

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 425

(ano VII)

(24/08/2015)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2015

Conselho Editorial

COORDENADOR GERAL (DF/GO) -
VALDINEI CORDEIRO COIMBRA:
*Fundador do Conteúdo Jurídico. Mestre em
Direito Penal Internacional.*

Coordenador do Direito Internacional
(AM/DF): **SERGIMAR MARTINS DE
ARAÚJO** - Advogado com mais de 10 anos
de experiência. Especialista em Direito
Processual Civil Internacional. Professor
universitário

Coordenador de Dir. Administrativo:
**FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA
MAFRA FILHO** (MT): Doutor em Direito
Administrativo pela UFMG.

Coordenador de Direito Tributário e
Financeiro - **KIYOSHI HARADA** (SP):
Advogado em São Paulo (SP). Especialista
em Direito Tributário e em Direito Financeiro
pela FADUSP.

Coordenador de Direito Penal - **RODRIGO
LARIZZATTI** (DF): Doutor em Ciências
Jurídicas e Sociais pela Universidad del
Museo Social Argentino - UMSA.

País: *Brasil*. Cidade: *Brasília* – DF.
Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLONISTA DO DIA



24/08/2015 Denis Caramigo

» [Feminicídio: Breves considerações acerca do novo tipo penal estabelecido pela Lei 13.104 de 9 de março de 2015](#)

ARTIGOS

24/08/2015 Mariana Carolina Cruz de Santana

» [A importância da responsabilização civil das empresas na busca pela proteção ao meio ambiente](#)

24/08/2015 Ismael de Córdova

» [O papel do advogado na gestão do SUAS: um estudo a partir do acesso aos direitos socioassistenciais](#)

24/08/2015 Adriano Resende de Vasconcelos

» [Direitos do preso e do executado: breves esclarecimentos](#)

24/08/2015 Sérgio Henrique da Silva Pereira

» [Código do consumidor aplicado nos cursos profissionalizante](#)

24/08/2015 Laura Maria Machado Costa

» [A cautelaridade das medidas protetivas da Lei nº. 11.340/06](#)

24/08/2015 Américo Ribeiro Filho

» [Tributação do crédito de carbono e o modelo do "Cap And Trade"](#)

FEMINICÍDIO: BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DO NOVO TIPO PENAL ESTABELECIDO PELA LEI 13.104 DE 9 DE MARÇO DE 2015

DENIS CARAMIGO: Advogado;

Com o advento da Lei 13.104 de 9 de março de 2015, o art. 121, § 2º do Código Penal passou a ter o inciso VI que trata do **Feminicídio**:

Art. 121. Matar alguém:

Homicídio qualificado

§ 2º Se o homicídio é cometido:

Feminicídio [\(Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015\)](#)

VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino: [\(Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015\)](#)

Pena - reclusão, de doze a trinta anos.

E o que é o **Feminicídio**? É o homicídio doloso (consumado ou tentado) qualificado praticado contra a mulher por razões da condição do sexo feminino.

Para que possamos entender bem o que o novo dispositivo tem a dizer temos que, antes de qualquer coisa, atentar para o que o legislador quis estabelecer com “razões da condição do sexo feminino”.

O art. 121, § 2º-A, do Código Penal estabelece duas situações de “condição do sexo feminino”. Vamos a elas:

§ 2º-A Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve: [\(Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015\)](#)

I - violência doméstica e familiar; [\(Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015\)](#)

II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher. (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)

Para a aplicação desta nova lei, quando o legislador fala em violência doméstica e familiar, temos que buscar a explicação no art. 5º da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06).

Sendo assim, a Lei Maria da Penha em seu art. 5º, incisos I, II e III estabelece que:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: (Vide Lei complementar nº 150, de 2015)

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

Pois bem, dessa forma podemos concluir que se o agente ativo comete um homicídio consumado ou tentado na forma dolosa (quando tem a vontade e consciência de produzir o resultado) contra a mulher em uma das situações previstas nos incisos acima, incorre no crime de **Feminicídio**.

A grosso modo podemos afirmar, então, que de acordo com o inciso I do dispositivo, o **Feminicídio** ocorre por “relações de proximidade”.

Muito importante ressaltar que não é só o homem que pode ser o sujeito ativo do crime, aqui estudado, pois a mulher também pode cometer um **Feminicídio** se incorrer nas hipóteses dos incisos I e II do art, 121, VI, § 2-A.

Sendo assim, o **Feminicídio** pode ser cometido pelo marido, ex-marido, esposa, ex-esposa, companheiro(a), ex-companheiro(a), pai, mãe, sogro(a), enteado(a), irmão(a) (inclusive a (o) de criação), namorado(a), ex-namorado(a)...

E a condição do transexual, como fica? Basicamente, há dois entendimentos:

a) não há **Feminicídio** contra transexual, pois é geneticamente homem (conceito biológico); b) adota-se o “conceito jurídico”, pois, se a Justiça autorizou a modificação do documento, pode ser vítima de **Feminicídio**.

Ainda que pese inúmeras discussões acerca do tema, prevalece o segundo entendimento na corrente majoritária.

Já o inciso II trata do menosprezo ou discriminação à condição da mulher. Aqui o **Feminicídio** ocorre com a morte (ou sua tentativa) da mulher por ela ser mulher.

Trata-se de um atentado contra a vida da mulher causada por, supostamente, possuir uma condição inferior; por pertencer ao gênero feminino.

É a colocar em prática a teoria da famosa (e nefasta) frase: “só podia ser mulher mesmo”.

Então temos que tomar cuidado quando ouvirmos por aí que matar mulher é **Feminicídio**. Nem sempre.

Por exemplo, se há a morte de uma mulher, ainda que por um homem, numa briga originada de um desentendimento no trânsito, temos um crime de homicídio qualificado por motivo fútil (artigo 121, § 2º, II, CP) e não o **Feminicídio**, previsto no artigo 121, § 2º, VI, CP. Ou seja, não é todo homicídio de mulher que configura um **Feminicídio**, mas apenas aqueles em que se revele a chamada “violência de gênero”.

Muito importante esclarecer que os requisitos dos inciso I e II do § 2º-A são alternativos e não cumulativos, ou seja, basta a incidência de um deles no caso concreto para que o crime seja tipificado.

Um ponto que merece atenção e também deve ser observado neste crime, são as causas de aumento de pena que nele incidem. Vejamos o § 7º do art. 121 do Código Penal:

§ 7º A pena do feminicídio é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado: [Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015](#)

I - durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto; [\(Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015\)](#)

II - contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos ou com deficiência; [\(Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015\)](#)

III - na presença de descendente ou de ascendente da vítima. [\(Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015\)](#)

O dispositivo é bem esclarecedor em sua redação e não demanda maiores explicações para seu entendimento.

Incontestável que o novo tipo penal criado é mais uma forma de combate à violência contra a mulher, inclusive tendo sido incluído no rol dos crimes hediondos (Lei 8.072/90), porém, enquanto precisarmos criar mais leis para o autocontrole coletivo, estaremos reconhecendo que ainda não estamos prontos para uma evolução social e humana, pois de nada adiantará alterar a legislação se o ser humano permanecer o mesmo.

A IMPORTÂNCIA DA RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DAS EMPRESAS NA BUSCA PELA PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE

MARIANA CAROLINA CRUZ DE SANTANA:
Bacharelanda em direito pela Faculdade Ages.

RESUMO: A constitucionalização do Direito Ambiental foi um importante passo para a sociedade, pois, além de possibilitar a criação de políticas voltadas à proteção dessa estrutura, também colaborou para a conscientização das pessoas em relação ao seu aproveitamento. Entretanto, tal meio, ainda sofre com as intervenções violentas das grandes empresas, fato que culminou com a criação de penalidades mais rígidas, as quais objetivam uma utilização mais consciente e menos destrutiva do meio ambiente.

Palavras-chave: Meio Ambiente; responsabilidade civil; empresas; sociedade; Estado.

1 INTRODUÇÃO

Atualmente os assuntos relacionados ao meio ambiente vêm tomando grandes proporções em todo o mundo, isso ocorre porque a má utilização de seus recursos começou a gerar uma série de consequências prejudiciais. Há séculos a civilização humana explora de forma desenfreada os recursos naturais do nosso planeta e, durante muito tempo, tal exploração manteve-se contínua e destrutiva, buscando fundamento, principalmente, no desenvolvimento econômico.

Diante disso, a busca por alternativas eficazes de controle à exploração do meio ambiente fez com que surgisse uma série de normas voltadas a esse fim. Nessa perspectiva, o Direito Ambiental, elevado à

categoria de direito fundamental a partir da Constituição Federal de 1998, busca regular importantes temas relacionados ao meio ambiente, tais como, sua proteção, seus recursos, suas áreas de conservação, além de disciplinar algumas sanções aplicáveis nos casos de exploração indevida desse bem.

Nesse sentido, a normatização de sanções às empresas também funciona como importante arma para inibir os abusos por elas cometidos contra o meio ambiente, tendo em vista que a exploração econômica é, certamente, o fator principal de desequilíbrio dessa estrutura.

O direito ao meio ambiente é uma garantia constitucional e deve ser protegida visando, principalmente, o bem-estar e o desenvolvimento da sociedade, pois, é a partir dos recursos naturais que ela nos oferece que o ser humano extrai a matéria prima de que necessita para sua sobrevivência. E, sendo uma riqueza tão importante e imprescindível, deve ser tutelada por normas eficazes e hábeis a oferecer toda a segurança e proteção de que precisa para que continue existindo no planeta.

2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO AMBIENTAL

A Constituição Brasileira de 1998 foi a primeira a tratar o direito ao meio ambiente como uma garantia constitucional, dando, pois, maior proteção e expressão a essa matéria, tanto no âmbito constitucional, quanto no âmbito infraconstitucional.

As Constituições anteriores nada de específico traziam a respeito do direito ambiental, foi, na verdade, com a Constituição vigente que tal direito alcançou sua mais alta manifestação. Sobre o tema, José Afonso da Silva, é claro ao mencionar, que “A Constituição de 1988 foi, portanto, a primeira a tratar deliberadamente da questão ambiental. Pode-se dizer que ela é uma

Constituição eminentemente ambientalista. Assumiu o tratamento da matéria em termos amplos e modernos (2010, p. 46)”.

Cabe salientar, ainda, o conteúdo do artigo 225, da Constituição Federal, o qual ao enunciar que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”, passou a considerá-lo um bem coletivo e necessário ao desenvolvimento e ao bem-estar dos indivíduos, fato que, indubitavelmente, o coloca como um direito fundamental da pessoa humana.

A constitucionalização do Direito Ambiental, não só colaborou para que o meio ambiente obtivesse uma nova colocação no âmbito normativo, ela também permitiu a equiparação e o equilíbrio desse direito frente a diversos outros, os quais muitas vezes acabavam mitigando as questões ambientais em nome de interesses particulares. Sobre essa questão, inclusive, José Afonso da Silva, manifesta-se de forma precisa, ao informar que “A concepção privatista do direito de propriedade constituía forte barreira à atuação do Poder Público na proteção do meio ambiente, que necessariamente haveria e haverá de importar em limitar aquele direito e a iniciativa privada” (2010, p. 35).

Sem dúvida alguma, a constitucionalização do direito ao meio ambiente exerce um papel fundamental na proteção da natureza, bem como de seus recursos, o que marca não só a atual sistemática normativa, mas inaugura uma nova etapa da história onde o meio ambiente e suas riquezas naturais assumiram um papel de destaque no cenário social, político e econômico.

3 CONCEITO JURÍDICO DE MEIO AMBIENTE

A construção do conceito de meio ambiente para o direito não é uma tarefa fácil, visto ser esse tema estudado em outras áreas específicas, apresentando, por isso, em cada uma delas, características próprias.

Ao se analisar o conceito de meio ambiente de forma ampla, busca-se integralizar essa estrutura com todos os aspectos que ela se relaciona dentro de uma sociedade, por isso, ele não pode ser construídos de maneira isolada, mas sim sob um exame geral. Nesse contexto, Paulo de Bessa Antunes afirma que: “Toda e qualquer discussão jurídica que seja travada acerca do meio ambiente deve levá-lo em consideração como totalidade, isto é, considerando tanto os fatores ditos *naturais* como, principalmente, os *culturais* (2007, p. 64/65).

Levando em consideração essa análise, o art. 3º, I da Lei 6.938/81, conceitua o meio ambiente como sendo “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”. Tal conceito se mostra demasiadamente limitado, colocando, pois, o homem como centro dessa conceituação, e deixando de lado a verdadeira base desse conteúdo, qual seja, o meio ambiente.

Nessa perspectiva, Carolina Bahia, ensina que:

(...) “a multidimensionalidade e a extensão planetária da questão ambiental impõem, sobremaneira, o tratamento transdisciplinar de todos os fenômenos que envolvem a relação homem-natureza e justifica a opção por um conceito globalizante de meio ambiente” (2006, p. 115).

Posto isso, torna-se clara a insatisfação trazida pela limitação do conceito jurídico de meio ambiente, o qual ao limitar tal conteúdo acaba restringindo diversas características importantes desse meio que também devem ser tutelados, pois como já mencionado, o direito ao meio ambiente está interligado a uma série de aspectos da vida humana e que são plenamente necessários ao seu bom desenvolvimento e equilíbrio.

4 DEFICIÊNCIA DO ESTADO NA APLICAÇÃO DO DIREITO AMBIENTAL

O Estado deve garantir a aplicação de suas leis a fim de proporcionar o bem-estar da sociedade bem como de sua organização, até porque, em um Estado Democrático de Direito, promover a eficácia de suas normas e o cumprimento de cada uma delas é, sem dúvida nenhuma, um passo necessário à promoção do respeito e da credibilidade das normas por ele criadas.

A atuação do Estado é imprescindível ao desenvolvimento da sociedade e ao bem-estar de todos que nela convivem. Nessa perspectiva, à luz do princípio do utilitarismo, Sandel nos ensina que “ao determinar as leis ou diretrizes a serem seguidas, um governo deve fazer o possível para maximizar a felicidade da comunidade em geral” (2014, p. 48), e um dos meios capazes de ensejar tal satisfação é, também, a validação de suas leis a partir de uma aplicação séria e efetiva.

Entretanto nem sempre o Estado consegue assumir seus poderes de forma a garantir a eficácia de suas normas. No campo do Direito Ambiental essa realidade é bastante evidente, visto que, é notória a discrepância entre a realidade normativa e a realidade fática, bem como em relação aos meios de proteção à natureza, assegurados nas normas legais, as quais ainda

encontram barreiras que impedem sua plena efetividade, conforme nos afirma Carolina Bahia,

(...) a irresponsabilidade organizada também é caracterizada pelo descompasso existente entre a gravidade dos riscos gerados recentemente pela industrialização e as alternativas oferecidas pelos sistemas jurídico e político para superação destes obstáculos (2006, p. 125).

Sob esse prisma resta claro que há uma série de deficiências no país impedindo a eficácia das normas ambientais vigentes, sendo, pois, tais problemas, resultantes de questões sociais, políticas e econômicas, o que demonstra a pluralidade de desafios que o Estado deve enfrentar para conseguir preservar o meio ambiente.

