidade, segundo a qual todo ato realizado em estado de necessidade e fora ou em oposição à lei é contrário ao direito e, enquanto tal, juridicamente passível de acusação, e uma teoria subjetiva do estado de necessidade; de acordo com o filósofo, este poder excepcional se baseia "num direito constitucional ou pré-constitucional (natural)" do Estado, “em relação ao qual a boa-fé é suficiente para garantir a imunidade jurídica”.¹⁷

¹⁴ Ibidem, p. 40.

¹⁵ Ibidem, p. 15.

¹⁶ Ibidem, p. 38.

¹⁷ Ibidem, p. 38-39.

Por fim, Agamben contextualiza o estado de exceção com o conceito de necessidade e sua fundamentação, afirmando: “que a teoria da necessidade não é aqui outra coisa que uma teoria da exceção (*dispensatio*) em virtude da qual um caso particular escapa à obrigação da observância da lei”¹⁸. A ressalva de Agamben é que a necessidade não é fonte de lei e tampouco suspende, em sentido próprio, a lei; ainda conclui: “ela se limita a subtrair um caso particular à aplicação literal da norma”.

Convém pôr em destaque este argumento central:

O fundamento último da exceção não é aqui a necessidade, mas o princípio segundo o qual: toda lei é ordenada à salvação comum dos homens, e só por isso tem força e razão de lei [*vim et rationem legis*]; à medida que, ao contrário, faltar a isso, perderá sua força de obrigação [*virtutem obligandi non habet*].” [...] ¹⁹.

Por fim, assevera:

Enquanto figura da necessidade, apresenta-se pois - ao lado da revolução e da instauração de fato de um ordenamento constitucional- como uma medida "ilegal", mas perfeitamente "jurídica e constitucional", que se concretiza na criação de novas normas (ou de uma nova ordem jurídica)²⁰. [...]

A tentativa de resolver o estado de exceção no estado de necessidade choca-se, assim, com tantas e mais graves aporias quanto o fenômeno que deveria explicar. Não só a necessidade se reduz, em última instância, a uma decisão, como também aquilo sobre o que ela decide e, na verdade, algo inelidível de fato e de direito²¹.

O ESTADO DE EXCEÇÃO E O TOTALITARISMO MODERNO

Segundo Agamben, o uso do estado de exceção é uma problemática que surge no século XX e vem chamando atenção dos pensadores da filosofia política contemporânea, principalmente após as decisões políticas tomadas durante as grandes guerras mundiais.

¹⁸ Ibidem, p. 41.

¹⁹ Ibidem, p. 41.

²⁰ Ibidem, p. 44.

²¹ Ibidem, p. 47.

Nesse sentido, a estrutura da exceção tem se mostrado como regra ou *nomos* da era moderna. Por outro lado, a exceção apresenta-se como um importante dispositivo biopolítico de controle sobre os viventes nas estratégias de políticas do Estado.

Nesse sentido, outro esforço realizado por Agamben reside em explicar as categorias que se encontram na estreita relação com a guerra civil, a insurreição e a resistência e o estado de exceção. Nesse mesmo empenho, Giorgio relaciona a natureza do estado de exceção e a guerra civil, como o oposto do estado normal ou mesmo uma “guerra civil mundial²²”. A guerra civil se situa numa zona de indecidibilidade quanto ao estado de exceção, que é a resposta imediata do poder estatal aos conflitos internos mais extremos.

O filósofo e jurista italiano comenta o caso do estado nazista. Assim que tomou o poder ou, melhor dizendo, mal o poder lhe foi entregue através do voto, Hitler promulgou o *Decreto para a proteção do povo e do Estado*, que suspendia os artigos da Constituição de Weimar, referente às liberdades individuais. Então, no entender de Agamben, “o decreto nunca foi revogado, de modo que todo o Terceiro Reich pode ser considerado, do ponto de vista jurídico, como um estado de exceção que durou doze anos²³”. Na sequência dessa reflexão, nos lança uma conceituação iluminadora do totalitarismo moderno:

O totalitarismo moderno pode ser definido como a instauração, por meio do estado de exceção, de uma guerra civil legal que permite a eliminação física não só dos adversários políticos, mas de categorias inteiras de cidadãos que, por qualquer razão, pareçam não integráveis ao sistema político. Desde então, a criação voluntária de um estado de emergência permanente (ainda que, eventualmente, não declarado no sentido técnico) tornou-se uma das práticas essenciais dos Estados contemporâneos, inclusive dos chamados democráticos²⁴.

Dessa forma, Agamben acena para a dificuldade e a incerteza do conceito de estado de exceção e mesmo para sua fluidez de noções ou categorias consideradas como sinônimas ou correlatas, que aparecem em diferentes ordenamentos jurídicos nacionais. A filósofa Hannah Arendt, em sua obra sobre a revolução (datada de 1963), faz uso da

²² Ibidem, p. 12-13.

²³ Ibidem, p. 12-13.

²⁴ Ibidem, p. 13.

expressão “guerra civil mundial”²⁵, ressaltando que: “o estado de exceção tende cada vez mais a se apresentar como o paradigma de governo dominante na política contemporânea.” Essas medidas provisórias e excepcionais que são utilizadas como uma técnica de governo ameaçam transformar a estrutura de uma Constituição ou de um Estado constitucional para um patamar de fragilidade, e nessa perspectiva o estado de exceção apresenta-se num nível de indeterminação entre democracia e absolutismo.²⁶

Além disso, Agamben apresenta um rico estudo histórico sobre a regulação do estado de exceção desde o século XVIII até o XXI no EUA, no governo Bush, após 11 de setembro de 2001, com o *Commander in chief of the army*, cujo título implica uma referência ao estado de exceção. Nessa conjuntura uma situação de emergência torna-se uma regra, de forma que não se possa distinguir uma situação de paz e guerra, a guerra eterna e uma guerra civil mundial²⁷.

Na contemporaneidade, Agamben destaca dois exemplos consumados pelo governo americano após o atentado de 11 de setembro, em que se institucionalizou um estado de exceção: Em primeiro lugar, a publicação do “military order” pelo presidente da república em 11 de novembro de 2001, que determinava a suspensão de direitos e detenção definitiva de cidadãos suspeitos de terrorismo. E “USA Patriot Act”, promulgado pelo Senado no dia 26 de outubro de 2001, que permite manter preso o estrangeiro suspeito que ponha em risco a segurança nacional dos EUA, permitindo ser ele expulso ou acusado da violação da lei sobre imigração ou outro delito. Como bem define Agamben: “A novidade da “ordem” do presidente Bush está em anular radicalmente todo estatuto jurídico do indivíduo, produzindo, dessa forma, um ser juridicamente inominável e inclassificável!”²⁸

Outro exemplo fornecido por Giorgio Agamben corresponde aos Talibãs capturados no Afeganistão que não gozaram do status de prisioneiro de guerra normatizado pela Convenção de Genebra, ou pelas próprias leis norte-americanas. Não são nem prisioneiros tampouco acusados, mas apenas *detainees*, de uma detenção indeterminada de tempo como da sua própria natureza, porque totalmente fora da lei e do controle do judiciário. O autor compara à situação jurídica dos judeus nos campos nazistas, porque haviam perdido não só a cidadania, mas toda identidade jurídica, só conservando a identidade de judeus. Também o mesmo ocorre com os *detainees* ou

²⁵ Ibidem, 13.

²⁶ Ibidem, p. 13.

²⁷ Ibidem, p. 24-38.

²⁸ Ibidem, p. 14.

prisioneiros de Guantánamo, em que a vida nua atinge sua máxima indeterminação, conforme sustenta Judith Butler²⁹.

O DIÁLOGO DE WALTER BENJAMIN COM CARL SCHMITT

Originalmente, o estado de exceção foi concebido para ser utilizado em situações extraordinárias; porém, como observa Agamben, sua utilização se tornou um instrumento político e uma constante técnica de governo na contemporaneidade. Em suas investigações, o pensador italiano localiza a prática da exceção nas origens dos governos que se formaram a partir da primeira metade do século XX com regulamentos que suspendem o ordenamento jurídico vigente, fazendo com que o Estado atue por meio de decretos com força de lei, suspendendo o sistema jurídico das leis antigas. Ao operarem dessa forma, as decisões do soberano passam a configurar uma zona de confusão, pois o direito – suspenso para a sua própria conservação – impede que possamos traçar uma linha clara entre o abuso do poder soberano e a utilização do poder necessário para se voltar à situação de normalidade. Nesse caso, em tal Estado todas as garantias de direitos são desfeitas em razão de emergir uma situação de crise. Essa é uma das principais ameaças segundo nos alerta Agamben, uma vez que no estado de exceção são abolidas garantias e direitos individuais, expondo os cidadãos ao risco iminente da morte violenta que legalmente estaria justificada – situação essa abordada por Benjamin em ensaio lido por Schmitt.

Diante desse cenário, Giorgio Agamben propõe no seu estudo o estabelecimento de uma correlação entre o caráter rotineiro dos assassinatos em massa ocorridos ao longo dos séculos XIX e XX e a frequência com que se instaurou o chamado “estado de exceção” durante esse mesmo período de tempo. Agamben elegerá como marco teórico os diálogos travados entre Walter Benjamin e Carl Schmitt. Vai também ampliar sua base teórica nos estudos de pensadores que melhor compreenderam o cenário da política contemporânea tais como Foucault e Hannah Arendt.

Segundo Agamben, Schmitt e Benjamin produziram um profícuo e profundo diálogo sobre a exceção que deve necessariamente ser apreciado com muita atenção. A importância desses dois autores para Agamben pode ser avaliada no fato de o filósofo italiano dedicar um capítulo inteiro do seu livro *Estado de exceção* para tratar do debate existente entre esses autores. Vale analisar alguns conteúdos desses diálogos para percebermos as influências das reflexões de Benjamin sobre Schmitt e, finalmente, no

²⁹ Ibidem, p. 14-15.

próprio Agamben na construção da sua teorização do estado de exceção.³⁰

Ditadura comissária e soberana: a obtenção de um consenso no estado de exceção

Agamben destaca no primeiro capítulo intitulado “O Estado de exceção como paradigma de governo” os pontos mais importantes que irão permear toda sua obra, inclusive a leitura do segundo capítulo em que ele aprofunda o seu diálogo com Carl Schmitt, o principal teórico que construiu as bases do estado de exceção. Essa fundamentação surgiu em dois trabalhos diferentes do autor alemão: *A ditadura*, de 1921, e *Teologia política*, de 1922³¹. Foi chamado “jurista coroado” do Terceiro Reich, com formulações que ofereceram o substrato jurídico e político para a ascensão de Hitler ao poder e o seu posterior domínio total sobre a Alemanha.

É importante ressaltar que o projeto teórico de Schmitt é também e, principalmente, um discurso que legitima o rompimento da legalidade constitucional e democrática e ainda se ampara num objetivo salvacionista. Nesse sentido, o soberano age na crise, uma crise que ameaça a nação, que põe em perigo os interesses do povo, de modo que se requer uma ação extraordinária, excepcional, por parte daquele que encarna a vontade majoritária.

No caso da Alemanha na década de 1930, que vivia forte crise econômica e instabilidade política, o inimigo interno era o Tratado de Versalhes, que havia imposto pesadas indenizações ao país e a perda de vários territórios importantes. No discurso dos nazistas a culpa por essa situação de fragilidade era da democracia parlamentar, responsável principal pelo enfraquecimento da Alemanha e pelo sentimento de humilhação de seu povo. Nessa perspectiva, a ação excepcional é aquela fundada na decisão do soberano, à margem da Constituição e das leis, para remover os inimigos da nação. Na época, o soberano de então (Hitler) destruiu a democracia, fomentou a guerra e concebeu um dos crimes mais bárbaros de toda a história da humanidade: o holocausto.

No livro *Teologia política*, de 1922³², comentado por Agamben no seu primeiro capítulo de *Estado de exceção*, Carl Schmitt estabeleceu os contornos entre estado de exceção e soberania. Para ele, a ordem jurídica não deveria repousar na Constituição e nas leis, mas na decisão tomada pelo soberano. Como já mencionado, para o filósofo alemão, o soberano é que determina o estado de exceção, o que, segundo o referido

³⁰ Ibidem. p. 83-98.

³¹ É importante esclarecermos que essas obras de Schmitt foram por nós consultadas, tomando em consideração as seguintes edições: SCHMITT, Carl. **La dictadura**. Trad. José Díaz García. Revista de Occidente Bárbara de Braganza. Madrid, 12, 1968; idem, *Teologia política: quatro capítulos sobre a doutrina da soberania*. In: SCHMITT, Carl. **A crise da democracia parlamentar**. Trad. Inês Lobbauer. São Paulo: Scritta, 1996.

³² Ibidem, idem. p. 87.

filósofo italiano, implica o primeiro paradoxo, pois o soberano que deveria manter a normalidade é quem instaura o estado de exceção.

O grande objetivo da principal obra de Schmitt, *Teologia política*, é criar uma teoria do que se costuma chamar de *decisionismo*. Tal teoria seria capaz de nos revelar o funcionamento do poder soberano. É o que Schmitt deseja nos comunicar com a sua célebre afirmação: “Soberano é aquele que decide sobre o Estado de exceção”. Isto é, só podemos compreender a real situação da soberania a partir da análise da decisão que produz o estado de exceção.

Na teoria schmittiana, apenas o conceito de exceção, juntamente com o conceito de decisão, é capaz de revelar o poder do soberano e trazer à tona a sua identidade. Segundo o autor, a existência do soberano é de suma importância, pois a lei não possui a capacidade de se sustentar sozinha. Ela necessita de um soberano que seja capaz de realizar o papel de protetor. Nesse sentido, Schmitt defende a ideia de uma ditadura “comissária” – durante o estado de emergência, de sítio ou de exceção – na qual é papel do soberano restaurar a ordem vigente, resguardando assim a constituição de modificações que possam ser prejudiciais à ordem estabelecida na sociedade.

Por outro lado, segundo o pensador alemão, a excepcionalidade se apresenta como o principal fundamento das normas pelo fato dela explicar mais do que a situação normal. Ela revela o fim supremo que motiva toda a ordenação. Somente na condição da exceção é que percebemos que a ausência das leis e normas sólidas leva o Estado a um processo de esfacelamento das garantias e dos direitos que possuíamos no Estado em sua normalidade. Nesse sentido, Schmitt confere maior importância à excepcionalidade, pois ela desvela coisas que não são e não podem ser observadas no Estado de normalidade. Por esse motivo, a excepcionalidade é, no pensamento do jurista alemão, o centro do sistema jurídico-político. Nas palavras de Schmitt:

A filosofia da vida concreta não pode subtrair-se à exceção e ao caso extremo, mas deve interessar-se ao máximo por ele. Para ela, a exceção pode ser mais importante do que a regra, não por causa da ironia romântica do paradoxo, mas porque deve ser encarada com toda a seriedade de uma visão mais profunda do que as generalizações das repetições medíocres. A exceção é mais interessante que o caso normal. O normal não prova nada, a exceção prova tudo; ela não só confirma a regra, mas a própria regra só vive

da exceção. Na exceção, a força da vida real rompe a crosta de uma mecânica cristalizada na repetição.³³

Segundo Schmitt, o soberano possui poderes que vão além de toda validade da ordem jurídica, pois:

Não só decide sobre a existência do estado emergencial extremo, mas também sobre o que deve ser feito para eliminá-lo. Ele se situa externamente à ordem legal vigente, mas, mesmo assim, pertence a ela, pois é competente para decidir sobre a suspensão total da constituição.³⁴

Uma das considerações deixada por Schmitt e, mais tarde, recuperada por Agamben é que o caso excepcional não é propriamente um problema jurídico, pois quem define o caráter de excepcionalidade ou de necessidade de um evento é o próprio sujeito que se vê na situação e a interpreta de tal modo. Como diz Schmitt:

Se o caso extremo de exceção realmente pode ou não ser eliminado do mundo, não é uma questão jurídica. A confiança e a esperança de que ele possa realmente ser eliminado depende muito mais de convicções filosóficas, principalmente histórico-filosóficas ou metafísicas.³⁵

Por outro lado, segundo Agamben, a principal finalidade da teoria construída por Carl Schmitt “é a inscrição do estado de exceção num contexto jurídico”, para “tornar possível uma articulação entre o estado de exceção e a ordem jurídica”, porquanto:

Schmitt sabe perfeitamente que o estado de exceção, enquanto realiza "a suspensão de toda a ordem jurídica" (Schmitt, 1922, p. 18), parece "escapar a qualquer consideração de direito" (Schmitt, 1921, p. 137) e que, mesmo "em sua consistência factual e, portanto, em sua subsistência íntima, não pode acender a forma do direito"

³³ Ibidem, p. 24.

³⁴ Ibidem, p. 88.

³⁵ Ibidem, p. 88.