5 DIREITO AO MEIO AMBIENTE X DIREITO À LIVRE INICIATIVA ECONÔMICA

É cediço que o desenvolvimento econômico é um dos principais fatores de destruição do meio ambiente, visto que, as atividades desempenhadas para promover tal desenvolvimento têm como recursos básicos a matéria prima encontrada na natureza. Além disso, algumas atividades acabam contribuindo para a poluição, bem como com o desgaste das riquezas nele encontradas, havendo, portanto, uma crise entre ambos os direitos.

A constituição Federal prevê em seu art. 170, *caput*, da Constituição Federal, o direito à livre iniciativa econômica, sendo ele, a possibilidade de desenvolvimento de atividades e trabalhos que acabam impulsionando desenvolvimento do país. Ocorre que para o meio ambiente o avanço

econômico representa um problema para sua integridade, pois as atividades econômicas acabam gerando prejuízos irreversíveis para essa estrutura, fato que acaba configurando um conflito entre normas constitucionais. Nessa perspectiva, nos ensina Carolina Bahia, que:

Há colisão ou conflito de direitos fundamentais, em duas circunstâncias: quando um direito fundamental, em seu exercício, colide com o exercício do mesmo ou de outro direito fundamental pertencente a outro titular; ou quando o conflito dá entre o direito fundamental e a defesa ou proteção de bens da coletividade e do Estado, tutelados constitucionalmente (2006, p. 43).

No caso em análise verifica-se um conflito de direitos fundamentais, na qual o exercício de um implica prejuízos ao exercício do outro. Nessa perspectiva, deve-se tomar por base, além da análise do caso concreto, o princípio da proporcionalidade, o qual, através de critérios como adequação, necessidade e utilidade, ajuda a encontrar a melhor solução quando há um conflito de normas fundamentais, como nos ensina Altoé:

(...) “as colisões entre direitos fundamentais serão resolvidas pela precedência de um deles, com base na regra da proporcionalidade – que, como máxima, não se opõe a nenhum outro princípio – em suas três regras parciais: idoneidade (adequação), necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (ponderação)” (2009, p. 108).

Tanto o direito ao meio ambiente, quanto o direito à livre iniciativa são direitos expressos na Constituição Brasileira e que servem de base para desenvolvimento do país. Entretanto, nem sempre ambos estão em parceria, haja vista, o fato do exercício de um implicar prejuízos ao exercício do outro, pensando nisso, é que se deve buscar, através de um juízo de adequação e utilidade, a melhor maneira de solucionar os possíveis conflitos oriundos dessa relação, a fim de proporcionar, antes de tudo, o bem estar da coletividade.

6 RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DAS EMPRESAS COMO FORMA DE PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE

Buscando dar maior efetividade às normas de proteção ao meio ambiente, o Estado tem criado mecanismos de punição para todos aqueles que causem danos à natureza. Nessa perspectiva, a responsabilização civil das pessoas jurídicas, passou a integrar esse meio de punição criado pelo Estado, a fim de reduzir a atuação criminosa dessas estruturas que tanto prejudicam os recursos naturais do país.

A responsabilização civil é uma forma de punição às ações danosas realizadas contra o meio ambiente, sendo imposta, principalmente, a partir da comprovação do dano, conforme nos aponta Paulo de Bessa, (...) “observa-se que a concepção até aqui predominante em nossos Tribunais é a de que os danos ambientais devem ser atuais e concretos. Ou seja, a atuação judicial é fundamentadamente posterior ao dano causado” (2007, p. 233). Sendo tal posicionamento uma incoerência no que se refere à proteção do meio ambiente, principalmente, quando confrontado com alguns princípios do meio ambiente, tais como, princípio da prevenção e o princípio da precaução.

Ainda assim, a possibilidade de reparação civil deixa de ocupar um lugar de destaque na atual sistemática do direito ambiental, sendo a responsabilização civil das pessoas jurídicas, uma importante estratégia de punição às atividades lesivas ao meio ambiente, nessa perspectiva, deve-se mencionar o artigo 225, § 3º, da Constituição Federal, o qual claramente enuncia essa possibilidade, ao prever que: “As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar o dano”.

Ademais, adotando uma postura ainda mais severa, ao direito ambiental é aplicada a responsabilização civil objetiva, utilizada para punir os agentes causadores de danos ao meio ambiente, sendo prevista no artigo 14, § 1º, da Lei 6.938/81, a qual considera que esses indivíduos devem ser punidos independentemente da existência de culpa, sendo, pois, mais uma inovação necessária à proteção dos natureza. Sob esse entendimento, Rubens Morato, manifesta-se, ao argumentar que:

(...) não há como negar que a responsabilidade objetiva, devidamente implementada, estimula que o potencial agente degradador venha a estruturar-se e adquirir equipamentos que visam a evitar ou reduzir as emissões nocivas, considerando que o custo destes é menor que o custo da indenização (2010, p. 131/132).

Faz-se oportuno mencionar, ainda, que a responsabilização objetiva baseia-se na Teoria do Risco Integral, a qual estabelece que “a mera

existência do risco gerado pela atividade, intrínseco ou não a ela, deverá conduzir à responsabilização” (MARCHESAN, 2010, p. 193).

Sob esse prisma, aquele que exerce uma atividade potencialmente poluidora ou que implique risco à natureza, deve sim, assumir a responsabilidade pelos danos oriundos das atividades, por ele, exercidas.

Outro avanço importante dado pelo artigo 225, § 3º é a possibilidade de punição no âmbito criminal e administrativo, dos indivíduos que a partir de condutas e atividades lesarem o meio ambiente, pois, além de inovar nos cuidados referentes a essa estrutura, também possibilitou maiores garantias de proteção, fato que notoriamente vem trazendo importantes resultados.

Com base nas discussões acima relatadas, é importante salientar que os mecanismos de punição criados para combater a exploração do meio ambiente, seja em relação às empresas, seja em relação aos indivíduos, devem ser cada vez mais orientados a combater qualquer tipo de exploração e má utilização dos recursos naturais, visando, principalmente, a manutenção dessa estrutura tão necessária e imprescindível ao desenvolvimento e continuação das gerações. Nessa perspectiva, é possível exigir das autoridades e dos próprios legisladores atitudes ainda mais rigorosas em relação a todos aqueles que ao atuarem de maneira insubordinada, gerem prejuízos ao meio ambiente.

7 CONCLUSÃO

O Estado ainda enfrenta inúmeros desafios no que tange à proteção ao Meio Ambiente, principalmente, em relação ao combate às ações danosas realizadas pelas empresas, as quais, na busca pelo lucro e pelo desenvolvimento de suas atividades, destroem o meio ambiente sem se importar com as consequências de suas condutas.

Pensando nisso, deve-se exigir do Estado uma intervenção ainda mais atuante no combate à exploração do meio ambiente, sendo uma dessas possíveis intervenções, a criação de normas ainda mais severas, bem como a criação de órgãos de fiscalização específicos, os quais devem zelar pela efetiva aplicação da lei. Ademais, o Estado deve pensar na elaboração de políticas de conscientização ainda mais eficientes, além de acompanhar de perto o desenvolvimento de cada uma delas.

A responsabilização civil das empresas como uma ferramenta de controle à exploração do meio ambiente criada pelo Estado ainda não é capaz de oferecer sozinha toda proteção necessária ao meio ambiente, nem tampouco inibir a atuação criminosa de algumas empresas em relação a ela, mas é, com certeza, um importante começo na luta pela proteção dos recursos naturais.

REFERÊNCIAS

ALTOÉ, Marcelo Martins. Direito versus dever tributário: colisão de direitos fundamentais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito Ambiental. 10^a ed. – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

BAHIA, Carolina Medeiros. Princípio da proporcionalidade nas manifestações culturais e na proteção da fauna. Curitiba: Juruá, 2006.

LEITE, José Rubens Morato. Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial. 3^a ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro; CAPELLI, Sílvia. Direito Ambiental. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.

SANDEL, Michael J. . Justiça – o que é fazer a coisa certa. 13ª ed. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

SILVA, José Afonso da. Direito ambiental constitucional. 8ª ed. – São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

O PAPEL DO ADVOGADO NA GESTÃO DO SUAS: UM ESTUDO A PARTIR DO ACESSO AOS DIREITOS SOCIOASSISTENCIAIS

ISMAEL DE CÓRDOVA: Bacharel em Direito - Unesc/2010. Pós graduando em gestão empresarial e gestão de Pessoas Fucap/2012. Conselheiro de Direitos da Criança e Adolescente de Criciúma/SC - 2012. Coordenador de Projetos - Prefeitura Municipal de Criciúma/SC - 2012. Coordenador do Diagnóstico da realidade da criança e adolescente do município de Criciúma/SC - 2012.

RESUMO: A pretensão deste trabalho é analisar a Política Pública de Assistência Social, como serviço público especificamente na Proteção Especial de Média Complexidade, por meio do Centro de Referência Especializada de Assistência Social – CREAS e o papel do advogado no Sistema Único de Assistência Social, para que possa atuar como agente de acesso aos direitos sociais, executando os serviços socioassistenciais na gestão e nos equipamentos socioassistenciais, conforme preconiza a Política Nacional de Assistência Social – PNAS.

1 INTRODUÇÃO

É notória a incorporação da Assistência Social no tripé da seguridade social, em conjunto com a saúde e previdência social, estabelecidas na Constituição Federal (CF) de 1988 (BRASIL, 1988), desencadeando a Lei Orgânica de Assistência Social - LOAS/1993 (BRASIL, 1993) e sucessivamente outros marcos normativos. O Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS), por meio da Norma Operacional Básica – Sistema Único de Assistência Social (NOB/SUAS) e a Norma Operacional Básica de Recursos Humanos NOB-RH/SUAS, procura fomentar novas discussões sobre a gestão do trabalho e principalmente dos trabalhadores que compõem as equipes técnicas.

A Política de Assistência Social, na perspectiva do Sistema Único de Assistência Social (SUAS), baseia-se na garantia de direitos sociais, defesa da justiça social e de comprometimento profissional, na qualidade dos serviços prestados a usuários, sendo que para alcançar estes ideais é fundamental ter um corpo técnico funcional e específico na gestão do SUAS, além de qualificado, para que haja o rompimento com a histórica subalternidade.

Neste viés, ressalta-se então a necessidade de discutir o papel do advogado na gestão do SUAS, em destaque o papel do advogado na Proteção Social Especial de média complexidade no Centro Especializado de Assistência Social – CREAS.

Busca-se no presente projeto identificar a importância da atuação do advogado na Gestão do SUAS como um dos técnicos que podem garantir o acesso aos direitos socioassistenciais, além de identificar qual a demanda de atuação do advogado na estrutura da gestão do SUAS.

Dispõe o artigo 3º da Resolução Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS), nº 17 de 20 de junho de 2011: “São categorias profissionais de nível superior que, preferencialmente, poderão compor a gestão SUAS: (...) Advogado (...)” sendo exigido no art. 4º o diploma do curso devidamente credenciado pelo Ministério da Educação e o registro profissional no respectivo Conselho.

No entanto, existem muitos desafios na temática que envolve os trabalhadores no SUAS para a concretização da política de assistência social. Entre eles o desafio das Secretarias Municipais de Assistência Social de inserir o advogado na Gestão do SUAS para auxiliar no acesso a direitos socioassistenciais de forma indireta, pois este profissional, atuando de

maneira interdisciplinar com assistentes sociais e psicólogos, proporciona uma qualificação nos serviços oferecidos pelo órgão gestor da assistência.

Para que isso se concretize é necessária a qualificação e perfil adequado do advogado, para exercer a função de advogado social. Para ultrapassar esta barreira faz-se necessária a inclusão nas universidades e faculdades de direito a matéria obrigatória sobre o Sistema Único de Assistência Social, pois raramente existe o foco de estudo nesta área, o que dificulta a inserção do advogado nas equipes de gestão.

2. DIREITO E ASSISTÊNCIA SOCIAL

A Assistência Social é uma política pública que foi debatida por muito tempo pelos profissionais da Psicologia e do Serviço Social. Nos últimos anos os operadores do direito foram se inserindo lentamente no debate.

Esta política tem a sua formação, como já foi explanado na Constituição Federal de 1988, e seu aprimoramento por meio das Conferências Municipais, Estaduais e Nacional, que trazem as propostas de melhoria desta política pública para o debate em todas as esferas da sociedade.

Vista muitas vezes com o caráter “assistencialista”, ou “política pública para os pobres”, a assistência social não despertava interesse dos operadores do direito, o que é de se espantar, considerando que essa política visa à garantia de direitos, mas não é discutida no mundo acadêmico. Leis como Maria da Penha, Estatuto do Idoso, Estatuto da Criança e adolescente, Lei Orgânica da Assistência Social, Política Nacional de Integração da Pessoa com Deficiência, dentre outras, na maioria das vezes, passam

despercebidas ou são pouco comentadas nos anos percorridos pela graduação.

O direito, que antes era visto como um “favor” está cada vez mais se solidificando como direito fundamental implementado no cotidiano das famílias brasileiras e amparado pela legislação, muito embora haja um distanciamento entre o direito previsto e o implementado no cotidiano.

O direito social está sempre em um processo de avanço, permeados pelas discussões: “se o Direito Social é norma de eficácia plena contida ou restrita e se têm aplicabilidade imediata”, como observa Coutinho (2014, p. 49) em sua análise do papel do direito e do jurista na assistência social. O autor ainda defende a negligência entre as normas constitucionais e as políticas públicas:

[...] Existe outra parte, na qual os constitucionalistas – e aí faço a primeira provocação – em geral, negligenciam ou não mostram muito interesse, que é a relação entre princípios e normas constitucionais e as políticas públicas. Porque, afinal de contas, sem políticas públicas bem implantadas, não há eficácia qualquer do direito social. De modo que, a Constituição não passa de uma bela declaração de boa vontade (COUTINHO, 2014, p. 49).

Destarte, que mesmo havendo em nossa Constituição um capítulo específico sobre direito social, não havia o interesse dos

operadores do direito em avançar na discussão das políticas públicas de assistência social, o que começa a ocorrer somente em 1993, com Lei Orgânica da Assistência Social e continua percorrendo o seu caminho até hoje em dia, agora com a inserção dos operadores também na discussão.

Sob essa ótica nasce o Direito Social no âmbito da assistência social, que poderá ser exercido pelo advogado social, assim como existe o psicólogo social.

O advogado social irá atuar para defender a garantia dos direitos dos usuários da política de Assistência Social, seja na Proteção Básica ou na Proteção Especial, visando otimizar os custos e benefícios desta política, realizando com os encaminhamentos e acompanhamento as demais políticas públicas.

Coutinho (2014) define direito social como o debate cheio de dilema sobre a justiça distributiva de maneira pública e transparente, considerando os arranjos institucionais e as políticas públicas, sempre considerando os custos e benefícios da política.

Ainda segundo Coutinho (2014), o Direito Social tem como função os encaminhamentos para a rede intersetorial e rede socioassistencial de atendimento, em uma das ferramentas de acesso, devendo estas redes conversarem entre si para que possam ter a eficiência e eficácia no serviço público prestado ao cidadão/usuário.

A ligação entre os serviços socioassistenciais e o direito administrativo são muito fortes, uma vez considerado um direito fundamental. Justen Filho conceitua:

Direito fundamental consiste em um conjunto de normas jurídicas, previstas primariamente na Constituição e destinadas a assegurar

a dignidade humana em suas diversas manifestações, de que derivam posições jurídicas para os sujeitos privados e estatais. (JUSTEN FILHO, 2014, p. 175).

O Direito Social busca, por meio das normas norteadoras, a garantia de dignidade humana, determinando os direitos e obrigações do Estado nas esferas municipais, estaduais e Federal, bem como do próprio usuário da Política de Assistência Social.

Portanto, o autor trata muito bem a concepção de direitos fundamentais sociais, trazendo as responsabilidades da comunidade, entidades públicas e entidades privadas, com a finalidade de reduzir as desigualdades. A Constituição, em seu artigo 3º, I, remete a uma sociedade solidária, porém, é algo muito abstrato, que irá se concretizar com a política pública de assistência social, que se utiliza dos programas, projetos, serviços e benefícios assistenciais, como exemplo o Programa Bolsa Família do governo federal.

No Art. 3º, III, da Constituição Federal de 1988, a eliminação da pobreza e a redução das desigualdades são preconizadas, a fim de realizar a integração de categorias econômicas, e esta depende de uma convivência harmônica no território onde a comunidade/usuário da assistência social está inseridos, que geralmente é de vulnerabilidade e risco social.

Garantia de acesso aos direitos é outra ferramenta que é instrumentalizada pela legislação pertinente ao Sistema Único de Assistência Social – SUAS.

3. POLÍTICA PÚBLICA DE ASSISTÊNCIA SOCIAL

A noção de políticas públicas se estabelece ao longo do trajeto histórico e cultural até chegar ao modelo que conhecemos hoje, onde o

sistema capitalista influencia diretamente a relação entre mercado e o Estado e ainda a maneira que os indivíduos se organizam na sociedade em que vivem.

Nota-se que na segunda metade do século XX surge o neoliberalismo, que determina a conglobação de capital. Segundo Branco (2005, p. 21), “caracteriza-se por defender a liberdade individual [...], o individualismo, a propriedade privada absoluta e incondicional e uma estrutura política na qual o predomina um Estado Mínimo”.

Portanto, é este molde de Estado que estabelece as regras de renda e a acessibilidade dos indivíduos aos bens de consumo, ao direito à habitação, educação, à alimentação, assistência social e saúde.

A sociedade busca uma transformação, mas precisa de agentes que sejam os facilitadores desta alteração com o intuito de quebrar antigos paradigmas e trazer novas ideias para a administração pública para assegurar o acesso à política pública de assistência social como um direito social de interesse coletivo.

Com a Constituição de 1988, institui-se oficialmente o sistema de seguridade social brasileira. A seguridade constitui-se pelo tripé: saúde, previdência e assistência social.

No que se refere à Política de Assistência Social, foco deste estudo, no Art. 203 da Constituição Federal, a assistência social é prestada a quem dela precisar, independente da contribuição, esse preceito obriga o Estado a garantir a todos os cidadãos o direito à proteção social.

Em 1993, a Lei Orgânica da Assistência Social - LOAS – nº 8.742 foi aprovada. A assistência social inicia seu trânsito para um campo novo: o campo dos direitos, da universalização dos acessos e da

responsabilidade estatal, conforme estabelecido pela Constituição Federal. Portanto, buscando romper com a lógica do atendimento da assistência social na perspectiva assistencialista, paternalista e caridosa, prestada em especial pela igreja e pelas primeiras-damas.

Foi instituída em 1998, a Política Nacional de Assistência Social – PNAS – com o intuito de organizar o sistema descentralizado e participativo. No entanto, pode-se observar que ainda assim, o perfil da Assistência Social apresentava aspectos de desarticulação, fragmentação e focalização das ações socioassistenciais.

No caso brasileiro, onde se registra um acúmulo histórico de desigualdade social, a inclusão social implica na organização de políticas públicas por meio da oferta de serviços universalizantes e de redistribuição de renda e, no caso específico da Assistência Social, ações que promovam a igualdade, a acolhida, o convívio e o rendimento das famílias em situação de vulnerabilidade social.

A política pública de Assistência Social realiza-se de forma integrada às políticas setoriais, considerando as desigualdades socioterritoriais.

A intersetorialidade deve expressar a articulação entre as políticas públicas, por meio de ações conjuntas destinadas à proteção social básica e especial e ao enfrentamento das desigualdades sociais identificadas nas distintas áreas (COUTO, 2010, p. 39).

Nota-se que essa articulação entre as políticas públicas deve garantir várias ações podem ser planejadas em conjunto para que atendam

as necessidades dos usuários da Política Pública de Assistência Social, que não deixam de estar inseridos nas demais políticas, pois quem utiliza a assistência social, utilizam-se também da educação, saúde, cultura, esporte e lazer. A Política Nacional de Assistência Social estabelece quem são as pessoas que podem ser atendidas:

Constituem o público usuário da Política de Assistência Social cidadãos e grupos que se encontram em situações de vulnerabilidade e riscos, tais como: famílias e indivíduos com perda ou fragilidade de vínculos de afetividade, pertencimento e sociabilidade; ciclos de vida; identidades estigmatizadas em termos étnicos, culturais e sexuais; desvantagem pessoal resultante de deficiências; exclusão pela pobreza e/ou, no acesso às demais políticas públicas; uso de substâncias psicoativas; diferentes formas de violência advinda do núcleo familiar, grupos e indivíduos; inserção precária ou não inserção no mercado de trabalho formal e informal; estratégias e alternativas diferenciadas de sobrevivência que podem representar risco pessoal e social. (BRASIL, 2004, p. 33).

A abrangência de atendimento não leva em consideração apenas os indivíduos que possuem renda baixa, mas toda e qualquer pessoa que esteja em situação de risco social e/ou violação de direitos, independentemente de sua classe social, grupo étnico e gênero. Em resumo, a Política Pública de Assistência Social está à disposição de quem dela

precisar, sem a necessidade de nenhum tipo de contribuição. Para atender este escopo, houve a necessidade de vários avanços a fim de garantir o acesso.

O Sistema Único de Assistência Social (SUAS), cujo modelo de gestão é descentralizado e participativo, constitui-se na regulação e organização em todo território nacional dos serviços, programas, projetos e benefícios socioassistenciais, de caráter continuado ou eventual, executados e providos por pessoas jurídicas de direito público, sob critério universal e lógica de ação em rede hierarquizada, e em articulação com iniciativas da sociedade civil.

O SUAS permite especialmente, a articulação de serviços, programas, projetos e benefícios socioassistenciais, a universalização de acessos territorializados e a hierarquização de serviços por níveis de complexidade e porte de municípios, com repactuação de responsabilidades entre os entes federados (BATTINI, 2007, p. 61).

A partir da articulação entre serviços, programas, projetos e benefícios, destacamos que os benefícios socioassistenciais ofertados na política de assistência social deverão, necessariamente, estar integrados/articulados ao atendimento/acompanhamento das famílias nos serviços, programas e projetos. Não é possível a continuidade da concessão de benefícios eventuais às famílias, na lógica do SUAS, sem a articulação com os serviços.

A implantação da PNAS e do SUAS tem liberado, em todo o território nacional, forças políticas que, não

sem resistência, disputam a direção social da assistência social na perspectiva da justiça e dos direitos que ela deve consagrar, a partir das profundas alterações que propõe nas referências conceituais, na estrutura organizativa e na lógica de gestão de controle das ações na área (COUTO, 2010, p. 38).

Além disso, o SUAS define e organiza os elementos essenciais e imprescindíveis à execução da política pública de assistência social, possibilitando a normatização dos padrões nos serviços. Esses padrões nos serviços, programas e projetos possibilitam a qualidade no atendimento na Política de Assistência Social e a participação do usuário.

Nesta perspectiva, as estratégias e procedimentos técnicos adotados requisitam processos de politização geral e modalidades interventivas consistentes [...], com impacto político-pedagógico nos projetos de vida que, em detrimento do reforço e controle das identidades subalternizadas socialmente, ativem [...] potencialidades na realidade cotidiana que favorecer patamares superiores de saberes e práticas com protagonismo popular. (BATTINI, 2007, p. 160).

O SUAS foi organizado em proteção social básica e proteção social especial de média e alta complexidade. A proteção social básica com foco na prevenção e trabalho social com famílias. A proteção social especial de média complexidade atende as famílias com violação de direitos, já a proteção social especial de alta complexidade atende as famílias, quando do rompimento do vínculo familiar.

3.1 GESTÃO DEMOCRÁTICA DO SUAS

A gestão do SUAS possui como elementos democratizadores os indicadores de avaliação, como por exemplo, o registro mensal de atendimento, censo SUAS, aplicados pelo monitoramento e avaliação, que muitas vezes não são eficazes no sentido de apresentar um panorama fidedigno da realidade e com toda esta estrutura existe a necessidade também da verificação de sua eficiência e eficácia, ou seja, até que ponto está de fato havendo uma modificação nas vidas dos usuários, quais são os instrumentos utilizados na gestão democrática e como os profissionais desta organização (SUAS - Sistema Único de Assistência Social) atuam de forma a garantir o acesso a direitos aos usuários?

Segundo Nogueira (2011, p. 199) as organizações estão em constante mudança e muitas vezes não conseguem atingir o objetivo de agregar os integrantes de forma digna e produtiva, causando assim o “sofrimento organizacional”.

Estarão as organizações hoje, neste mundo que não cessa de se reconfigurar, sendo capazes de vincular seus integrantes, de dar a eles um direcionamento consistente e uma vida profissional minimamente digna e produtiva, preenchendo ao mesmo tempo os requisitos básicos para cumprir alguma função social merecedora de registro? (NOGUEIRA, 2011, p. 199).

O sofrimento organizacional, segundo Nogueira (2011), ocorre quando as coisas não funcionam da forma que deveriam e não existe força para modificar, a incerteza e a insegurança são fatores que bloqueiam a

criatividade, tornando as rotinas dos profissionais improdutivas; nada mais é que um círculo vicioso organizacional.

O “sofrimento organizacional” não é mais que um subproduto do mal-estar geral em que se parece viver. Não anuncia a morte nem o caos inevitável, mas convulsiona a vida cotidiana, as consciências individuais e as culturas organizacionais. Para ser enfrentado de modo positivo, requer assimilação de novos hábitos e procedimentos, uma conversão nos termos mesmos da vida organizada, uma recuperação de certas tradições perdidas e, antes de tudo, a produção em série de recursos humanos inteligentes. (NOGUEIRA, 2011, p. 200).

O sofrimento organizacional está relacionado à cultura complexa das organizações e não necessariamente a organizações mal estruturadas, mas sim pelo fato da não interação do aparato administrativo com os profissionais que atuam na organização, que conseqüentemente mergulham em um mal-estar coletivo, com a sensação de que nada funciona e que não há nada a fazer, logo deixando de garantir o acesso aos direitos dos usuários que busca na organização (SUAS) um meio de acessar a política pública de assistência social.

Como exemplo de sofrimento organizacional, pode-se citar a insuficiência de investimentos compartilhados; manutenção de vínculos precarizados, baixos salários, demandas territoriais ampliadas devido à falta de planejamento, o que gera uma superexploração; práticas gerenciais burocráticas, falta de estrutura física para execução dos serviços, a

inexistência de mesa de negociações, a falta de condições institucionais para a garantia de direitos no atendimento aos usuários, dentre outros.

Diante deste contexto, cabe fomentar a discussão sobre a realidade dos advogados e sua atuação no SUAS, sobre as determinações dos processos de precarização das condições de trabalho e as estratégias necessárias para a ampliação da gestão democrática, identificando as dificuldades de inserção do advogado na Proteção Social Especial, especificamente no Centro de Referência Especializada de Assistência Social – CREAS, para que seja sujeito garantidor de acesso aos direitos assistências pelos usuários da política pública de assistência social.

3.2 ORGANIZAÇÃO DOS SERVIÇOS SOCIOASSISTENCIAIS

Cabe ressaltar que a Assistência Social é originalmente uma prestação de serviços públicos, o que se revela imprescindível para a consolidação dos direitos socioassistenciais à luz da ordem jurídica. Outro não é o entendimento sustentado no estudo sobre serviços públicos no Brasil, realizado pelo Prof. Augusto Neves Dal Pozzo (POZZO, 2012, p. 42):

[...] todos os serviços públicos que se prestam a tornar efetivos os direitos sociais ganham importância transcendente. Com efeito, à medida que os direitos sociais são alçados à condição de direitos fundamentais, cria-se paralelamente, para o Estado, o dever de concretizá-los, por meio da prestação dos serviços públicos de educação, de saúde, de previdência, de lazer, entre outros.

Como serviço público não pode haver interrupções, ou seja, deve ser ofertado de forma continuada para garantia de seu acesso, considerando o princípio da continuidade, onde o gestor público/administração não tem a prerrogativa de optar na oferta ou não de determinado serviço, deverá cumprir a lei e garantir que a população tenha à sua disposição os serviços organizados pela Política Pública de Assistência Social.

O princípio da continuidade estabelece que a prestação dos serviços públicos deve ser contínua e que a continuidade consiste em estímulo ao Poder Público para que persiga o aperfeiçoamento e a extensão dos serviços.

Neste particular, o princípio da continuidade dos serviços públicos deve ser observado em conjunto com o princípio da eficiência. Além disso, esse princípio veda a interrupção dos serviços públicos, o que causaria verdadeiro colapso em diversas atividades particulares; no entanto, o princípio da continuidade não é absoluto, submetendo-se a determinadas exceções, a saber: o inadimplemento do usuário na hipótese de serviço público singular remunerado por tarifa; a interrupção dos serviços em hipóteses de necessidade de reparos e obras; e o direito de greve dos servidores públicos; que revelam controvérsia na doutrina e na jurisprudência brasileira.

Especificamente sobre os serviços na política de assistência social, a definição feita pela Lei. 8.742/1993 Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS (BRASIL, 1993) que estabelece a divisão de ações da assistência social em Gestão dos serviços e Proteção Social:

3.2.1 A gestão dos serviços

Considerando que o SUAS é um sistema público não contributivo, descentralizado e participativo é de atribuição da Secretaria Municipal de Assistência Social, assim como os demais entes federados (União, Estados e DF), a responsabilidade de implementar, regular, cofinanciar e ofertar serviços, programas, projetos e benefícios de assistência social em todo o território nacional, como dever do estado e direito dos usuários dos serviços.