(ibidem, p. 175). Entretanto, para ele é essencial que se garanta uma relação com a ordem jurídica...³⁶

Por isso, Agamben resgata no contexto jurídico os conceitos de “ditadura comissária” e de “ditadura soberana” proposta por Schmitt, apresentando contraposições que as caracterizam, respectivamente, ao explicar que a “ditadura comissária” “suspende de modo concreto a constituição para defender sua existência”³⁷. Dessa forma, sua aplicação pode ser suspensa, “sem, no entanto, deixar de permanecer em vigor, porque a suspensão significa unicamente uma exceção concreta”³⁸. Nesse sentido, exige-se que se criem condições que “permitam a aplicação do direito”³⁹. A norma é suspensa enquanto vigora a decisão pelo soberano. A suspensão das normas nessa condição tem um status temporário e se legitima em situações de crises ou catástrofes. Passadas tais situações, restauram-se as normas e se supera o “estado de exceção”.⁴⁰

Já na “ditadura soberana” não há a suspensão temporária da Constituição vigente “com base num direito nela contemplado e, por isso, ele mesmo constitucional”. Nesse caso, há a criação de um estado de coisas em que se torne possível a imposição de uma nova Constituição, mediante a qual se instaura o estado de exceção no sentido formal e não transitório. Dessa forma, “o operador que permite ancorar o estado de exceção na ordem jurídica é a distinção entre poder constituído e poder constituinte”⁴¹. Este, porém, não é somente uma questão de força, pois, mesmo não tendo se instituído em virtude de uma Constituição, mantém com ela uma relação tal que esse poder aparece como fundador. Ele representa “um mínimo de constituição, inscrito em toda ação politicamente decisiva e está, portanto, em condições de garantir também para a ditadura soberana a relação entre estado de exceção e ordem jurídica”⁴².

3.2. A violência como paradigma do estado de exceção

Não nos restam dúvidas de que Agamben recorre ao diálogo entre Schmitt e Benjamin ao construir a sua teoria do poder soberano e da exceção. Dessa forma, as discussões existentes entre Schmitt e Benjamin – em especial o debate que se desenvolveu entre os

³⁶ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**, ed. it. p. 54. Schmitt, apud. AGAMBEN, Giorgio: “A ditadura, seja ela comissária ou soberana, implica a referência a um contexto jurídico”. Finalmente, conclui Agamben: “Trata-se de uma articulação paradoxal, pois o que deve ser inscrito no direito é algo essencialmente exterior a ele, isto é, nada menos que a suspensão da própria ordem jurídica...” (AGAMBEN, Giorgio. Op.cit, p. 540).

³⁷ Ibidem, p. 54.

³⁸ Ibidem, p. 55.

³⁹ Ibidem, p. 55.

⁴⁰ Ibidem, p. 55.

⁴¹ Ibidem, p. 55.

⁴² Ibidem, p. 55.

anos de 1925 e 1956 – contribuíram para o esclarecimento de conceitos que são basilares na sua reflexão. Em seu livro *Estado de exceção*, o autor dedica uma seção unicamente para os debates travados entre esses dois pensadores, com o intuito de remontar as discussões e as conclusões que nasceram em torno desse diálogo.

Neste estudo, pretendemos tecer algumas considerações acerca do estado de exceção focalizado por Agamben a partir do diálogo existente entre Walter Benjamin e Carl Schmitt. Para realizar tal tarefa teremos como referência basilar o capítulo intitulado: “LUTA DE GIGANTES ACERCA DE UM VAZIO”, incluído na obra *Estado de exceção*.⁴³ No referido capítulo, Giorgio Agamben nos revela a existência de um rico diálogo entre Schmitt e Benjamin que influenciou a criação do conceito de exceção em ambos. Entretanto, ao ampliar o conceito de exceção, revela que o debate entabulado entre os dois filósofos, Benjamin e Schmitt, ultrapassa a discussão, pois se encontra fundamentado numa estrutura política do ocidente, “outra luta de gigantes acerca do ser, que define a metafísica ocidental”.⁴⁴

Agamben aprofunda o confronto entre a teoria de exceção de Carl Schmitt e a posição de Walter Benjamin, afinal demonstrando que o estado de exceção na contemporaneidade virou regra. Além disso, ressalta uma questão fundamental:

O que está em jogo no debate entre Benjamin e Schmitt sobre o estado de exceção pode agora ser definido mais claramente. A discussão se dá numa mesma zona de anomia que, de um lado, deve ser mantida a todo custo em relação com o direito e, de outro, deve ser também implacavelmente liberada dessa relação. O que está em questão na zona de anomia é, pois, a relação entre violência e direito - em última análise, o estatuto da violência como código da ação humana. Ao gesto de Schmitt que, a cada vez, tenta reinscrever a violência no contexto jurídico, Benjamin responde procurando, a cada vez, assegurar a ela - como violência pura - uma existência fora do direito⁴⁵.

Nesse sentido, seguindo as teses de Schmitt, tanto Benjamin como Agamben partilham da noção de que é essencial repensar a relação que estabelecemos com o direito, pois a necessidade ou não da exceção muitas vezes se encontra alicerçada nas convicções

⁴³ Ibidem, p. 81-98.

⁴⁴ Ibidem, p. 92.

⁴⁵ Ibidem, p. 92.

políticas e filosóficas que a sociedade contemporânea possui.⁴⁶

Segundo Agamben, o trabalho *Crítica da violência: crítica do poder* (1921), de Benjamin, trazia questões essenciais para Schmitt e, com certeza, foi um texto lido pelo alemão, influenciando, assim, o desenvolvimento de seus conceitos de soberania e exceção. Nesse sentido, a leitura de Agamben observa “a teoria schmittiana da soberania como uma resposta à crítica benjaminiana da violência”.⁴⁷

Para o filósofo italiano, o grande objetivo de Benjamin com seu ensaio foi tentar garantir a possibilidade de uma violência que possa estar fora e além do direito. Somente através disso seria possível quebrar a relação dialética que une a violência instauradora do direito e a violência que o conserva⁴⁸. Essa seria a exigência indicada por Benjamin em *Crítica da Violência – crítica do poder*⁴⁹, retomada anos mais tarde em *Teses sobre o conceito de história*. A exceção é vista nesses dois ensaios como a oportunidade de neutralização da relação entre direito e violência.

Benjamin nomeia essa violência que está fora e além do direito de violência “pura” ou “divina”. Nesse sentido, sua crítica é dirigida aos pensadores que admitiam a utilização da violência para fins justos, sendo ela considerada um atributo natural do Estado, após a saída do Estado de natureza e a instauração do pacto ou do contrato social. Segundo Benjamin, essa teoria dos fins justos visa apenas a um fim absoluto e não se importa com os meios para a obtenção desse fim. Sustenta o autor:

A violência na instauração do direito tem uma função dupla, no sentido de que a instauração do direito almeja como seu fim, usando a violência como meio, aquilo que é instaurado como direito, mas no momento da instauração não abdica da violência; mais do que isso, a instauração constituía a violência em violência instauradora do direito – num sentido rigoroso, isto é, de maneira imediata – porque estabelece não um fim livre e independente da violência [*Gewalt*], mas um fim necessário e intimamente vinculada a ela, e instaura enquanto direito sob o nome de poder [*Macht*]. A instauração do direito é instauração de poder e, enquanto tal, um ato de manifestação imediata da violência⁵⁰.

⁴⁶ Ibidem, p. 92.

⁴⁷ Ibidem, p. 84.

⁴⁸ Ibidem, p. 84.

⁴⁹ Ibidem, p. 84-85.

⁵⁰ Tivemos oportunidade de ler a tradução recente do trabalho de Benjamin que produziu impacto sobre Schmitt. Uma passagem dessa tradução foi anteriormente por nós destacada. BENJAMIN, Walter. Para uma crítica da

A grande marca dessa violência que foi abordada por Benjamin consiste no fato de que “ela não põe nem conserva o direito, mas o depõe e inaugura, assim, uma nova época histórica⁵¹”. Benjamin retoma o conceito schmittiano de decisão (*Entscheidung*), mas para realizar uma crítica. Apesar de admitir a decisão como uma categoria jurídica e metafísica, Benjamin afirma que, na realidade, trata-se de uma “peculiar e desmoralizante experiência da indecidibilidade última de todos os problemas jurídicos⁵²”.

Nesse contexto, a *Teologia política* de Schmitt pode ser lida como uma resposta à “Crítica da violência” de Benjamin, pois: “Enquanto a estratégia da ‘Crítica da violência’ visava a assegurar a existência de uma violência pura e anômica, para Schmitt tratava-se, ao contrário, de trazer tal violência para um contexto jurídico”, diz Agamben⁵³.

Assim, os dois textos estão explicitamente dialogando um com o outro. É justamente através do estado de exceção que Schmitt procura capturar a violência “pura” desenvolvida por Benjamin, e colocá-la dentro de um ordenamento jurídico, tentando, assim, invalidar os argumentos de uma violência que destitui o direito e possui uma existência fora do ordenamento jurídico. Schmitt buscou inserir a violência no aparato jurídico-político do Estado, tendo em vista demonstrar a impossibilidade da existência de uma violência “pura”, uma vez que no estado de exceção “ela [a violência] está incluída no direito por sua própria exclusão⁵⁴”.

Agamben reafirma a influência de Benjamin na formulação da teorização de Schmitt, ao longo das suas obras - a substituição da discussão sobre poder constituinte e poder constituído (em *A ditadura*, de 1921) pela teoria da decisão, em *Teologia política* de 1922 -⁵⁵. Nesse sentido, Agamben aponta que a existência de um deslocamento em Schmitt se dá por se tratar de um “contra-ataque” às teses da soberania e da exceção de Benjamin. Nesse sentido, expõe Agamben:

A distinção entre violência que funda o direito e violência que o conserva – que era alvo de Benjamin – corresponde de fato, literalmente, à oposição schmittiana; e é para neutralizar a nova figura de uma violência pura, que escapa à dialética entre poder

violência. In: BENJAMIN, Walter. **Escritos sobre mito e linguagem**. Trad. Susana Kampff Lages e Ernani Chaves. São Paulo: 34; Duas cidades, 2011, p. 148.

⁵¹ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**, ed. it. p. 85.

⁵² Benjamin *apud* Agamben, *ibidem*, p. 85.

⁵³ AGAMBEN, *ibidem*, p. 85.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 86.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 86.

constituente e poder constituído, que Schmitt elabora sua teoria da soberania. A violência soberana na *Politische Theologie* responde à violência pura do ensaio benjaminiano por meio da figura de um poder que não funda nem conserva o direito, mas o suspende. No mesmo sentido, é em resposta à ideia benjaminiana de uma indecidibilidade última de todos os problemas jurídicos que Schmitt afirma a soberania como lugar da decisão extrema. Que esse lugar não seja externo nem interno ao direito, que a soberania seja, desse ponto de vista, um *Grenzbegriff*, é a consequência necessária da tentativa schmittiana de neutralizar a violência pura e garantir a relação entre a anomia e o contexto jurídico⁵⁶.

Dessa forma, para Benjamin, o estado de exceção deve ficar fora do ordenamento jurídico, pois “o soberano não deve, decidindo sobre o estado de exceção, incluí-lo de modo algum na ordem jurídica; ao contrário, deve excluí-lo, deixá-lo fora dessa ordem.”⁵⁷ Com isso, Benjamin inicia uma tentativa de instaurar uma verdadeira teoria da “indecisão soberana”. Segundo Agamben, a nova criação de Benjamin revela, mais uma vez, o entrecruzamento entre as leituras de Schmitt e Benjamin, pois: “Se, para Schmitt, a decisão é o elo que une soberania e estado de exceção, Benjamin, de modo irônico, separa o poder soberano de seu exercício e mostra que o soberano barroco está, constitutivamente, na impossibilidade de decidir”⁵⁸.

Ainda, conforme Agamben, para Schmitt, o funcionamento de um ordenamento jurídico está baseado, em última instância, no dispositivo da exceção utilizado pelo soberano. Aqui Schmitt vê a exceção como um dispositivo que pode “tornar a norma aplicável suspendendo, provisoriamente, sua eficácia.”⁵⁹

A tese defendida por Schmitt almeja mostrar que o dispositivo da exceção deve funcionar como um marco a partir do qual será restaurada a ordem com o objetivo de restauração do Estado. Desse modo, Schmitt jamais poderia aceitar que o estado de exceção fosse estabelecido como uma regra, fato constatado por Benjamin e depois também resgatado em Agamben, como ele bem sinaliza:

⁵⁶ Ibidem, p. 86.

⁵⁷ Ibidem, p. 87.

⁵⁸ Ibidem, 87.

⁵⁹ Ibidem, p. 90-91.

A decisão soberana não está mais em condições de realizar a tarefa que a *Politische Theologie* lhe confiava: a regra, que coincide agora com aquilo de que vive, se devora a si mesma. Mas essa confusão entre a exceção e a regra era exatamente o que o Terceiro Reich havia realizado de modo concreto, e a obstinação com que Hitler se empenhou na organização de seu “Estado dual” sem promulgar uma nova constituição é a prova disso (nesse sentido, a tentativa de Schmitt de definir a nova relação material entre Führer e o povo no Reich nazista estava condenada ao fracasso).⁶⁰

Nesse sentido, Benjamin elabora um esforço para invalidar a tese schmittiana. Se soberano é aquele que tem o poder de decidir sobre a exceção, para que o soberano possa decidir, é necessariamente relevante que exceção e regra não se confundam. Dessa forma, a crítica de Benjamin consiste em afirmar que, quando exceção e regra se confundem – fato que constantemente ocorreu durante as duas grandes guerras mundiais, nos governos totalitários dos noventa e, como também chama atenção Agamben, vem ocorrendo nas democracias contemporâneas –, o soberano não pode decidir. E foi exatamente o que aconteceu na Alemanha de Schmitt e Benjamin. Segundo Agamben:

Tudo acontece como se o direito e o *logos* tivessem necessidade de uma zona anômica (ou alógica) de suspensão para poder fundar sua referência ao mundo da vida. O direito parece não poder existir senão através de uma captura da anomia, assim como a linguagem só pode existir através do aprisionamento do não linguístico. Em ambos os casos, o conflito parece incidir sobre um espaço vazio: anomia, *vacuum* jurídico de um lado e, de outro, ser puro, vazio de toda determinação e de todo predicado real. Para o direito, esse espaço vazio é o estado de exceção como dimensão constitutiva. A relação entre norma e realidade implica a suspensão da norma, assim como, na ontologia, a relação entre linguagem e mundo implica a suspensão da denotação sob a forma de uma *langue*. Mas o que é igualmente essencial para a ordem jurídica é que essa zona – onde se situa uma ação humana sem relação com a norma – coincide com uma figura extrema e espectral do direito,

⁶⁰ Ibidem, p. 91.

em que ele se divide em uma pura vigência sem aplicação (a forma de lei) e em uma aplicação sem vigência: a força de lei.⁶¹

Em suma, Agamben chega à conclusão de que o estado de exceção e a lógica soberana são categorias mais complexas do que foram discutidas por Benjamin e Schmitt, pois: “o que caracteriza propriamente a exceção é que aquilo que é excluído não está, por causa disto, absolutamente fora de relação com a norma; ao contrário, esta se mantém em relação com aquela na forma da suspensão.” [...] “O estado de exceção não é, portanto, o caos que precede a ordem, mas a situação que resulta da sua suspensão.”⁶²

FENÔMENO PARADOXAL DENTRO/FORA DA LEI

Outro ponto debatido por Giorgio Agamben é o paradoxo implícito desse fenômeno dentro/fora da lei peculiar ao estado de exceção que não se consegue facilmente compreender. Convém destacar esta explicação:

Se o que é próprio do estado de exceção é a suspensão (total ou parcial) do ordenamento jurídico, como poderá essa suspensão ser ainda compreendida na ordem legal? Como pode uma anomia ser inscrita na ordem jurídica? E se, ao contrário, o estado de exceção é apenas uma situação de fato e, enquanto tal, estranha ou contrária à lei; como é possível o ordenamento jurídico ter uma lacuna justamente quanto a uma situação crucial? E qual é o sentido dessa lacuna?⁶³

Na verdade, o estado de exceção não é nem exterior nem interior ao ordenamento jurídico, e o problema de sua definição diz respeito a um patamar, ou a uma zona de indiferença, em que dentro e fora não se excluem, mas se indeterminam. A suspensão da norma não significa sua abolição e a zona de anomia por ela instaurada não é (ou, pelo menos, não pretende ser) destituída de relação com a ordem jurídica.⁶⁴ Onde o interesse das teorias que, como a de Schmitt, transformam a oposição topográfica em uma relação topológica mais complexa, em que está em questão o próprio limite do ordenamento

⁶¹ Ibidem, p. 93.

⁶² AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer*, ed. Cit., 2007, p. 25.

⁶³ AGAMBEN, Giorgio, *Estado de exceção*, ed. Cit. 2004, p. 39.

⁶⁴ Ibidem, p. 39.

jurídico. Em todo caso, a compreensão do problema do estado de exceção pressupõe uma correta determinação de sua localização (ou de sua deslocalização). Agamben vai aprofundar a compreensão desse fenômeno, demonstrando que o conflito a respeito do estado de exceção apresenta-se essencialmente como uma disputa sobre o *locus* (lugar) que lhe cabe⁶⁵.