3.2.2 Proteção Social Básica – PSB

Dedicada a prevenir riscos sociais e pessoais, fomentar o desenvolvimento de potencialidade e aquisições, visa ainda fortalecer vínculos familiares e comunitários, ofertando os programas, projetos, serviços e benefícios aos usuários dos serviços e suas famílias, quando se encontram em situação de vulnerabilidade social. Estas ações têm como foco a matricialidade familiar e a territorialidade e são ofertados nos equipamentos sociais denominados CRAS – Centro de Referência de Assistência Social, por meio do Serviço de Proteção Integral à Família (PAIF).

3.2.3 Proteção Social Especial – PSE

Tem como propósito o atendimento a famílias e/ou usuários que estejam em situação de risco, tendo seus direitos violados por meio de episódios de maus-tratos, abandono, abuso sexual, uso e abuso de drogas, violências, dentre outras situações.

A PSE subdivide em PSE de média complexidade e de alta complexidade. De média complexidade possui o equipamento que oferta os serviços, o CREAS, por meio do Serviço de Proteção e Atendimento Especializado a Famílias e Indivíduos (PAEFI).

PSE de alta complexidade consiste no Serviço de Acolhimento Institucional, ofertado nos abrigos Institucionais, casas-lar, casa de passagem, residências inclusivas e repúblicas. Cada Proteção Social tem os seus respectivos serviços, que estão definidos pela Resolução nº 109 de 11 de novembro de 2009, a Tipificação nacional dos Serviços Socioassistenciais (BRASIL, 2009). Este documento é de suma importância uma vez que delimita as ações de assistência social.

3.3 O PAPEL DO ADVOGADO NO CREAS

Antes de debater sobre o papel do advogado nos Centros de Referências Especializados de Assistência Social, cabe entender a função social do Advogado. Como o advogado é indispensável para administração da justiça, pode-se declarar que é o responsável pela manutenção do organismo social, pois promove a prestação jurisdicional, realizando a interpretação do ordenamento jurídico da sociedade brasileira.

Porto (2008) refere-se ao advogado como: “instrumento social de convivência comunitária” e “médico do organismo social”, expressões estas que traduzem a grande responsabilidade do advogado dentro da sociedade, pois, com seu vasto conhecimento técnico consegue difundir as leis na vida dos indivíduos.

O autor ainda afirma que os sistemas jurídicos, após a Revolução Francesa, tiveram como prerrogativas defender os interesses individuais, deste modo, cabe ao advogado proteger a sociedade civil, principalmente com a decadência do liberalismo em face do Estado do Bem Estar Social (*Well Fare State*) essa proteção amplia-se a classes, grupos sociais e profissões; nasce aí a tutela dos direitos difusos ou coletivos.

Na esteira do triunfo e de uma luta eterna pela garantia dos direitos, sempre considerando os princípios e garantias constitucionais, o Sistema Único de Assistência Social – SUAS, reconhece o advogado como profissional importante para efetivação dos direitos socioassistenciais em parceria com assistentes sociais e psicólogo/as, com o intuito de interação com as demais políticas públicas.

No caso concreto, qual o papel do advogado no CREAS? Como ainda não existe um estudo específico que possa fundamentar-se para responder ao questionamento, a resposta terá como base a pesquisa realizada e apresentada a seguir. A mesma aponta algumas das atribuições do profissional no CREAS:

- a) Orientação jurídico-social à equipe referência;
- b) Estudo de caso dos serviços junto à equipe de referência;
- c) Realização de acompanhamento especializado, por meio de atendimentos familiar, individual ou em grupo;
- d) Realização de visitas domiciliares às famílias acompanhadas pelo CREAS, quando necessário;
- e) Trabalho em equipe interdisciplinar;
- f) Participação em capacitações e formação continuada da equipe do CREAS, reuniões de equipe, estudos de casos e demais atividades correlatas;

- g) Participação de reuniões para avaliação das ações e resultados atingidos e para planejamento das ações a serem desenvolvidas, para a definição de fluxos, instituição de rotina de atendimento e acompanhamento dos usuários, organização dos encaminhamentos, fluxos de informação e procedimentos;
- h) Ações de mobilizações e enfretamento;
- i) Acompanhamentos dos casos junto ao Sistema de Garantias de Direitos.

Esses são alguns papéis exercidos pelo advogado nos CREAS do Estado de Santa Catarina, muito embora existam outros papéis que equivocadamente estão sendo realizados pelo advogado:

- a) Ingresso de ações na área da família, tais como, investigação de paternidade; alimentos; execução de alimentos; divórcio (sem bens a partilhar); dissolução de união estável (sem bens a partilhar); Guarda; responsabilidade e Tutela.
- b) Ingressar com pedido de Medidas Protetivas Lei Maria da Penha, ações de Interdição, bem como, realizar defesa em Ações de Destituição do Poder Familiar.

Defende-se neste trabalho que não é papel do advogado ingressar com ações enquanto profissional da equipe de referência do CREAS,

devido a violações de direitos, sendo necessária uma discussão ampla com os profissionais.

Pois, uma vez que não havendo o entendimento da política pública a qual está inserido, poderá confundir com a atuação em escritórios de advocacia, o que não é o caso.

4 CONSIDERAÇÕES

O arcabouço normativo da Assistência Social vem sendo construído e aprimorado, por isto a importância de estudos deste processo, inclusive na área do Direito, a fim de resguardar os cidadãos na aquisição das garantias socioassistenciais afiançadas pela Constituição Federal e subsequentes determinações legais.

Ademais, o papel do advogado neste contexto é fundamental para salvaguardar que estes direitos afiançados sejam ofertados na perspectiva da proteção social.

Ao analisar os dados coletados e percebendo o referencial teórico desta pesquisa, pode-se perceber a importância da inserção do advogado na Política Pública de Assistência Social, em especial nos Centros de Referência Especializada de Assistência Social - CREAS.

Observou-se que o trabalho do advogado, em parceria com assistentes sociais, psicólogo/as, e demais profissionais do SUAS, proporcionam a interação da assistência social com as demais políticas públicas (saúde, previdência, educação, trabalho, lazer, meio ambiente, segurança, habitação, alimentação e outras), para acesso dos cidadãos aos seus direitos sociais, incluso civis e políticos.

A presente pesquisa tem o objetivo de aproximar o advogado para que compreenda seu papel neste contexto da Assistência Social e do SUAS.

É importante estabelecer, minimamente, um conjunto de atribuições e parâmetros voltados ao desenvolvimento de ações de prevenção, promoção, proteção e de desenvolvimento do restabelecimento do direito ameaçado ou violado dos usuários, além do que, a pesquisa pode ofertar subsídios técnico-jurídicos às Prefeituras Municipais, quando definirem o perfil do advogado para ocupar as funções na Política Pública de Assistência Social.

Os advogados comparados com os profissionais da psicologia e do serviço social aparecem em menor número e com forma de vínculos e contratação fragilizados, que não garantem a continuidade dos serviços.

Outro ponto que não foi objeto de pesquisa, mas que deve ser debatido e analisado é o fato de que as universidades e faculdades de direito, em seus cursos de graduação e pós-graduação, não preparam os acadêmicos para atuação na Assistência Social.

O objetivo desta pesquisa, portanto, é evidenciar o papel do advogado no Sistema Único de Assistência Social e, além disso, encontrar as fragilidades para uma maior inserção deste profissional nesta Política. Contudo, acredito que esta pesquisa abre precedentes para a reflexão da formação do advogado, podendo assim contribuir em um ensino mais significativo, por meio da política pública de assistência social, oportunizando a reflexão e redefinição de conceitos que abrangem o contexto dos direitos sociais.

Nesta ótica, como membro da Comissão de Assistência Social da Ordem dos advogados do Brasil – Santa Catarina (OAB-SC) (CAS/OAB/SC), e trabalhador da gestão do SUAS no município de Criciúma, participo da discussão, que visa estabelecer o papel do advogado no SUAS; fomentar os concursos públicos para advogado, com fins específicos para política pública de assistência social e por último, a inserção de conteúdos pertinentes nos cursos de graduação e pós-graduação.

Existem ainda muitos desafios de pequeno, médio e longo prazo para serem discutidos com os três entes federados. Esta discussão se dá por meio das Conferências de Assistência Social nos três níveis, das Conferências surgem demandas muito importantes, como o repasse regular do cofinanciamento federal e estadual aos municípios, o aumento do cofinanciamento, pois na maioria os município arca com a maior parte do recursos.

Ainda, existe uma grande necessidade de adequação das equipes técnicas de todos os serviços, que muitas vezes não estão de acordo com a NOB/RH SUAS, o motivo das não contratações e/ou realização de concursos públicos esbarram na Lei de responsabilidade fiscal, onde as folhas de pagamento dos municípios estão no limite, o que ocasiona a precarização dos serviços e, por consequência, o sofrimento organizacional.

Muitos municípios apresentam a dificuldade de um sistema informatizado específico para assistência social, pois em pleno século XXI ainda existem cadastros, Plano Individuais, dentro outros relatórios e

documentos feitos de maneira manuscrita e o motivo é a falta de estrutura física (computadores, internet) que dificultam este avanço.

Pelo motivo dos equipamentos estarem em áreas de vulnerabilidade social (periferias), a exclusão digital também é um grande desafio para as equipes e, conseqüentemente para os usuários dos serviços, que ficam prejudicados pela desqualificação e demora na prestação de serviços.

Outro desafio é a necessidade de apoio técnico aos municípios, por meio de ações da gestão estadual e da gestão federal, com intuito de instrumentalizar ações para a melhoria da gestão municipal de assistência social, como por exemplo: a apoio na implantação dos conselhos municipais, vigilância socioassistencial, mesa de negociações, fórum de trabalhadores, enfim, todos os itens descritos na legislação do SUAS.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BATTINI, O. **SUAS: Sistema Único de Assistência Social em debate**. São Paulo: Veras Editora, 2007.

BRANCO, N. N. **O desafio de avaliar políticas públicas: conhecer, julgar, "publicizar" e aprimorar**. Fortaleza - CE: Universidade Federal do Ceará, 2005

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: . Acesso em: 22 mai. 2015

_____. **Lei Orgânica da Assistência Social - (LOAS) - ALTERADA PELA LEI Nº 12.435 DE 6 DE JULHO DE 2011**. Brasília, 1993.

_____. **Política Nacional de Assistência Social - PNAS**. Brasília: SNAS, 2004

_____. **Tipificação Nacional dos Serviços Socioassistenciais.** Resolução nº 109, de 11 de novembro de 2009. Brasília. 2009.

COUTINHO, D. R. Qual é o papel do direito e do jurista na assistência social: in **Direito e Assistência Social.** Brasília: Ministério de Desenvolvimento e Combate a Fome - MDS, 2014.

COUTO, B. R. **O Sistema Único de Assistência Social no Brasil:** Uma realidade em movimento. São Paulo: Cortez, 2010.

JUSTEN FILHO, M. **Curso de Direito Administrativo - 10ª Edição.** São Paulo: Revistas do Tribunais, 2014.

NOGUEIRA, M. A. **Um Estado para a Sociedade Civil:** Temas éticos e políticos da gestão democrática - 3ª ed. São Paulo: Cortez, 2011.

PORTO, E. G. **A função social do advogado.** (28 de 08 de 2008). Disponível em: . Acesso em: 12 mai. 2015.

POZZO, A. N. **Aspectos Fundamentais do Serviço Público no Direito Brasileiro.** São Paulo: Malheiros, 2012.

DIREITOS DO PRESO E DO EXECUTADO: BREVES ESCLARECIMENTOS

ADRIANO RESENDE DE VASCONCELOS: Advogado, bacharel em direito pela UFMG, cursando especializa o em ciências penais na PUC/MG, pesquisador do grupo de pesquisas do PRUNART/UFMG.

Resumo: O artigo trata dos direitos do preso e do executado em sede de execu o penal. Visa-se detalhar as prerrogativas asseguradas ao executado, asseguradas pela constitui o federal de 1988, e pela Lei de Execu o Penal 7.210/84. O tema será trabalhado a partir de um breve panorama introdutório sobre o assunto dentro do universo da execu o das penas.

Palavras-chave: preso; execu o penal; constitui o federal de 1988; Lei de Execu o Penal 7.210/84.

NOTAS INTRODUTÓRIAS

Este artigo visa expor alguns dos mais importantes direitos do preso que lhe são assegurados pela constitui o federal e pelas normas legais sob a égide do Estado Democrático de Direito em vigor.

Objetiva-se fornecer   comunidade acadêmica uma compreensão ampla acerca das prerrogativas concedidas ao executado, tema pouco explorado com profundidade pela doutrina. Visa-se também desenvolver uma análise sistemática da legisla o específica com o propósito de fornecer uma interpreta o jurídica satisfatória, e conseqentemente solucionarmos problemas práticos. Temas como o sigilo das correspondências do preso e o seu direito de peti o são tratados de maneira rasa pela doutrina, justificando o presente trabalho.

Para que este objetivo seja alcançado, partiu-se do emprego de variadas fontes de investigação. Dentre elas podemos destacar a doutrina nacional, a jurisprudência e a legislação brasileira. O método de investigação se inicia com o estabelecimento das noções centrais do instituto, trabalhados conceitualmente. A partir dele partiremos para uma análise analítica das espécies de direitos que fazem parte de seu conceito principal, para que assim o leitor possa ter uma noção satisfatória do assunto.

A Constituição Federal de 1988 assegurou ao preso uma série de direitos e garantias individuais, dentre os quais se destacam o direito à individualização da pena, proibição de penas cruéis, vedação de tratamentos desumanos e degradantes, e cumprimento da sanção de acordo com critérios como idade, sexo e a natureza do delito.

A constitucionalização da Execução Penal confere ao preso a faculdade de exigir o atendimento aos seus direitos judicial e extrajudicialmente, sendo a ele reconhecido o status de sujeito de direitos. A execução das penas e medidas de segurança que exorbitam os limites legais acabam por sua vez violando direitos fundamentais, em descompasso com os valores tutelados em um Estado Democrático de Direitos.

A interpretação da legislação positivada, atualmente condensada na Lei 7.210/84- Lei de Execução Penal (LEP), permite afirmar que os direitos do preso definitivo, aplicam-se ao preso provisório e ao submetido à medida de segurança. Neste sentido, preconiza o art. 2º da LEP:

"Art. 2º A jurisdição penal dos Juízes ou Tribunais da Justiça ordinária, em todo o Território Nacional, será exercida, no processo de execução, na conformidade desta Lei e do Código de Processo Penal.

Parágrafo único. Esta Lei aplicar-se-á igualmente ao preso provisório e ao condenado pela Justiça Eleitoral ou Militar, quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária."

Importante ressaltar que os direitos conferidos ao preso são *numerus apertus*, não se esgotando no rol do Art. 41 da Lei de Execução Penal, exigindo uma interpretação ampliada. O limite da pena é a privação de liberdade do apenado, de modo que direitos e prerrogativas compatíveis com a privação da liberdade devem ser assegurados.[\[1\]](#)

Os principais direitos elencados na legislação específica da matéria são:

Art. 41 - Constituem direitos do preso:

I - alimentação suficiente e vestuário;

II - atribuição de trabalho e sua remuneração;

III - Previdência Social;

IV - constituição de pecúlio;

V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação;

VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;

VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;

VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;

IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado;

X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;

XI - chamamento nominal;

XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena;

XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento;

XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito;

XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes.