4.1. Uma lacuna fictícia no próprio ordenamento.

Na conclusão do primeiro capítulo, Agamben retoma a questão principal sobre o estado de exceção muito presente na contemporaneidade. As leis de plenos poderes que são promulgadas em diferentes países contradizem a hierarquia entre lei e regulamento, a base das constituições democráticas. Essas leis de plenos poderes delegam ao governo um poder legislativo que deveria ser competência exclusiva do parlamento ou da câmara.

Desse modo, o problema do estado de exceção se relaciona a um problema particularmente interessante na teoria jurídica, que é o das lacunas no direito. Desde o Código Napoleão ("o juiz que se recusar a julgar, sob a alegação de silêncio, sentido obscuro ou insuficiência da lei, poderá ser perseguido como culpado de denegação de justiça"), na maior parte dos sistemas jurídicos modernos o juiz tem obrigação de pronunciar um julgamento, mesmo diante de uma lacuna na lei. Em analogia ao princípio de que a lei pode ter lacunas, mas o direito não as admite, o estado de necessidade é então interpretado como uma lacuna no direito público, a qual o poder executivo é obrigado a suprir⁶⁶.

Assim, um princípio que diz respeito à competência do poder judiciário estende-se ao poder executivo. Questiona Agamben: "em que consiste a lacuna em questão? Será ela, realmente, algo como uma lacuna em sentido próprio?" Segundo ele, "não há uma carência no texto legislativo que deve ser reparada pelo juiz; refere-se, antes, a uma suspensão do ordenamento vigente para garantir-lhe a existência⁶⁷". O pensador italiano chega, então, a esta inferência:

Longe de responder a uma lacuna normativa, o estado de exceção apresenta-se como a abertura de uma lacuna fictícia no ordenamento, com o objetivo de salvaguardar a existência da norma e sua aplicabilidade à situação normal. A lacuna não é interna à lei, mas diz respeito à sua relação com a realidade, a possibilidade

⁶⁵ Ibidem, p. 39.

⁶⁶ Ibidem, p. 48.

⁶⁷ Ibidem, p. 48.

mesma de sua aplicação à situação normal. É como se o direito contivesse uma fratura essencial entre o estabelecimento da norma e sua aplicação e que, em caso extremo, só pudesse ser preenchida pelo estado de exceção, ou seja, criando-se uma área onde a aplicação do direito é suspensa, mas onde a lei, enquanto tal, permanece em vigor⁶⁸.

Por isso, a relação tênue e ambígua da política e do direito é o grande desafio para a teorização do estado de exceção na contemporaneidade.

4.2. Encaminhando algumas conclusões

Tentando enunciar no formato de teses os resultados de sua genealogia, Agamben nos propõe as seguintes conclusões:

(1) o estado de exceção não é “uma ditadura (constitucional ou inconstitucional, comissária ou soberana), mas um espaço vazio de direito, uma zona de anomia em que todas as determinações jurídicas – e, antes de tudo, a própria distinção entre público e privado - estão desativadas”.⁶⁹

(2) Dessa forma, não faz nenhum sentido pensar o estado de necessidade enquanto um “estado de direito”, mas antes como um “estado sem direito”, onde não há distinção entre esferas públicas e privadas, nem tampouco qualquer ação humana relacionada com a estrutura jurídica.⁷⁰

(3) Por outro lado, contudo, esse espaço vazio de direito parece ser, sob alguns aspectos, tão essencial à ordem jurídica que esta deve buscar, por todos os meios: “assegurar uma relação com ele, como se, para se fundar, ela deveria manter-se necessariamente em relação com uma anomia”.⁷¹

(4) E talvez de maneira mais esclarecedora, o filósofo italiano conclui que: “é a essa indefinibilidade e a esse não-lugar que responde a ideia de uma força de lei”.⁷² Por fim, Agamben remata: por força de lei tem em mente a força vigente da lei que não está propriamente unida à lei, mas que flutua sem aplicação e operação direta com o direito –

⁶⁸ Ibidem, p. 48-49.

⁶⁹ Ibidem, p. 78.

⁷⁰ Ibidem, p. 78.

⁷¹ Ibidem, p. 79.

⁷² Ibidem, p. 79.

que tenta incluir em si mesmo este elemento místico de asseguarção da lei.⁷³ Em síntese, trata-se de uma potência exterior à própria lei que lhe confere validade. Por essa razão, intitula “força de lei”, sendo que esta última aparece rasurada, uma vez que não se reconhece sua eficácia jurídica, mas tão-somente uma força externa que lhe dá validade⁷⁴.

O CÁRCERE ENQUANTO ESTADO DE EXCEÇÃO E EXTERIORIZAÇÃO DO HOMO SACER

O pensamento de Giorgio Agamben nos leva a compreender como as experiências políticas contemporâneas vêm contribuindo para a inclusão da violência no âmbito do Estado e na sua prática, sobretudo nos ambientes do sistema penitenciário.

O fato de o sistema prisional ficar sob a égide da barbárie traduz o que o aclamado filósofo italiano Giorgio Agamben denominou de *Estado de Exceção*, tais quais os exemplos dados por ele em sua obra. Tomemos o cenário da prisão estadunidense de Guantánamo, com base no USA Patriot Act, promulgado pelo Senado americano no dia 26 de outubro de 2001, que permite ao procurador geral requerer a prisão do estrangeiro suspeito de atividades que ponham em perigo a segurança nacional dos Estados Unidos. Há, ainda, o exemplo dado pela situação jurídica dos judeus nos Lager1 da Alemanha nazista de Hitler, numa faceta do chamado Direito Penal do Inimigo, como evidenciou Gunther Jakobs.

Uma das maiores contribuições de Agamben, no âmbito das reflexões sobre a violência, se encontra em sua análise da relação instaurada entre o poder soberano e o *Homo sacer*. Nessa relação o soberano transforma o *Homo sacer*, em um objeto de violência que excede tanto a esfera do direito quanto a do sacrifício, estabelecendo assim a condição violenta do Estado. O poder soberano decide sobre a vida nua, e para isso se utiliza de mecanismos que remetem ao biopoder e à biopolítica e suas crescentes implicações sobre a vida natural, utilizando estratégias de controle que tomam em consideração as formas de inclusão e exclusão de vida e morte. Nesse contexto, o poder soberano estabelece um paradoxo, no qual a suspensão da lei coloca o soberano fora da lei e acima de suas prescrições.

Dentro desse paradoxo enunciado o poder soberano se consagra como o que suspende a lei e decide sobre o estado de exceção. Antes, o estado de exceção referia-se a uma situação provisória de perigo factual. Agora, o estado de exceção confunde-se com

⁷³ Ibidem, p. 80.

⁷⁴ Ibidem, p. 61; 80.

a própria norma⁷⁵- de modo que norma e exceção se tornam indissociáveis - e constitui o paradigma de governo dominante na política ocidental contemporânea⁷⁶. Portanto, resta-se respaldada a tese de Walter Benjamin, segundo a qual: “A tradição dos oprimidos nos ensina que o estado de exceção em que vivemos é na verdade regra geral.”

Nesse sentido Agamben, ao analisar a estrutura da soberania no mundo atual e sua correlação com a condição violenta do Estado, resgatou a noção de estado de exceção, o qual definiu como um regime da lei em que a norma vale, mas não se aplica (porque não tem força); nesse mesmo estado, medidas que não possuem o valor de lei adquirem sua força. A força de lei flutua como um elemento indeterminado que pode ser reivindicado ora pela autoridade do Estado, ora pela autoridade de uma organização revolucionária.⁷⁷ O nosso século XXI tem feito da exceção (como foi, aliás, o século passado) uma prática normal de governo.

O estado de exceção não se configura em um ambiente ditatorial, mas em um espaço vazio de direitos. O poder soberano, no contexto de um estado de exceção, tem o arbítrio de conduzir a vida e a morte, produzindo zonas de indiferença, por confundir violência e direito, criando espaços de indistinção dentro do próprio Estado. Segundo Agamben, esses espaços dissolvem as determinações do direito, que ficam suspensas, promovendo uma anomia não pela ausência de lei e da regra.⁷⁸ Assim, acarreta a vida nua, que pode ser compreendida como uma vida restrita em relação à sua dimensão biológica e, sobretudo, é distinguida sua condição apolítica e destituída de quaisquer direitos⁷⁹.

Em suma, atento para um mundo onde todos correm o risco de ser tornar *Homo sacer*, sem excluir as contribuições de Michel Foucault, que sem dúvida se mostra presente nas entrelinhas do seu trabalho, Agamben faz uma complexa reflexão sobre o poder soberano que muito contribui para a compreensão filosófico-político do mundo atual. Além, disso o autor nos provoca a refletir acerca do sentido da vida, e nos convida a pensar sobre as implicações de uma existência política, e sobre a significação da cidadania, em um tempo no qual essa palavra parece se esvaziar de sentido.

Finalmente essa proposta desenvolvida por Giorgio Agamben na sua obra *Estado de exceção* deve ser interpretada no contexto do capitalismo neoliberal, em que se inicia

⁷⁵ BENJAMIN, Walter. Sobre o conceito de história. In: BENJAMIN, Walter. Obras Escolhidas. São Paulo: Brasiliense, 1985. p. 9-20.

⁷⁶ AGAMBEN, Giorgio. Estado de Exceção. *Homo Sacer* II, 1. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 12 e 13.

⁷⁷ AGAMBEN, Giorgio. Estado de Exceção. Ed. Cit. p. 61.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 39.

⁷⁹ AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer**: o poder soberano e vida nua I. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007, p. 15-16.

a construção de um processo de estigmatização, que serve para fundamentar a constituição da figura do inimigo público, como já dito, que dever ser combatido⁸⁰, os desvalidos, a quem é negada qualquer condição moral e humana, deixando de ser sujeito de direitos. Talvez tenha sido essa realidade que mereceu atenção de Löic Wacquant, quando ao se referir ao modelo de governo neoliberal, atribuiu a este a seguinte frase: “uma verdadeira ditadura sobre os pobres.”⁸¹

Conjuntura perversa em que as populações subalternas, tais como os pobres, negros, enfim, os vulneráveis são os principais alvos do sistema penal a acolher práticas de exceção, e a quem são igualmente excluídos os direitos fundamentais e, sobretudo, desconsiderado o princípio da dignidade humana, reconhecido como um pilar do Estado Democrático de Direito contemporâneo, a ser ainda aprimorado, mesmo nesses tempos sombrios.

Em suma, com base neste estudo de Giorgio Agamben, podemos concluir que a criminalização dos vulneráveis e excluídos, bem como a atual política criminal contemporânea de segurança pública, altamente questionável, adotada em nosso país, visa reduzir os presos à figura de *Homo sacer*, a quem se imputa também a precariedade da condição de vida nua, pois se percebe claramente que a realidade carcerária brasileira ao segregar a liberdade humana configura um quadro sistêmico de torturas e outras formas de maus-tratos, já que é a expressão da absoluta barbárie, destacando-se as prisões brasileiras, pela superlotação e condições aviltantes impostas aos detentos, na figura de *campo*⁸².

CONCLUSÃO

A partir dos argumentos apresentados no contexto do debate que constituiu este artigo, podemos destacar as contribuições teóricas do pensamento de Giorgio Agamben, para reflexão dos ambientes do sistema carcerário brasileiro e as violações dos princípios constitucionais; o que nos permite compreender que a exceção é o fundamento da regra.

O autor aponta a figura do campo como paradigma ontológico, no qual nos encontramos inseridos na contemporaneidade. Mais do que isso, o filósofo e jurista nos convida a examinar “a violência do direito”, demonstrando que a condição civilizatória ocidental se caracteriza pela centralidade do *Homo sacer*, o ser matável e insacrificável

⁸⁰ Cf. JAKOBS, Günther; MELLA, Manuel Camcio. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. Organização e tradução de André Luís Callegari e Nereu José Iacomoli. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 16.

⁸¹ WACQUANT, Löic. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 10.

⁸² AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer**: o poder soberano e vida nua I. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007. p.176-177.

administrado pelo poder soberano – o Estado, que se manifesta na razão político-jurídica e econômica. Apesar de a modernidade ter nos legados as Declarações de Direitos e legislações, que se propunham a salvaguardar a dignidade humana, não diferentemente de outros contextos históricos e civilizatórios, a vida humana foi banalizada.

O campo implica no “espaço que se abre quando o estado de exceção começa a se tornar-se a regra”⁸³ e diz respeito a um território fora do ordenamento jurídico normal – embora não corresponda a um espaço externo -, na qual a vida nua – excluída do ordenamento - é incluída no campo através de sua própria exclusão jurídica. Dessa forma, o campo é “a estrutura em que o estado de exceção, em cuja possível decisão se baseia o poder soberano, é realizado normalmente”⁸⁴. Portanto, há uma zona híbrida de direito e de fato, que torna impossível questionar a (i)legalidade do que acontece nesse espaço de exceção. Ao considerar que toda vida humana pode ser virtualmente capturada no espaço de exceção, o campo se apresenta como o paradigma biopolítico da modernidade.⁸⁵

Tais condições tornam o homem, que se encontra em situação de cárcere, um indivíduo sem valor social, desprovido de dignidade, direito ou imagem que possa refletir. Um homem insacrificável, em quem outro humano não pode tocar, ou resolver seu problema, pois ele agora é dever do Divino, ao seu gosto e deleite. Será julgado e terá seu destino decidido não pelo Direito dos homens, pois este não lhe cabe mais. Seus direitos estão suspensos no estado de exceção, mostrando claramente que ele é a exteriorização do *Homo sacer*.

Assim, ao observar o sistema carcerário brasileiro, constatamos a manifestação de um sistema do modo de ser e de operar, que torna condição paradigmática, revelando os corpos de encarcerados destituídos de valor ou humanidade. São vidas nuas à mercê da violência e da morte, que foram retirados do convívio social em nome da segurança, pelo poder de polícia do Estado, para garantir a segurança aos indivíduos e à população; entretanto, que legitima a sua existência em permanente estado de exceção.

Nesses ambientes se constata o que significa a expressão aniquilamento humano. Corpos amontoados em nome da ressocialização e, por serem considerados potenciais riscos à segurança da sociedade, são abandonados nos presídios e penitenciárias. Suas vidas estão desnudas, submetidas às ordens do soberano e se tornaram expressão da condição do *Homo sacer*, como analisado por Giorgio Agamben, figuras insacrificáveis e matáveis que expressam a condição da vida nua a ser administrada em sua morte.

⁸³Ibidem.

⁸⁴ Ibidem.

⁸⁵ AGAMBEN, Giorgio. *¿Qué es um Campo? Artefacto. Pensamientos sobre la técnica*. Buenos Aires, nº. 2, março 1998. p. 6.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer**: o poder soberano e a vida nua I. Tradução de Henrique Burigo. 2. reimpr. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.

AGAMBEN, Giorgio. **¿Qué es um Campo? Artefacto. Pensamientos sobre la técnica**. Buenos Aires, nº. 2, março 1998.

BENJAMIN, Walter. Para uma crítica da violência. In: BENJAMIN, Walter. **Escritos sobre mito e linguagem**. Tradução de Susana Kampff Lages e Ernani Chaves. São Paulo: 34; Duas cidades, 2011.

BENJAMIN, Walter. Sobre o conceito de história. In: BENJAMIN, Walter. **Obras Escolhidas**. São Paulo: Brasiliense, 1985.

JAKOBS, Günther; MELLA, Manuel Camcio. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. Organização e tradução de André Luís Callegari e Nereu José Iacomolli. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SCHMITT, Carl. **Teologia política**. Tradução Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006.

SCHMITT, Carl. **A crise da democracia parlamentar**. Tradução de Inês Lobbauer. São Paulo: Scritta, 1996.

SCHMITT, Carl. **La dictadura**. Tradução de José Díaz García. Revista de Occidente Bárbara de Braganza. Madrid, 12, 1968.

WACQUANT, Löic. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

Índice Geral

ADEMIR KLEBER MORBECK DE OLIVEIRA

Tutela inibitória como instrumento para a solução de conflitos ambientais

V. 5, N. 1, 2019

ADMARA FALANTE SCHNEIDER

O Dano moral nas relações contratuais sob o enfoque da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

V. 1, N. 1, 2015

ALCIDES DA FONSECA NETO

O cancelamento do verbete sumular nº 75, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

V. 4, N. 2, 2019

ALESSANDRO LEWANDOWSKI

Tutela inibitória como instrumento para a solução de conflitos ambientais

V. 5, N. 1, 2019

ALEXANDRE ANTÔNIO FRANCO FREITAS CÂMARA

Dimensão processual do princípio do devido processo constitucional

V. 2, N. 2, 2017

Novo CPC permite provimento de recurso sem prévia oitiva do recorrido.