XVI – atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente.

Passa-se à uma análise pormenorizada dos direitos e faculdades atribuídos ao executado.

ANÁLISE CONSTITUCIONAL DE ALGUNS DIREITOS RECONHECIDOS:

A doutrina reconhece a importância de se assegurar o direito ao uso apropriado de vestuários condizentes com o clima e a higiene. Neste sentido, valiosa a lição de Lauria:[\[2\]](#)

Sempre que o preso não tenha vestuário suficiente, deve o Estado fornecer esse tipo de uniforme, apropriado ao clima da região, que não prejudique a saúde do preso nem ofenda a sua dignidade. Neste caso, as roupas do preso devem ser frequentemente lavadas, mantendo o estado de higiene e boa-saúde. Eventualmente, em circunstâncias excepcionais, o preso, ao sair do estabelecimento naquelas situações que a lei autoriza, pode usar roupa pessoal ou trajes que não chamem atenção.

O recebimento de assistência material materializa o direito de receber vestes condizentes com a sua realidade. Não apenas deve ser assegurado o direito de se vestir adequadamente, mas também o direito de receber uma alimentação e condições de habitação, próprias de um sujeito de dignidade. Interpretações e práticas em sentido contrário são inconstitucionais sendo evitadas de vício crasso, incongruentes com os princípios e valores elementares estampados na ordem jurídica vigente.

O preso deve ser protegido de qualquer forma de sensacionalismo. Isso implica afirmar que a ele deve ser assegurado a observância do direito de se respeitar a sua honra e à sua imagem, inclusive da mídia quando esta vise expô-lo ao ridículo e ao menoscabo,

e/ou vise obter vantagens puramente econômicas. Esta última situação inclusive é bastante comum, e ocorre quando os veículos informadores não observam a finalidade principal de seu dever de fornecer informações qualitativamente úteis para a formação da consciência de seus destinatários. A proteção à imagem encontra amparo no inciso X do art. 5º da Constituição Federal.

Sobre o chamamento nominal, relevante salientarmos o seu valor histórico, considerando que foi preocupação do legislador assegurar que o executado seja tratado pelo seu nome, ao invés de números ou sinais que desconsideram a sua individualidade, e conseqüentemente a sua dignidade pessoal.

A individualização da pena foi muito bem tratada por Adeildo Nunes que a conceituou nos seguintes termos:[\[3\]](#)

A individualização executória, portanto, significa tratar cada um dos condenados de conformidade com o crime praticado, seu sexo e sua idade. É evidente que quem cometeu um crime de estupro, por exemplo, não pode ser tratado da mesma forma de quem praticou um pequeno furto. A administração prisional e sua equipe de psicólogos e assistentes sociais têm um papel preponderante na tarefa de realizar essa individualização. Individualizar a pena não significa tratar com desigualdade os presos do ponto de vista material, mas sim de forma a perseguir a sua reintegração social.

É assegurado ao preso o sigilo das correspondências enviadas e recebidas, e que nem por ordem judicial devem ser quebradas, quando injustificadamente. Em caso de dúvidas, o preso deverá no máximo ser compelido a abrir correspondência na frente da autoridade competente, mas a esta não pode ser dado o mister de conhecer do conteúdo da mensagem. Infelizmente a prática carcerária não obedece a estes ditames constitucionais, sendo comum aberturas de cartas motivadas por meras suspeitas infundadas, não lastreadas em elementos concretos.

Também é assegurado ao apenado o direito de se entrevistar com o diretor do estabelecimento prisional, com o objetivo de esclarecer eventual situação contra sua pessoa, e obter o conhecimento das normas aplicáveis no estabelecimento, evitando que seja acometido de qualquer sorte de surpresas em caso de eventual cometimento de faltas disciplinares.

Essa faculdade garante o exercício do contraditório, além de simultaneamente assegurar o direito à informação, evitando problemas como o cometimento de faltas por falta de informação suficiente. O emprego adequado dessa prerrogativa evitaria que procedimentos disciplinares fossem instaurados de maneira desnecessária, que poderiam ser evitados com a compreensão das autoridades acerca de questões justificantes de uma determinada postura ou comportamento, inclusive favorecendo a organização do estabelecimento para os problemas que lhe serão apresentados.

Dentro desta perspectiva, é assegurado ao preso também o direito de obter certidões e atestados de pena para que assim possa saber

quanto tempo falta para cumprir a pena, e também para que possa exercer direitos que exijam estes documentos como meios de prova, tais como progressões de regime, saídas temporárias e reconhecimento do período de tempo de trabalho para fins de remissão.

O direito de receber periodicamente o atestado de pena atualizado possibilita que o preso possa verificar o período de tempo remanescente para a extinção da pena, bem como viabiliza a compreensão do período de tempo para obtenção de benefícios penitenciários ou na progressão de regime. Infelizmente muitos desses atestados estão desatualizados, o que prejudica a realização deste direito, especialmente por causa da carência de servidores com conhecimento especializado na matéria de execução penal, e na implantação lenta, mas ainda insatisfatória de varas especializadas em execução penal.

Sobre o direito de assistência de um advogado, destaco as palavras de Andrei Zenkner Schimidt:[\[4\]](#)

Outro grande vício verificado nos processos de execução é a ausência de advogados representando os interesses dos apenados. À exceção das comarcas onde a defensoria pública encontra-se com boas condições de trabalho (pouquíssimos casos, diga-se de passagem), a grande maioria dos processos de execução tem andamento sem que o juiz dê, ao réu, defensor dativo.

A dura realidade do cárcere, onde poucos detentos podem contar com a assistência de um advogado provoca uma série de desvios

na execução, como pessoas detidas por tempo superior ao da pena, direitos que deixam de ser assegurados, tendo o sentenciado já cumprido seus requisitos objetivos e subjetivos, como concessão de saídas temporárias, remição da pena e/ou progressão de regime prisional. Essa razão da Lei 12.313, de 2010, prescrever que em todos os estabelecimentos penais deverá haver local apropriado destinado ao atendimento pelo Defensor Público.

À Defensoria Pública cabe requerer todas as providências necessárias ao desenvolvimento do processo executivo, peticionar pela unificação de penas, a declaração de extinção de punibilidade, remição e detração de penas. Além disso, compete a ela o papel de interpor recursos das decisões proferidas pela autoridade judiciária ou administrativa durante a execução.

O direito de visitação deve ser assegurado ao preso, especialmente o direito à visita íntima, fator que contribui para a redução do índice de rebeliões. Segundo doutrinamento de Guilherme de Souza Nutti:[\[5\]](#)

Cremos ser necessário democratizar esse novo direito à visita íntima, permitindo que o maior número de possível de presos dele possa fazer uso, Sem preconceitos, discriminações, discriminações de toda ordem e com regras e critérios previamente estabelecidos. Aliás, o ideal e correto é legalizar o procedimento, inserindo-o na Lei de Execução Penal, contendo as regras para que tal ocorra.

A visitação garante o atendimento dos familiares, evitando que o preso seja posto em condição de abandono. Isso é fundamental para a redução dos efeitos perversos inerentes à execução penal. A família é fundamental para o seu amparo, ela estimula o seu retorno ao convívio social. Para a promoção desse direito, as assistências sociais possuem papel central no esforço de servirem como elo de ligação entre o preso e a sociedade, evitando que o executado fique em situação de desamparo e seja incentivado a atender ao programa de execução para logo retornar à sociedade.

Sendo assegurado ao preso os mesmos direitos conferidos ao cidadão, salvo as exceções previstas em lei, por decorrência lógica é manifesta a inconstitucionalidade do art. 29 caput da LEP que trata do trabalho remunerado, não podendo este ser inferior a três quartos do salário mínimo mediante prévia tabela. Isso porque o dispositivo viola disposição constitucional (art.7º inciso IV da Constituição Federal) que preceitua que o salário mínimo constitui o valor mínimo necessário para se atender à dignidade do trabalhador.

Desse modo, o recebimento de um valor menor *a contrario sensu* não atende à dignidade do preso.

Estes são os principais direitos reconhecidos ao preso, temos a remissão da pena pelo trabalho e pelo estudo, conferido aos presos que cumprem penas no regime fechado e semi-aberto. O STJ tem entendimento recente sobre o reconhecimento da remissão até mesmo na hipótese de atividades de leitura, fator que atende à sua ressocialização.

Neste sentido, temos:

A atividade de leitura pode ser considerada para fins de remição de parte do tempo de execução da pena. O art. 126 da LEP (redação dada pela Lei 12.433/2011) estabelece que o "condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena". De fato, a norma não prevê expressamente a leitura como forma de remição. No entanto, antes mesmo da alteração do art. 126 da LEP, que incluiu o estudo como forma de remir a pena, o STJ, em diversos julgados, já previa a possibilidade. Em certa oportunidade, salientou que a norma do art. 126 da LEP, ao possibilitar a abreviação da pena, tem por objetivo a ressocialização do condenado, sendo possível o uso da *analogia in bonam partem*, que admita o benefício em comento, em razão de atividades que não estejam expressas no texto legal (REsp 744.032-SP, Quinta Turma, DJe 5/6/2006). O estudo está estreitamente ligado à leitura e à produção de textos, atividades que exigem dos indivíduos a participação efetiva enquanto sujeitos ativos desse processo, levando-os à construção do conhecimento. A leitura em si tem função de propiciar a cultura e possui

caráter ressocializador, até mesmo por contribuir na restauração da autoestima. Além disso, a leitura diminui consideravelmente a ociosidade dos presos e reduz a reincidência criminal. Sendo um dos objetivos da LEP, ao instituir a remição, incentivar o bom comportamento do sentenciado e sua readaptação ao convívio social, impõe-se a interpretação extensiva do mencionado dispositivo, o que revela, inclusive, a crença do Poder Judiciário na leitura como método factível para o alcance da harmônica reintegração à vida em sociedade. Além do mais, em 20/6/2012, a Justiça Federal e o Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça (Depen) já haviam assinado a Portaria Conjunta 276, a qual disciplina o Projeto da Remição pela Leitura no Sistema Penitenciário Federal. E, em 26/11/2013, o CNJ - considerando diversas disposições normativas, inclusive os arts. 126 a 129 da LEP, com a redação dada pela Lei 12.433/2011, a Súmula 341 do STJ e a referida portaria conjunta - editou a Recomendação 44, tratando das atividades educacionais complementares para fins de remição da pena pelo estudo e estabelecendo critérios para a admissão pela leitura. [HC 312.486-SP](#), Rel. Min.

**Sebastião Reis Júnior, julgado em 9/6/2015, Dje
22/6/2015**

CONCLUSÃO:

O presente trabalho procurou analisar o tratamento constitucional e legislativo dos direitos do preso, com o objetivo de informar a comunidade acadêmica da importância do tema.

Procurou-se fornecer à comunidade acadêmica uma compreensão da possibilidade dos direitos fundamentais se apresentarem de maneira especial, em face de um sujeito com qualidades especiais, o executado que cumpre penas e medidas de segurança, e de que forma esses direitos devem se exteriorizar e efetivar visando a proteção das minorias de qualquer forma de arbítrio e abuso injustificado em seu reconhecimento.

É conferida ao preso a qualidade de sujeito de direitos, ao invés de mero objeto da administração pública. Seu tratamento deve se dar de forma a lhe assegurar a condição de sujeito que goza de dignidade jurídica. Essa interpretação serve como vetor da compreensão dos direitos do preso, contribuindo para a adequação das formas jurídicas positivadas à realidade, atendendo à finalidade das normas constitucionais.

Espera-se que muitos dos direitos apresentados de fato passem a fazer parte da realidade carcerária, de modo a se garantir a observância dos preceitos constitucionais de inegável importância histórica. A LEP, cuja vigência se deu em 1984, já sinalizava a mudança de paradigma.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FERREIRA, Carlos Lélío Lauria. *Lei de Execução Penal em perguntas e respostas*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 73

MARCÃO, Renato. *Curso de Execução Penal*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.65.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 6. Ed. São Paulo: RT, 2010, p.995.

NUNES, Adeildo. *Da Execução Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p.88

SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Direitos, Deveres e Disciplina na Execução Penal*. In: CARVALHO, Salo de *et.al*. *Crítica à execução Penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007, p. 230.

NOTAS:

[1] MARCÃO, Renato. *Curso de Execução Penal*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.65.

[2] FERREIRA, Carlos Lélío Lauria. *Lei de Execução Penal em perguntas e respostas*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 73.

[3] NUNES, Adeildo. *Da Execução Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p.88.

[4] SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Direitos, Deveres e Disciplina na Execução Penal*. In: CARVALHO, Salo de *et.al*. *Crítica à execução Penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007, p. 230.

[5] NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 6. Ed. São Paulo: RT, 2010, p.995.

CÓDIGO DO CONSUMIDOR APLICADO NOS CURSOS PROFISSIONALIZANTE

SÉRGIO HENRIQUE DA SILVA PEREIRA: Jornalista, educador, escritor, produtor de vídeo aulas. Articulista: JusBrasil, Jusnavigandi, JurisWay, Academia Brasileira de Direito (ABDIR), E-gov UFRS, Editora JC, Investidura Portal Jurídico.

Verifiquei a necessidade de um manual que possa ajudar os consumidores diante das arbitrariedades de cursos profissionalizantes, inidôneos. Há ótimos cursos profissionalizantes, os quais merecem ser prestigiados pelos alunos e ex-alunos. Este meu trabalho tem como escopo ajudar, preventivamente, os concidadãos que necessitam de informações sobre direitos dos alunos de cursos profissionalizantes.

Acredito, do conhecimento prévio, o aluno poderá, com este manual, negociar com o curso, de forma que não necessite de processo judicial. Contudo, nunca é de desconsiderar o socorro ao Judiciário quando não há solução pacífica entre consumidor e fornecedor de serviços.

1) Rescisão de contrato

O consumidor pode pedir rescisão de contrato quando as promessas verbais ou escritas não condizem com o que constam no contrato, ou o que foi dito. Por exemplo, promessa de estágio ao término do curso em certo período de meses, inscrições em banco de dados para estágio no final do curso, materiais didáticos atualizados, equipamentos de computação de última geração, assentos confortáveis. Eis alguns exemplos. Tudo o que foi prometido, verbal ou escrito, deve ser cumprido, do não cumprimento configura-se propaganda enganosa. O consumidor tem direito aos valores

eventualmente pagos e devolvidos imediatamente, corrigidos monetariamente.

Amparo: artigo 49 e parágrafo único do Código de Defesa do Consumidor.

2) Colaboradores nas ruas

Alguns cursos profissionalizantes colocam nas ruas os chamados colaboradores; estes possuem a função de abordar os pedestres e os levarem para o interior do estabelecimento de ensino, com a finalidade de conseguir cliente. Saiba que consumidor tem até sete dias, a partir da assinatura do contrato, o direito de desistir do curso. Pagou matrícula e a primeira mensalidade? Saiba que o consumidor (aluno) tem direito a devolução da matrícula paga e também da mensalidade, corrigidos monetariamente.

O consumidor não precisa justificar por escrito o cancelamento da inscrição no curso, mas se faz necessário, por segurança, que o aluno comunique, por escrito, dentro do estabelecimento de ensino, ou envio de carta registrada nos Correios, sobre o cancelamento do curso. O estabelecimento prestador de serviço profissionalizante é obrigado a obedecer ao pedido do aluno. Fica ou não a livre escolha do aluno em aceitar nova proposta, mas é importante verificar com alunos já matriculados às condições reais do curso, como frequência dos professores, qualidade de ensino, qualidade nos livros didáticos, ou seja, informações verdadeiras sobre a qualidade na prestação de serviço.

Amparo: artigo 33; e 49, parágrafo único, do código de defesa do consumidor.

Cuidado com as falsas promessas e escassas informações. No ato da abordagem na rua pelo colaborador, ou dentro do estabelecimento de

ensino, o consumidor tem o direito de receber informações pertinentes ao curso, à forma de pagamento, a multa contratual em razão de desistência de curso por parte de aluno, entre outras informações relevantes.

Amparo: artigo 34; artigo 37, parágrafos 1º e 3º; e artigo 67, do código de defesa do consumidor.

3) Danos ao curso

Caso o aluno danifique ou quebre algum objeto ou equipamento (computador, furadeira etc.), o aluno terá que ressarcir os prejuízos. Porém, não existe lei que obrigue a pagar o dano no ato. Para ser indenizado, o dono do estabelecimento comercial profissionalizante só poderá usar os meios legais, ou seja, acionar a Justiça.

Não aceite pressões como assinar documento ou deixar cheque assinado em branco. Forçar o consumidor a pagar o prejuízo, de forma a expô-lo ao vexame, constitui crime. É importante frisar que o curso profissionalizante é responsável pela segurança de seus alunos. No estabelecimento de ensino devem constar avisos informando proibições de acessos a locais não autorizados. Se algum equipamento estiver mal condicionado - o local onde está apoiado o material, objeto, ou equipamento está em situação de cair -, o equipamento está em local inapropriado ao fim a que se destina e as circunstâncias que podem gerar acidente, o aluno não tem responsabilidade sobre os danos causados. Porém, caso a culpa seja exclusivamente do aluno [agir com negligência ou imprudência, ou seja, manusear sem obedecer as explicações do professor], este tem que ressarcir (pagar o prejuízo) ao curso; já o equipamento passa a ser do aluno quando pagar (ressarcir o prejuízo), mas em estado em que se encontrava no momento do acidente e com todos os equipamentos, acessórios contidos.

Importante! A responsabilidade do curso é objetiva [nexo causal]. Caso o aluno aja com intenção de tumultuar, o professor deve paralisar a aula.

Amparo: artigo 42, parágrafo único, e artigo 71 do código de defesa do consumidor.

4) Ágio sobre cartão de crédito ou débito

Proibido por lei a cobrança extra quando se paga com cartão. A prestadora de serviço profissionalizante é obrigada a aceitar o pagamento do cartão para o preço à vista mais os descontos eventualmente conseguidos. Não importa se há dizer afirmativo no qual o pagamento por dinheiro é um preço, e por cartão é outro. Havendo insistência do curso, em cobrança extra pelo pagamento de cartão, o aluno pode chamar a polícia, a qual tem obrigação de atender à solicitação do consumidor sob pena de prevaricação – funcionário público (servidor militar) não atende ao pedido do consumidor.

Importante! Se o curso não aceita pagamento com cartão deve constar em local visível aos consumidores. O curso não é obrigado aceitar pagamento com cartão seja de crédito ou débito.

Amparo: artigo 39, e incisos 5 e 10, do código de defesa do consumidor; e artigo 319, do Código de Processo Penal.

5) Pagamento em cheque

Todo consumidor é igual e tem os mesmos direito perante a lei. É proibido discriminar quaisquer consumidores. Se o estabelecimento de ensino aceita pagamento em cheque, então é obrigado a aceitar o pagamento, não importando o valor a ser pago pelo aluno, isto é, caso o aluno precisa pagar R\$1,00 (um real), pode pagar com cheque. Se o

estabelecimento comercial de ensino não aceita pagamento em cheque, qualquer aluno não poderá efetuar pagamento em cheque. Se, porventura, o estabelecimento comercial de ensino aceita pagamento de algum aluno todos terão direito, sem exceção.

Importante! Se o curso não aceita pagamento em cheque deve constar em local visível aos consumidores. O curso não é obrigado aceitar pagamento com cheque.

Amparo: lei nº 1521, de 26/12/1951, artigo 2º, inciso II.

6) Furto dentro do estabelecimento de ensino

Caso o estabelecimento comercial de ensino ou curso profissionalizante oferece locais para guardar objetos pessoais de alunos, o estabelecimento é responsável pelos objetos. Ocorrendo furto de objeto pessoal, o aluno deve conversar com algum responsável pelo estabelecimento comercial e, depois, ir a uma delegacia de polícia para registrar o Boletim de Ocorrência - jamais deixe para o dia seguinte; providencie logo o Boletim de Ocorrência, pois é a prova que terá para cobrar o ressarcimento de seu prejuízo. Se o estabelecimento comercial de ensino oferece algum local com cadeado para que os alunos possam guardar seus pertences, o curso profissionalizante só não é responsável pelo furto de pertences de aluno quando este manteve o armário sem cadeado ou perdeu as chaves.

Amparo: artigo 14, do Código Defesa do Consumidor.

7) Mau atendimento

Os funcionários do estabelecimento comercial de ensino devem tratar os alunos com zelo e respeito. Cada pessoa tem a sua cognição própria, ou seja, a sua forma e o seu tempo de compreensão. Assim, espera-

se dos educadores compreensão diante das dificuldades de aprendizagem dos alunos. Zombar, fazer piada quanto às dificuldades do aluno pode ser caracterizado como crime à honra do aluno. Seja o profissional professor ou quaisquer outros funcionários, não podem zombar ou causar vexames às dificuldades de cada aluno.

Todo serviço tem que ter qualidade:

O bom atendimento é um respeito a você e ao seu dinheiro suado. Ninguém está fazendo um favor a você. Exija educação no atendimento. Sofreu descaso na recepção, ou de algum funcionário, converse com o responsável pelo estabelecimento profissionalizante. Havendo descaso a você consumidor, denuncie a um órgão de defesa do consumidor. A lei determina punições administrativas como fechamento do local, cassação da licença, multa etc.

O mau atendimento caracteriza-se também com insinuações a sua imagem e/ou pessoa do consumidor. Deboches quanto à etnia, cor, religião, morfologia, idade e estado de saúde configuram crimes contra a honra. Os funcionários têm a obrigação esclarecer dúvidas dos clientes.

Chato de galochas?

Não. Cada pessoa tem a sua capacidade de compreensão diante do tempo e espaço de sua cognição. Por isso existe a qualificação profissional dos professores. Cuidado! Sem engraçadinho com os funcionários, como fazer pilhéria, pode causar problemas para o próprio aluno da instituição de ensino. Para saber mais, visite Consumidor também comete dano moral.

Amparo: 14; artigo 20, parágrafo 2º; e artigo 56, incisos e parágrafos únicos, do CDC.

8) Falhas na prestação de serviço

Promessa é dívida. Quaisquer promessas devem ser aplicadas integralmente. Se o curso promete equipamentos de última geração, professores qualificados nas respectivas áreas afins, instalações físicas confortáveis e higiênicas, reposições de aulas, segunda chamada, reforço etc., o estabelecimento comercial deve cumprir. Se o consumidor antes da matrícula pergunta sobre algum profissional de ensino que tenha preferência e o curso profissionalizante de ensino dá garantias, verbal ou escrita, da permanência do profissional do início ao fim do curso, o aluno pode exigir o cumprimento da promessa. Caso a promessa não seja aplicada pelo curso, o curso responde por falsa e enganosa afirmação (propaganda enganosa). O aluno pode imediatamente pedir rescisão contratual com a devolução das quantias já pagas e corrigidas monetariamente em qualquer período do curso.

Amparo legal: artigos 14, 20, 35, 66 e 67 do código de defesa do consumidor.

9) Acidentes dentro do estabelecimento comercial de ensino

Piso escorregadio; fio elétrico desencapado, fios elétricos espalhados pelo piso, assim como tomadas e interruptores; tomadas e interruptores embutidos nas paredes sem os respectivos protetores (espelhos); ausência de avisos de perigo de eletrocussão por mau uso de objetos ou equipamentos; ausência de avisos quanto ao uso de substâncias perigosas durante o uso de objetos ou equipamento dentro e necessários ao andamento do curso/aula; ausência de avisos sobre áreas de risco à vida e a não permanência ou entrada em tais áreas.

Ausência ou escassez de informações importantes para a segurança dos alunos é caracterizada como omissão, negligência ou imprudência a

segurança dos alunos. Mesmo que tenham avisos de piso escorregadio, para proibição de entrada, permanência e trânsito em certas áreas, o prestador de serviço educacional pode responder por danos ocorridos aos alunos quando os problemas não são prontamente solucionados.

O prestador de serviço pode fazer o uso de aviso de piso escorregadio, porém deve providenciar imediatamente a retirada da água, principalmente em áreas que oferecem perigo pela sua natureza como, por exemplo, escadas. Não basta somente o aviso. Se há vazamento, por exemplo, na escada, e há placa informando "Cuidado!", mesmo assim, o estabelecimento de ensino pode ser processado. Melhor seria paralisar as aulas, para providenciar o conserto.

Os avisos de perigo devem estar em locais estratégicos, de fácil visibilidade pelos alunos; os avisos de perigo não podem apresentar rasuras, estarem em mau estado de conservação que possam dificultar a leitura da informação nela contida.

É importante frisar que alguns estabelecimentos comerciais de ensino em suas instalações têm crianças e adolescentes, e até idosos. Tais indivíduos, pelas suas condições físicas, necessitam de mais segurança dentro dos estabelecimentos.

O estabelecimento de ensino só não é culpado por eventuais danos aos clientes (alunos) quando todas as informações são claras e colocadas em locais visíveis aos alunos e, também, quando quaisquer situações de perigo são prontamente sanadas, ou seja, não basta colocar aviso de perigo, é preciso corrigi-los o mais rápido possível. Se o local ou circunstância que oferece perigo aos alunos, e não podem ser sanados prontamente é

preferível – como prestadora de serviço preocupada com a integridade física de seus clientes/alunos – cancelar a aula.

Imagine uma escada cujo vazamento de um cano a deixa molhada, a prestadora de serviço educacional ou de curso profissionalizante coloca placa de advertência “piso escorregadio, cuidado”. Apenas uma estreita passagem nesta escada, já que o aviso delimita a passagem de alunos. Imagine que ali passam crianças, idosos. Como dito, não basta apenas sinalizar.

Resumindo.

Da negligência ou imprudência de aluno, o curso não é responsabilizado, mas da negligência ou imprudência do curso profissionalizante este pode ser responsabilizado em caso de lesão ao consumidor/aluno.

Amparo: artigo 14 do código de defesa do consumidor.

10) Convênios entre prestadoras de serviços

O estabelecimento comercial de ensino afirma que tem contrato ou convênio com terceiros, àquele responde solidariamente pelas faltas de terceiros. Ou seja, propaganda enganosa, profissionais desqualificados, didática precária, materiais de ensino desatualizados, o não cumprimento das ofertas e promessas de inscrição em bancos de dados de estágios por terceiro. Digamos que a firma A contrata serviços de B. A firma A responde por falhas nas prestações de serviço de B, onde B é preposto de A. Ocorrendo as falhas na prestadora B configura afirmação falsa ou enganosa por parte de A.

Amparo: artigo 14; artigo 20, parágrafo 1º; artigo 34; e artigo 66.

11) Danos causados por profissional

O curso profissionalizante deve contratar profissionais de ensino qualificados para as respectivas matérias que darão aos alunos. O profissional jamais pode ser negligente ou imprudente diante da segurança dos alunos. Deve sempre vigiar as atitudes dos alunos de forma a evitar possíveis acidentes em decorrência das atitudes leigas ou não. O profissional de ensino jamais pode permitir que aluno, cujo comportamento fora alertado e impedido pelo profissional, venham a pôr em perigo a vida do próprio aluno, dos demais alunos e do próprio profissional. Da atitude resistente do aluno alertado, quanto ao perigo de seus atos, resta ao profissional educador parar a aula e convocar superior para tomar as providências. O profissional, o professor, do curso profissionalizante, que deixa o aluno, mesmo após ser alertado do perigo, permanecer em atitude perigosa a ele e aos demais alunos, responderá por negligência ou imprudência profissional. O dono do estabelecimento comercial responde também pela negligência, imprudência e quaisquer atos de seus profissionais contratados sejam efetivos ou não.

Amparo: artigos 14 e 34 do Código de Defesa do Consumidor.

12) Promoção falsa

Só há crime quando o preço anunciado não é o mesmo cobrado na caixa. Telefonou, viu na televisão ou num panfleto informações de preços e condições de pagamento, mas no momento de firmar contrato e pagar o valor vê que há acréscimos de dinheiro com justificativas, seja lá qual for. Não pode. É propaganda enganosa e arbitrária. O que vale é o que está anunciado. Exija o valor anunciado, senão acione no PROCON; vá à delegacia e faça registro.

Como saber se uma promoção é falsa ou não?

O estabelecimento de ensino deve ter dentro de sua instalação física os preços sem promoções e os promocionais. É forma de o consumidor atestar e verificar a veracidade – e o estabelecimento de ensino deve ter as informações fixadas, por exemplo, em painel para consumidores. Mais. Digamos que há promoção de um curso, o preço sem promoção é de dois mil reais enquanto o preço promocional é de mil quinhentos reais. Deve constar em local visível dentro do estabelecimento e no contrato, os preços (sem desconto e com desconto), a validade do desconto ou promoção com datas de início e fim, as condições do desconto, multa contratual em caso de desistência, juros etc. Vamos dizer que a promoção vai, por exemplo, do dia 20/8/2012 a 13/12/2012. Depois do período estipulado o preço promocional prescreve (não há mais avisos de continuidade promocional). Depois de alguns meses, algum aluno, já matriculado, tem conhecimento que os novos alunos, posteriores a data promocional, estão conseguindo se matricular com o mesmo preço promocional (20/8/2012 a 13/12/2012). Ora, as informações promocionais causam corridas desenfreadas de cidadãos interessados já em algum curso. No meio empresarial de marketing é de conhecimento que as campanhas promocionais têm grande influência nos consumidores. E toda informação deve ser clara, objetiva, prestativa, de boa-fé. Criar uma expectativa ao consumidor de forma a conseguir seu vínculo contratual sem se ater aos preceitos da boa-fé na relação consumidor e fornecedor é, no mínimo, ardiloso.

Amparo: artigo 37, parágrafo 1º, e artigo 67 do Código de Defesa do Consumidor.