V. 1, N. 2, 2016

ALEXANDRE FLEXA

A contagem de prazos nos Juizados Especiais Cíveis Estaduais e a (não) solução trazida pela Lei nº 13.728/2015

V. 4, N. 1, 2018

ALINE MARIA GOMES MASSONI DA COSTA

As alterações promovidas pela Lei nº 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência) na teoria das incapacidades e seus consectários

V. 2, N. 1, 2016

ÁLVARO PESSOA

Para descomplicar ritos e rotinas na Justiça Estadual

V. 1, N. 1, 2015

ANDERSON DE PAIVA GABRIEL

Os Códigos de Processo Penal/1941 e Processo Civil/ 2015: Uma quimera à Luz de um Manifesto Antropofágico

V. 2, N. 2, 2017

Questão topográfica à luz da Jurisprudência dos Tribunais Superiores e a dosimetria do crime de roubo

V. 3, N. 2, 2018

ANDRÉ LUIS NICOLITT

A competência em razão da violência baseada no gênero

V. 1, N. 1, 2015

ANDRÉ LUIZ MALUF

Quinto Constitucional e o requisito de idade para ingresso nos Tribunais de Justiça - Uma releitura sistêmica e unitária

V. 5, N. 1, 2019

ANNA ELIZA DUARTE DIAB JORGE

Cobertura obrigatória pelas operadoras de planos de saúde para medicamentos de uso domiciliar

V. 5, N. 2, 2021

ANTONIO AURÉLIO ABI-RAMIA DUARTE

O desafio de uniformizar a jurisprudência e o papel do código de processo civil de 2015 ¿ novos desafios

V. 1, N. 1, 2015

Os Juizados Especiais Estaduais e o IRDR.

V. 1, N. 2, 2016

ANTONIO CARLOS ESTEVES TORRES

O Cedes e o idoso

V. 1, N. 1, 2015

Meios alternativos

V. 1, N. 1, 2015

Dez anos de LRF.

V. 1, N. 2, 2016

O Julgador solopsista e a resistência do Poder Judiciário.

V. 2, N. 1, 2016

Panos ao alto

V. 2, N. 1, 2016

Encontro sobre Direito Imobiliário – Itaipava (RJ)

V. 2, N. 1, 2016

Curso de Mediação. Impressões

V. 2, N. 1, 2016

As contradições do capitalismo: R > G

V. 2, N. 2, 2017

Mediação e conhecimento específico

V. 3, N. 1, 2017

Considerado culpado eleitoral

V. 3, N. 2, 2018

Prefácios – Considerações a propósito da obra “Estudos de casos de perícia”

V. 5, N. 2, 2021

Direito e atualização

V. 2, N. 1, 2016

ARNO WEHLING

A salvaguarda de uma biblioteca histórico-jurídica

V. 3, N. 1, 2017

ÁUREA PIMENTEL PEREIRA

O poder político do juiz na aplicação da lei - O legal e o justo e a visão da consequencialidade. Ativismo judicial

V. 5, N. 1, 2019

AURY LOPES JR.

Lei 13.491/2017 fez muito mais do que retirar os Militares do Tribunal do Júri

V. 3, N. 2, 2018

AYLTON CARDOSO VASCONCELLOS

Exame analítico das informações estatísticas da Justiça Criminal de primeiro grau de jurisdição do Estado do Rio de Janeiro

V. 2, N. 1, 2016

Possibilidade de os agentes da área de Segurança Pública abaterem quem porta fuzil ou armamento de uso exclusivo das Forças Armadas em comunidades dominadas por Organizações Criminosas

V. 4, N. 1, 2018

BRUNO VINÍCIUS DA RÓS BODART

Notas sobre o Princípio da Motivação e a Uniformização da Jurisprudência no Novo Código de Processo Civil à Luz da Análise Econômica do Direito

V. 2, N. 2, 2017

Ensaio sobre a prova pericial no Código de Processo Civil de 2015.

V. 1, N. 2, 2016

CAETANO ERNESTO DA FONSECA COSTA

Direito à moradia: o que falta ao Judiciário incorporar!

V. 3, N. 1, 2017

A ética da conduta dos magistrados segundo os princípios de Bangalore

V. 5, N. 1, 2019

A Liberdade de manifestação e o Estado Democrático de Direito - Um agir respeitoso, responsável e acima de tudo solidário

V. 5, N. 2, 2021

CAMILA CASALI

A opção de comparecimento das partes em audiências de conciliações e mediações em ações de família

V. 5, N. 1, 2019

CARLOS EDUARDO DA FONSECA PASSOS

Novos institutos do CPC de 2015 e as atribuições do Órgão Especial

V. 1, N. 1, 2015

Os novos mecanismos da uniformização da jurisprudência do TJ-RJ.

V. 1, N. 2, 2016

Breves considerações de ordem prática sobre o agravo de instrumento e o agravo interno no CPC de 2015.

V. 1, N. 2, 2016

CLAUDIO DE MELLO TAVARES

Proteger os direitos das crianças é dever não só do Estado, mas da família e da sociedade

V. 4, N. 2, 2019

DANIEL SERRA LIMA

30 Anos da Constituição - Sistema Tributário Nacional e a necessária reforma na tributação sobre o consumo

V. 5, N. 1, 2019

DANIEL VIANNA VARGAS

Da tutela antecipada antecedente no novo CPC. Breves considerações.

V. 1, N. 2, 2016

DANIELA BARBOSA ASSUMPCÃO DE SOUZA

As audiências de custódia e o impacto nas varas criminais

V. 2, N. 2, 2017

DAVID TOLOMEOTTI

Notas críticas sobre o federalismo cooperativo e o regime jurídico ambiental brasileiro

V. 3, N. 1, 2017

DÉCIO ALONSO GOMES

O conceito de crimes militares e seus reflexos processuais: do “universo particular” dos crimes militares próprios e impróprios ao “juízo universal” da Auditoria de Justiça Militar

V. 3, N. 2, 2018

DÉCIO NASCIMENTO GUIMARÃES

Direito à educação: inclusão das pessoas com deficiência

V. 4, N. 1, 2018

DOUGLAS CRISTIAN FERRARI DE MELO

Direito à educação: inclusão das pessoas com deficiência

V. 4, N. 1, 2018

EDUARDO MANEIRA

30 anos da Constituição - Sistema Tributário Nacional e a necessária reforma na tributação sobre o consumo

V. 5, N. 1, 2019

EDUARDO PEREZ OLIVEIRA

A reparação na sentença penal condenatória: o conceito amplo de ofendido e da extensão dos danos

V. 3, N. 2, 2018

ERIC SCAPIM CUNHA BRANDÃO

As alterações promovidas pela Lei nº 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência) na teoria das incapacidades e seus consectários

V. 2, N. 1, 2016

FERNANDO CESAR FERREIRA VIANA

Prazo prescricional da pretensão de cobrança de sobreestadia de contêiner

V. 1, N. 1, 2015

Superendividamento na visão do juiz de competência empresarial.

V. 1, N. 2, 2016

A Biblioteca Marcello Caetano

V. 3, N. 1, 2017

FERNANDO LÚCIO ESTEVES DE MAGALHÃES

A análise econômica do crime na seara ambiental

V. 3, N. 2, 2018

FRANCISCO GOMES DA COSTA

Marcello Caetano

V. 3, N. 1, 2017

GISELLE MARQUES DE ARAUJO

Tutela inibitória como instrumento para a solução de conflitos ambientais

V. 5, N. 1, 2019

HELOISA CARPENA

Questões atuais sobre as ações coletivas de consumo.

V. 1, N. 2, 2016

ISABELA LOBÃO DOS SANTOS

A uniformização jurisprudencial como instrumento de legitimação das decisões

V. 1, N. 1, 2015

ISABELLA BANDEIRA DE MELLO DA FONSECA COSTA

A insolvência transnacional no Brasil

V. 4, N. 1, 2018

JAIME LEITÃO

Valor da herança

V. 3, N. 1, 2017

JANAINA PEREIRA POMPOSELLI

Medidas protetivas concedidas pelo Delegado de Polícia ou outros policiais – AMB – ADIN nº 6138

V. 4, N. 2, 2019

JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR

Juiz e jornalista: discutindo a relação

V. 1, N. 1, 2015

Reformas constitucionais e legais elevam a eficiência da gestão pública e o seu compromisso com o desenvolvimento?