13) Inadimplência

Deixou de honrar as prestações e o dono do estabelecimento lhe cobra com ameaças, acusa-o em público de 171. É crime lhe expor ao vexame. A cobrança somente far-se-á por meios judiciais. Denuncie! Você está errado, porém ninguém poderá fazer justiça pelas próprias mãos.

Constitui crime de injúria quando alguém é chamado de “caloteiro”, “vagabundo”, etc.

Crime de calúnia quando afirma “em tal hora, local e data”. Não basta usar palavras depreciativas. É a soma da palavra mais data, local e hora.

Mais. O curso profissionalizante não pode condicionar a liberação do certificado mediante pagamento total, pelo aluno, das parcelas vencidas. Ou seja, é crime. O curso deve providenciar o certificado ao aluno, independentemente, de quitar ou não as parcelas vencidas. Quanto ao cobrar, o curso deve acionar na justiça o devedor.

Amparo: artigo 42, parágrafo único, e artigo 71.

14) Sonegação

Você se matricula, o preço sem recibo é R\$ 20,00, e com recibo R\$ 30,00.

Sonegação de imposto é crime. Aceitando o preço de R\$ 20,00 está se prejudicando. O imposto não é recolhido e faltará dinheiro para construção de escola, hospital, estrada, etc. Quem leva vantagem realmente? Não se esqueça de que a nota fiscal é uma prova numa disputa judicial. Vá a uma delegacia.

Amparo legal: LEI N.º 4.729 - LEI DE SONEGAÇÃO FISCAL

15) Pagamento a prazo

Firmado o contrato tem que respeitar. O que não pode acontecer é a cobrança por parte da prestadora de serviço antes da data estipulada. O prestador de serviço quando vende a prazo é obrigado informar ou deixar em local visível (dentro do estabelecimento comercial) os preços a prazo ou à vista, com as taxas de juros, encargos, correção monetária e o valor total pago. Some as prestações e veja se é vantajoso parcelar. Se o consumidor quiser saber quanto pagará no final das parcelas poderá pedir ao fornecedor de serviço que calcule na frente dele.

Amparo: artigos 46 e 51, incisos e parágrafos, do CDC.

16) Multa contratual por desistência de aluno

Assinou o contrato e vendeu a alma ao diabo:

"O senhor recebeu o contrato, e lá está. Não leu por que não quis"!

Infelizmente, no Brasil, a máxima é verdadeira diante da omissão dos órgãos públicos e autoridades quando se diz respeito à multa contratual. O CDC normatiza que o tamanho da letra [fonte] no contrato dever ser [mínimo] de número 12 (doze) e certas cláusulas, como a multa contratual, por exemplo, deve estar com tamanho maior ou cor diferente (fontes, preenchimento) das demais cláusulas, isto é, destacada. Ao pagar, é direito do aluno, e dever da prestadora de serviço profissionalizante (educacional) fornecer contrato de prestação de serviço discriminado detalhadamente: os preços a prazo ou à vista, com as taxas de juros, encargos, correção monetária e o valor total pago.

Não é só no contrato

As informações devem ser claras, objetivas e estarem em local de fácil visualização para os consumidores, isto é, em painel, por exemplo, a vista dos alunos e quaisquer pessoas que entrem no estabelecimento. O

valor do produto ou serviço deve estar legível e de fácil entendimento ao consumidor.

Dar informações no ato e, justificá-las, posteriormente, é errado

Exemplo: dizem que na cláusula tem a regra, mas não tem.

Prevalece o que está escrito e foi assinado por você. Certo?

Nem sempre. Pode ter cláusulas abusivas como não devolver quantias já pagas pelo aluno em caso de desistência de curso; o que pode acontecer é descontar valores, de acordo com o que o aluno usufruiu dos serviços consumidos.

Os famosos "descontos" oferecidos devem ser claros e objetivos no contrato, ou seja, os motivos dos descontos, a validade deles. Você assina documento afirmando que estão inclusos a matrícula, livros didáticos, promessa de estágio ao término do curso (especificando o tempo para começar estagiar). Mas no final o consumidor vê que a totalidade, ou parte, das informações não são verdadeiras ou há omissão quanto às informações relevantes ao conhecimento do consumidor. Por omissão: o anunciante induz o consumidor em erro deixando de informar algo essencial referente ao produto ou serviço.

PUBLICIDADE ENGANOSA POR OMISSÃO

A publicidade enganosa por omissão se verifica quando se omitem dados essenciais quanto à aquisição do produto ou serviço. A omissão relevante é aquela que, ciente dos dados sonegados, levaria o consumidor a não celebrar o contrato com o fornecedor ou prestador de serviço.

É direito de o consumidor saber, antecipadamente, seja quando abordado na rua pelo colaborador ou dentro do estabelecimento de ensino; o importante é ser informado, previamente, antes de assinar contrato e no

ato de matrícula (mais sensato, pois mostra a boa-fé do curso ao consumidor), sobre taxas, tarifas, multa contratual, juros e mora quando em atraso de pagamento ou qualquer informação relevante ao bolso do consumidor.

O engano por omissão representa conduta reprovada pelo Código de Defesa do Consumidor por constituir uma afronta aos deveres de lealdade, transparência, identificação, veracidade e informação, que devem ser honrados pelo anunciante em face do consumidor, que é considerado hipossuficiente (parte fraca que desconhece as leis, não possui advogados para suprir dúvidas relativas aos fornecimentos de serviços e/ou produto no ato de propaganda, de abordagem, de dizeres dos funcionários do estabelecimento comercial para vender serviços). As omissões da prestadora de serviço educacional ou profissionalizante relativas ao consumidor, quanto à multa contratual, por exemplo, configura publicidade enganosa por omissão. Caso essa informação (multa contratual) fosse disponibilizada ao consumidor, no momento de o colaborador abordá-lo na rua, e expor-lhe a multa contratual, em caso de desistência, o consumidor poderia jamais ingressar, assinar contrato com a prestadora profissionalizante de ensino. Ou melhor, quaisquer informações pertinentes ao bolso do consumidor, aluno de curso profissionalizante, devem ser anunciadas previamente antes da assinatura de contrato. Não basta apenas “estarem no contrato” de adesão. As letras no contrato devem ser de fácil leitura e as cláusulas importantes ao consumidor (por exemplo, multa contratual) devem estar com letras de tamanho maior em relação às demais cláusulas, ou de cor diferente das demais cláusulas para destacar das

demais. No caso da omissão, a questão que aqui se enfrenta é lidar com a subjetividade do termo “essencial”.

Mas afinal, o que é essencial?

Rizzato Nunes - Professor de Direito, Mestre e Doutor em Filosofia do Direito pela PUC-SP; é Livre-Docente em Direito do Consumidor pela PUC-SP e Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo - (2011. P. 555):

“Constrói-se um conceito de essencial naquilo que importa à publicidade. E, nessa linha, é de dizer que essencial será aquela informação ou dado cuja ausência influencie o consumidor na sua decisão de comprar, bem como não gere um conhecimento adequado do uso e consumo do produto ou serviço 'realmente', tal como são”.

Exemplo de omissão:

Uma geladeira é anunciada com grande chamariz para sua característica tecnológica: o consumidor poderá navegar pela rede mundial; controlá-la diretamente pelo uso de celular. Entretanto, omite que para tornar isso possível o consumidor terá que contratar serviço de telefonia.

Importante! Na publicidade enganosa, para fins do art. 37 do CDC, a intenção é irrelevante. A questão da boa ou má-fé do anunciante não interfere na caracterização da publicidade enganosa.

Outro exemplo de publicidade enganosa por omissão:

Digamos que uma mulher, por exemplo, grávida, se matricule em curso profissionalizante para ser profissional cabeleireira. Depois de alguns meses, relata a médica que está fazendo curso profissionalizante de cabeleireira; a médica, por sua vez, pergunta se está mexendo com produtos químicos, a paciente responde que sim; no dever ético, e zelosa pela saúde

da futura mãe e do bebê, a médica diz que tais produtos químicos podem trazer malefícios à saúde de ambos. Ciente do fato, a mulher se desloca até o curso profissionalizante; já no estabelecimento, diz que, por recomendação médica, não mais fará o curso por estar grávida.

Triste notícia para mãe e o bebê, que se torce dentro do ventre da mãe, de que há multa contratual por desistência de curso por parte de aluno.

“Está no contrato, e a senhora sabia? Se não leu, não é responsabilidade do curso”, enuncia a funcionária ou o dono do estabelecimento profissionalizante.

Primeiramente, consta no contrato informações sobre nocividade dos produtos usados e, conseqüentemente, as pessoas que não poderiam fazer o curso? Pois são informações relevantes aos consumidores.

O CDC normatiza:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;

(...)

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem.

O curso profissionalizante só não é responsável quando todas as informações foram passadas, relatadas, constarem em contrato, em painel

informativo aos que entram no estabelecimento, aos que vão se matricular e irão assinar contrato; mais honesto para o consumidor é divulgar, seja em campo de observação, em letras, de tamanho 12 (doze), nos panfletos, pelos colaboradores, sobre pessoas que não possam fazer o curso por nocividade das substâncias químicas usadas durante o curso.

17) Condicionar confecção de certificado mediante pagamento de parcelas em atraso

“Devo, mas não nego; pago, quando puder!”ou"Confecciono o certificado com minhas ressalvas!". Não é bem assim.

A relação entre fornecedor, de serviços ou produtos, e o consumidor deve se basear em boa-fé, ou seja, ambos devem agir dentro da honestidade, honra.

Se você paga tudo corretamente, mas em algum momento de sua vida deixa de honrar os pagamentos - oscilações na economia [recessão], doenças as quais consomem boa parte do orçamento] ao juiz caberá apreciar a conduta e consequências que levaram o consumidor a não pagar. Perda de emprego é conduta não prevista pelo aluno (consumidor), principalmente por recessão no país.

Agora, o que não pode é a instituição de ensino enfiar a faca na traquéia do aluno-consumidor:

“Ou paga o que deve, ou não tem nada”.

A lei proíbe a prática de confeccionar certificado mediante chantagem. A instituição deve dar o certificado ao aluno que já concluiu todo o processo, mesmo que este esteja inadimplente. Quanto ao cobrar das dívidas, a instituição deverá ingressar na Justiça para cobrá-lo.

Um advogado pode ingressar com Mandado de Segurança para a instituição liberar o certificado do aluno. Mas atenção! Isto não quer dizer que as dívidas serão perdoadas. O credor, a instituição de ensino, poderá ajuizar processo para assegurar e ter o que o aluno deve.

Amparo: artigo 6º da Lei 9.870/99; artigo 42 do CDC.

18) Venda condicionada

É comum a venda condicionada. Digamos que o curso profissionalizante ofereça dois pacotes para um mesmo curso. O primeiro tem desconto de sessenta por cento (60%), caso o aluno assine contrato para fazer outro curso logo que concluir o primeiro, ou iniciar o segundo. O segundo pacote não dá direito ao desconto de sessenta por cento (60%), caso o aluno não assine contrato para fazer o primeiro curso. Isto é chamado de compra condicionada. E é proibido por lei. Pegue algum comprovante desta prática ilegal e se dirija a uma delegacia. Trata-se de crime contra a economia popular. Exija do curso o desconto sem ter que assinar nenhum contrato a mais. Você, consumidor, não é obrigado a fazer ou ter o que não quer. A empresa poderá ser processada também por danos morais.

Amparo: artigo 6º, inciso II; e artigo 39, inciso I, do CDC.

19) Preço anunciado

Além dos preços normais [sem descontos] de cada curso devem contar os descontos [promoções, por exemplo] para cada curso, e as formas que gerarão estes descontos, as datas iniciais e finais das promoções. Enfim, tudo deve estar visível, e o consumidor muito bem informado. Se há divergências entre o preço anunciado (comercial televisivo, anúncio em jornal, revista, panfleto) e o que é dito no momento do fechamento do

contrato, ou posteriormente, o consumidor tem direito a exigir o preço anunciado (o menor preço).

Atenção! Erros grosseiros em campanhas publicitárias, por jurisprudências, não causam responsabilidades aos cursos profissionalizantes. Contudo, o erro publicitário deve ser esdrúxulo, isto é, preço muito abaixo do mercado.

Entretanto, quando existir apenas um curso profissionalizante no bairro? Como o condutor fará pesquisa e avaliação de preço de mercado? Eis aí uma boa análise para o Judiciário.

Amparo: artigos 30, 31, 35 e 36 do CDC; artigo 2º inciso I, II, V do Decreto Lei 5.903/06.

20) Compra fora do estabelecimento comercial

O consumidor que adquirir produtos ou serviços fora do estabelecimento comercial tem o direito de desistir da compra. O prazo é de sete dias para se desistir. No caso de desistência, o consumidor não tem que pagar nada, quando dentro do prazo mencionado, que é de sete dias. Caso o fornecedor de serviço ou produto venha a cobrar algo (valor), não se intimide.

No caso de compra pela internet, em relação aos serviços do curso profissionalizante, o prazo decadencial começa quando o aluno frequente às aulas.

Imagine contratar serviço, ou comprar produto, não ter acesso ao serviço ou produto, e o prazo começa a partir da assinatura do contrato, ou quando da compra, por meio do pagamento eletrônico. Sem cabimento.

Como o consumidor saberá se o serviço e as instalações físicas são condizentes com o anunciado?

Na propaganda é isto (como exemplo didático)

Uma piscina ampla onde os filhos brincam e se divertem. Maravilhoso. Mas a criança cresceu rápido demais? A piscina encolheu? Notaram as diferenças? Por isso que o consumidor tem o direito de arrependimento, que é de sete dias, a partir do recebimento do produto, ou do primeiro dia de aula.

Quando o aluno, do curso profissionalizante, se dirigir ao estabelecimento deve ver as condições físicas, o asseio, as condições, por exemplo, dos computadores, o tratamento dos profissionais [didática e cortesia] para averiguar como eles tratam os clientes-alunos etc.

E quando o aluno verificar que a publicidade não condiz com o que foi prometido, demonstrado no site?

Guarde o panfleto, salve a página do site em seu desktop ou notebook etc. A publicidade do site que publicou a oferta. É uma prova. Ah! A devolução de o dinheiro pago dever ser corrigido monetariamente.

Amparo: art. 49, parágrafo único, do CDC.

Termino aqui! Lembrando, a boa-fé deve ser para ambos, o consumidor e o prestador de serviço. Não pense, consumidor, que a Justiça é cega, que tolherá a má-fé. Este manual é para você se precaver, se defender quando necessário. Não é usar, como já vi em pesquisas, como meio de ganhar [rentabilidade] por danos morais etc. Isso não quer dizer que você, consumidor, não deva invocar o judiciário.

Para os cursos profissionalizantes, ou os fornecedores de forma geral, errar é humano, persistir no erro é ter a certeza de causar falência ao empreendimento.

Sei das dificuldades dos microempreendedores diante das cargas tributárias, mas o Estado tem feito ajustes, criando possibilidades, como o MEI (Microempreendedor Individual). O cliente quer, antes de tudo, boa-fé. O bom cliente, que tem boa-fé, diante da realidade do país [economia] saberá negociar, sem a necessidade de invocar o Judiciário.