V. 4, N. 2, 2019

Tensões dos agentes judiciais no controle da corrupção e a ética no estado democrático de direito

V. 5, N. 1, 2019

Direitos Humanos e realidade jurídica

V. 5, N. 2, 2021

JOANA CARDIA JARDIM CÔRTEZ

A uniformização jurisprudencial como instrumento de legitimação das decisões

V. 1, N. 1, 2015

O dano moral nas relações contratuais sob o enfoque da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

V. 1, N. 1, 2015

JOÃO LUIZ FERRAZ DE OLIVEIRA LIMA

A intimação pessoal por meio eletrônico

V. 5, N. 1, 2019

JOÃO MARCOS DE CASTELLO BRANCO FANTINATO

A inversão do ônus da prova e o Termo de Ocorrência de Irregularidade (TOI)

V. 5, N. 2, 2021

JOSÉ MUIÑOS PIÑEIRO FILHO

A necessidade de redução do conteúdo normativo da tipificação das modalidades do lenocínio: O Estado como invasor da privacidade de homens e mulheres capazes. Afronta à dignidade humana garantida constitucionalmente

V. 5, N. 1, 2019

KÁTIA RUBINSTEIN TAVARES

O direito penal no Estado democrático de direito

V. 4, N. 2, 2019

Refletindo sobre o sistema penal a partir da perspectiva do Estado de exceção em Giorgio Agambem

V. 5, N. 2, 2021

LEDIR DIAS DE ARAÚJO

O Dano moral nas relações contratuais sob o enfoque da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

V. 1, N. 1, 2015

LEISE RODRIGUES DE LIMA ESPÍRITO SANTO

A opção de comparecimento das partes em audiências de conciliações e mediações em ações de família

V. 5, N. 1, 2019

A estabilidade da tutela provisória satisfativa de urgência.

V. 1, N. 2, 2016

LEONARDO DE CASTRO GOMES

O Dano moral nas relações contratuais sob o enfoque da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

V. 1, N. 1, 2015

Projeto para monitoramento e solução de demandas análogas multitudinárias

V. 1, N. 1, 2015

O Novo CPC e o sujeito que não sabia jogar xadrez.

V. 1, N. 2, 2016

A democracia brasileira vai morrer? A valorização das carreiras jurídicas de Estado como estratégia eficaz contra o autoritarismo

V. 4, N. 1, 2018

“Vida longa e próspera” ao enunciado 75 da súmula do TJRJ

V. 4, N. 2, 2019

Juros Moratórios Legais (artigo 406 do Código Civil). Taxa Selic x CTN, artigo 161, § 1º, segunda parte. Uma abordagem a partir dos Temas Repetitivos 30 (Súmula STJ 379), 74, 75, 99, 112, 113, 176 e 359 do STJ e Enunciado nº 95, do TJRJ

V. 5, N. 2, 2021

LEVINDO RAMOS VIEIRA NETO

Violência e liberdade no mundo digital

V. 4, N. 1, 2018

LUCIANA FIALA DE SIQUEIRA CARVALHO

A Lei nº 13.827/2019 e seus reflexos na sistemática da Lei Maria da Penha

V. 4, N. 2, 2019

LUIZ ALBERTO CARVALHO ALVES

Parâmetros para a nomeação do administrador judicial e fixação dos seus honorários na recuperação judicial

V. 1, N. 1, 2015

LUIZ FUX

Cortes constitucionais e democracia - O Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988

V. 5, N. 1, 2019

Notas sobre o Princípio da Motivação e a Uniformização da Jurisprudência no Novo Código de Processo Civil à Luz da Análise Econômica do Direito

V. 2, N. 2, 2017

LUIZ ROBERTO AYOUB

O deferimento do processamento da recuperação judicial

V. 1, N. 1, 2015

Feitos concursais. Fala isolada dos credores nos próprios autos. Tumulto processual que se pretende evitar, organizando o processo com a observância de procedimento nela inscrito. Celeridade e, por isso efetividade da prestação jurisdicional

V. 1, N. 1, 2015

Recuperação judicial e trava bancária.

V. 1, N. 2, 2016

O impacto da Lei Anticorrupção na recuperação judicial de empresas

V. 2, N. 1, 2016

MARCELLO DE SÁ BAPTISTA

Breves considerações acerca dos conflitos de interesse derivados da saída temporária de estabelecimento prisional.

V. 1, N. 2, 2016

MARCELO MARTINS EVARISTO DA SILVA

Contraditório amplo e cooperativo no processo penal

V. 2, N. 2, 2017

MARCELO REBELO DE SOUSA

Mensagem do Presidente da República Portuguesa

V. 3, N. 1, 2017

MÁRCIO DOS SANTOS BARROS

A aplicabilidade Ampliada da Promoção do Desenvolvimento Nacional Sustentável nas Licitações Públicas

V. 3, N. 1, 2017

MARCO COUTO

Devido processo legal X due process of law (transação penal X plea bargaining)

V. 2, N. 2, 2017

MARCOS AUGUSTO RAMOS PEIXOTO

Quando o MP pede absolvição e o juiz condena

V. 4, N. 2, 2019

MARCUS WAGNER DE SEIXAS

Quinto Constitucional e o requisito de idade para ingresso nos Tribunais de Justiça - Uma releitura sistêmica e unitária

V. 5, N. 1, 2019

MARIA CRISTINA DE BRITO LIMA

A extinção das obrigações do falido pela satisfação parcial do crédito e o princípio constitucional da segurança jurídica.

V. 1, N. 2, 2016

MARIA DA PENHA NOBRE MAURO

Participação do Ministério Público no processo de recuperação judicial.

V. 1, N. 2, 2016

MARIA DANIELLA BINATO DE CASTRO

Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos - suspensão condicional da pena - Lei Maria da Penha - princípios da razoabilidade e proporcionalidade

V. 1, N. 1, 2015

MARIA EDUARDA DE OLIVEIRA BRASIL

Os Juizados Especiais Estaduais e o IRDR.

V. 1, N. 2, 2016

O desafio de uniformizar a jurisprudência e o papel do código de processo civil de 2015 e novos desafios

V. 1, N. 1, 2015

MAURO NICOLAU JUNIOR

Primeiras impressões dos juízes cíveis a respeito do Novo CPC.

V. 1, N. 2, 2016

MELHIM CHALHUB

Jurisprudência consolidada na Súmula 543 do STJ necessita de revisão.

V. 1, N. 2, 2016

MURILO KIELING

A inconciabilidade dos danos morais nas hipóteses de mero aborrecimento

V. 4, N. 2, 2019

NAGIB SLAIBI FILHO

O Estatuto do usuário do serviço público

V. 4, N. 1, 2018

A Constituição e a gratuidade da justiça no CPC de 2015

V. 2, N. 2, 2017

A aplicação do direito no Código de Processo Civil de 2015

V. 5, N. 1, 2019

PAULO CESAR VIEIRA DE CARVALHO FILHO

Considerações sobre a Resolução 217, de 16 de fevereiro de 2016, do Conselho Nacional de Justiça

V. 3, N. 2, 2018

PEDRO RABELLO MARIÚ

O conceito de crimes militares e seus reflexos processuais: do “universo Particular” dos crimes militares próprios e impróprios ao “juízo Universal” da Auditoria de Justiça Militar

V. 3, N. 2, 2018

REIS FRIEDE

A Lei nº 13.491/17 e as alterações promovidas no âmbito do direito penal militar e processual penal militar

V. 4, N. 2, 2019

RENATA GUARINO MARTINS

A uniformização jurisprudencial como instrumento de legitimação das decisões

V. 1, N. 1, 2015

RICARDO DE BRITO

Marcello Caetano: uma trajetória

V. 3, N. 1, 2017

RICARDO HENRIQUE CARVALHO SALGADO

Violência e liberdade no mundo digital

V. 4, N. 1, 2018

ROBERTA BARROUIN CARVALHO DE SOUZA

A execução do acordo de não persecução penal (ANPP) e suas controvérsias - A questão das competências dos juízos (VEP ou juízo de origem)

V. 5, N. 2, 2021

ROSÂNGELA M. A. ZAGAGLIA

As várias faces da Proteção Integral

V. 3, N. 2, 2018

ROSEMARY MATIAS

Tutela inibitória como instrumento para a solução de conflitos ambientais

V. 5, N. 1, 2019

SÉRGIO SEABRA VARELLA

Questões acerca dos contratos firmados entre os consumidores e as Instituições Financeiras, sob a ótica jurisprudencial do STJ e do TJERJ

V. 2, N. 1, 2016

Reajuste das mensalidades dos Planos de Saúde à luz da Jurisprudência

V. 2, N. 1, 2016

Questões acerca do Direito Imobiliário à Luz do CDC

V. 2, N. 1, 2016

Responsabilidade Civil dos Provedores de Pesquisa e das Redes Sociais, e Direito ao Esquecimento à Luz da Jurisprudência

V. 2, N. 2, 2017

THIAGO BALDANI GOMES DE FILIPPO

War on drugs e algumas das irracionalidades do art. 33 da Lei nº 11.343/2006

V. 5, N. 2, 2021

THIAGO BOTTINO

Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na “Operação Lava Jato”

V. 4, N. 2, 2019

WERSON FRANCO PEREIRA RÊGO

Protagonismo Judicial, Segurança Jurídica e Reflexos nas Relações de Consumo: Novos Desafios

V. 2, N. 2, 2017