E boa-fé está normatizada no art. 3º da CF/88:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - Construir uma sociedade livre, justa e solidária;

A CAUTELARIDADE DAS MEDIDAS PROTETIVAS DA LEI Nº. 11.340/06

LAURA MARIA MACHADO COSTA: Pós-graduada em Direito Público pela ANAMAGES (Associação dos Magistrados Estaduais) - Newton Paiva -, em Direito Ambiental pelo CAC (Curso de Atualização em Direito) - Universidade Gama Filho -, bem como em Direito Penal e Processo Penal pela UCAMPROMINAS - Universidade Cândido Mendes. Já trabalhou como Oficial Judiciária no Tribunal de Justiça de Minas Gerais de agosto de 2003 a dezembro de 2010, quando foi nomeada para exercer funções de Analista de Direito do Ministério Público de Minas Gerais. Atualmente lotada na Assessoria Técnico Jurídica da Procuradoria Criminal.

RESUMO: A preocupação básica deste estudo é refletir sobre a natureza jurídica das medidas protetivas concedidas no âmbito da Lei Maria da Penha e suas implicações nas esferas extrapenais. Este artigo tem como objetivo esclarecer quanto à imprescindibilidade de uma ação penal, para que a Lei nº. 11.340/06 possa ser aplicada, bem como analisar as recentes decisões emanadas pelos Tribunais em relação à natureza cautelar das referidas medidas e suas consequências. Para tanto, realizou-se uma pesquisa tanto jurisprudencial – aos sítios do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais – quanto bibliográfica, considerando as contribuições de autores como Rogério Greco, Guilherme de Souza Nucci, Damásio de Jesus, Maria Berenice Dias, dentre outros. Concluiu-se que, hoje, ainda há divergências acerca dos efeitos decorrentes da chamada urgência das medidas, notadamente em relação à ausência recorrente de lastro probatório mínimo exigível para seu deferimento, gerando insegurança jurídica no trato com o tema.

Palavras-chave: Lei Maria da Penha. Violência Doméstica. Medidas Protetivas de Urgência. Cautelaridade. Consequências. Lastro Probatório Mínimo.

Introdução

O presente trabalho tem como tema o estudo dos efeitos decorrentes da cautelaridade e urgência das medidas protetivas, assim como apresentar os entendimentos contrários ao seu caráter acessório, ou seja, quando consideradas ações autônomas.

Nesta perspectiva, construíram-se as seguintes questões que nortearam este trabalho:

- a) Se as medidas determinadas no âmbito da Lei Maria da Penha seriam, de fato, vinculadas a uma ação penal ou a sua possibilidade de intentá-la e, ainda, se devem prevalecer sobre outras medidas extrapenais.
- b) Qual o atual entendimento dos Tribunais Superiores em relação à Lei Maria da Penha e os reflexos das medidas protetivas nela previstas.

A Constituição Federal Brasileira, promulgada em 05 de outubro de 1988, em seu artigo 1º, inciso III, prevê como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, bem como, a justificar o interesse estatal na intervenção em caso de violência doméstica e familiar contra as mulheres, veda qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (artigo 5º, inciso XLI) e ainda conferiu ao Estado o dever de assegurar a assistência à família – inclusive criando

mecanismos hábeis a coibir a violência no âmbito de suas relações, nos termos do artigo 226, § 8º [\[1\]](#).

Em 07 de agosto de 2006, com a publicação da Lei n.º 11.340, em seus artigos 18 a 24, foram elencadas, de forma exemplificativa, medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar, afastando-se as infrações penais praticadas no âmbito da Lei Maria da Penha da aplicação da Lei n.º. 9.099/95 – a qual, inclusive, previa medida cautelar de afastamento do agressor do lar em seu artigo 69.

A previsão de medidas protetivas foi adotada tanto no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º. 8.069/90, artigo 101) quanto no Estatuto do Idoso (Lei n.º. 10.741/03, artigo 45), que são aplicadas em relação a crianças, adolescentes ou idosos em razão de sua situação de hipossuficiência. Todavia, estas medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha realmente inovam ao prever medidas que obrigam diretamente ao agressor.

Desde então, doutrina e jurisprudência passaram a apresentar entendimentos tanto no sentido de que as medidas protetivas são ações autônomas, eis que processadas em expediente apartado, quanto apresentaram posicionamentos direcionados a considerá-las de natureza cautelar, vinculando-as à ação penal ou a sua possibilidade de ser intentada.

Destarte, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 106212 / MS, ocorrido em 24 de março de 2011, decidiu ser aplicável a Lei Maria da Penha aos casos em que ocorrer violência doméstica e familiar contra a mulher, alcançando toda e qualquer prática delituosa de gênero, até mesmo quando consubstanciada contravenção penal, denotando que a

concessão das medidas protetivas depende da ocorrência de uma infração penal, seja ela um crime ou uma contravenção[2].

Importante gizar que os delitos contra a mulher abrangidos pela Lei nº. 11.340/06 não se encontram descritos em disposição incriminadora autônoma, ou seja, na legislação brasileira, integram vários tipos penais, podendo se apresentar na forma de violência física, sexual, psicológica, moral e patrimonial.

Diante da prática de qualquer uma das formas de violência mencionadas e da concessão de medidas requeridas pela vítima, outras questões surgiram, tais como a indeterminação da duração destas, quando não entendidas como cautelares de natureza cível e, portanto, não devem observar o prazo de trinta dias até que seja intentada a ação principal, bem como os casos em que haja incompatibilidade de decisões entre as esferas diversas (cível/família/criminal).

A partir daí, embora ainda hoje se encontrem posicionamentos no sentido de que as medidas protetivas de urgência possuem natureza autônoma, passou-se a admitir, como resposta para a solução das questões apresentadas alhures, que elas não só dependem da ocorrência de um crime/contravenção penal, bem como que sua concessão e manutenção dependem, além do requisito da urgência – que é muito mais do que *periculum in mora* –, da possibilidade de se intentar ação penal, não havendo condição de procedibilidade, caso contrário.

Há, ainda, que condicionar as medidas protetivas ao interesse da vítima, conforme leciona Maria Berenice Dias (2010, p.107), "[...] ainda

que a mulher proceda ao registro de ocorrência, é dela a iniciativa de pedir proteção em sede de tutela de urgência".

Recentemente, a 7ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais decidiu em sede de Apelação Criminal nº. 1.0024.12.022221-1/001, assim como em decisões anteriores, que não pode o Judiciário eternizar um procedimento criminal onde a própria parte interessada (ofendida) não manifesta interesse aos fins buscados, quais sejam, a concessão das medidas protetivas e o prosseguimento da ação penal^[3].

Assim, numa análise superficial da posição doutrinária e jurisprudencial acerca do tema, verifica-se que tal questão encontra-se longe de apresentar uma solução pacífica, mostrando-se de suma importância um posicionamento definitivo do Supremo Tribunal Federal, a fim de se uniformizar a jurisprudência dos Tribunais Estaduais e garantir segurança jurídica à sociedade.

Neste contexto, o objetivo primordial deste estudo é, pois, investigar se as medidas protetivas possuem natureza acessória ou autônoma, eis que a omissão do legislador tem trazido insegurança jurídica tanto na doutrina quanto nos tribunais, os quais vêm oscilando nas suas decisões.

Para alcançar os objetivos propostos, utilizou-se como recurso metodológico a pesquisa bibliográfica realizada a partir da análise pormenorizada de materiais já publicados na literatura, artigos científicos divulgados no meio eletrônico e jurisprudências do Supremo Tribunal

Federal, Superior Tribunal de Justiça e Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Desenvolvimento

Ab initio, a Lei Maria da Penha, resultado de movimento político, constitui ápice da atuação do movimento feminino de busca da igualdade constitucionalmente proclamada, conferindo-lhe a proteção necessária diante da urgência que exsurge da violência doméstica e familiar.

Contudo, pouco tem se discutido na doutrina acerca da natureza processual das medidas protetivas elencadas no artigo 22 da Lei Maria da Penha.

Há que se questionar se essas medidas apresentam o caráter cautelar a exigir a propositura de uma ação principal. Ademais, a Lei apresenta caráter muito mais cível do que penal. Tanto é assim que a Lei não prevê delitos, nem comina penas, razão pela qual não pode ser chamada de norma penal incriminadora.

Insta salientar que os civilistas sustentam que as medidas protetivas de urgência independem da prática de uma infração penal (crime ou contravenção), podendo ser deferidas em expediente apartado, nos termos do artigo 18 da Lei 11.340/2006. Contudo, isso não seria aplicável, posto que tal entendimento denota o afastamento entre polícia judiciária e a mulher vítima de violência doméstica.

Observa-se que dificilmente a polícia levará a cabo uma informação de violência doméstica que não constitua crime ou contravenção, até por ausência de atribuição para tanto, nos termos do disposto no art. 10 da Lei 11.340/2006: *“na hipótese da iminência ou da*

prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, a Autoridade Policial que tomar conhecimento da ocorrência adotará, de imediato, as providências legais cabíveis”.

Outro argumento daqueles que defendem a natureza eminentemente cível das medidas protetivas, assim como sua característica de tutela antecipada, é de que, uma vez arquivado o inquérito policial ou extinta a ação penal, não poderiam as medidas protetivas ser extintas, pois, se isso acontecesse, culminaria na ausência da proteção estatal às vítimas.

A 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento de Recurso Especial (REsp 1419421/GO), entendeu que as medidas protetivas previstas na Lei nº. 11.340/2006, observados os requisitos específicos para a concessão de cada uma, podem ser pleiteadas de forma autônoma para fins de cessação ou de acautelamento de violência doméstica contra a mulher, independentemente da existência, presente ou potencial, de notícia de crime, inquérito, processo-crime ou ação principal contra o suposto agressor^[4].

A dificuldade de se fazer coro com este entendimento se apresenta na medida em que, extinta a punibilidade do indiciado ou réu, seja pela incidência da prescrição ou porque a ofendida se retratou da representação, não cabe às medidas protetivas continuar com a restrição de direitos do acusado, se este não representa mais um risco à integridade física e psicológica da mulher, havendo hipóteses em que a própria vítima se reconciliou com o acusado, resolveu desistir das medidas protetivas,

por qualquer outra razão, ou simplesmente apresentou desinteresse tácito na sua manutenção.

Ora, tendo as medidas protetivas da Lei Maria da Penha natureza cautelar, ou seja, visando a preservação do proveito prático do processo e a garantia da eficácia da decisão final, são marcadas pelas características da urgência, preventividade, provisoriedade e instrumentalidade. Assim, devem ser aplicadas excepcionalmente e em caráter de urgência, no intuito de garantir a integridade física e moral da vítima de violência doméstica e, ainda, assegurar a eficácia do provimento jurisdicional constante da sentença.

Vale transcrever trecho da obra publicada por Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto:

As medidas elencadas neste dispositivo são adjetivadas pelo legislador como de urgência, assim como aquelas previstas no art.23 e 24 da lei. Analisando as cautelares em geral, salienta Antonio Scarance Fernandes que 'são providências urgentes com as quais se busca evitar que a decisão da causa, ao ser obtida, não mais satisfaça o direito da parte, evitando que se realize, assim, a finalidade instrumental do processo, consistente em uma prestação jurisdicional justa. (*Violência Doméstica - Lei Maria da Penha Comentada artigo por artigo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2ª ed., 2008)

A Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, em sede de Apelação Criminal nº. 1.0223.07.232286-8/001, decidiu que as excepcionais medidas protetivas do artigo 22 da Lei 11.340/06, consistentes na proibição de determinadas condutas ao agressor (inciso III), têm natureza cautelar, ou seja, visam assegurar o proveito prático do processo e garantir a eficácia da decisão final, devendo perdurar, pois, até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, sob pena de desvirtuamento do seu caráter cautelar e de se tornarem mais gravosa para o acusado do que a própria sanção penal^[5].

Não se pode olvidar que cada uma destas medidas se comportam de maneira diferente, sendo que as numeradas nos incisos I, II, III, são de natureza penal, e as previstas nos incisos IV e V são de natureza civil, próprias do direito de família.

Apesar de as medidas protetivas apresentarem natureza cautelar, em vista de sua urgência e do caráter acessório, reza o melhor entendimento que não seguem, necessariamente, o rito das cautelares civis, não havendo limite temporal para se intentar a ação principal (penal) – bastando que haja sua possibilidade – podendo perdurar durante a execução da pena enquanto houver a necessidade e interesse da vítima em face do agressor.

Ao discorrer sobre o processamento das medidas protetivas, Maria Berenice Dias aduz que, ao ser encaminhado pela autoridade policial pedido de concessão de medida protetiva de urgência – quer de natureza criminal, quer de caráter cível ou familiar – o expediente é

autuado como medida protetiva de urgência, ou expressão similar que permita identificar sua origem. Assim, o Código de Processo Civil tem aplicação subsidiária, eis que a Lei Maria da Penha prescreve, em seu art. 13, que *“ao processo, ao julgamento e à execução das causas cíveis e criminais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher aplicar-se-ão as normas dos Códigos de Processo Penal e Processo Civil”*[6].

Impende destacar, quanto à natureza cautelar, que a *ratio legis* atinge sua máxima efetividade quando as medidas protetivas são consideradas acessórias à prática de uma infração penal e não simplesmente garantidoras do direito material da ação principal (rito processual cível ou criminal), isso porque o inquérito policial, bem como o processo criminal, não depende das protetivas, mas sim o contrário.

A Sexta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, recentemente, na Apelação Criminal nº. 1.0024.10.235577-3/001, ao manter a decisão de revogação das medidas protetivas, consignou que estas possuem caráter cautelar e natureza acessória, não podendo perdurar se não subsistir a ação principal[7].

Mais uma vez, é importante apresentar outra lúcida decisão da Corte Mineira, em sede de Agravo de Instrumento, ao decidir que as medidas protetivas possuem feição cautelar e natureza acessória, não podendo subsistir se a ação principal, que se tem em mira tutelar, se revelar inviável[8].

No mesmo sentido, também não poderia perdurar as medidas protetivas concedidas nos casos em que a vítima deixasse transcorrer *in*

albis o prazo para oferecer a representação ou que dela se retratasse, na forma do art. 16 da Lei Maria da Penha.

De se gizar que, para que as medidas protetivas de urgência não sejam revogadas, como se infere do *nomen juris*, necessária a atualidade das agressões e a persistência do risco e urgência.

Contudo, no que tange à duração das medidas protetivas, Sérgio Ricardo de Souza^[9], destacou que a medida aplicada deve perdurar durante toda a vigência da ação penal, caso não seja constatada sua desnecessidade (interesse da ofendida). E, verificando o magistrado, por ocasião da sentença condenatória penal, que a medida de natureza predominantemente penal continua sendo necessária, poderá prorrogá-la por tempo razoável, dentro do período de execução da pena imposta.

A Terceira Câmara Criminal, nos Embargos de Declaração nº. 1.0319.11.001491-1/002, acolheu parcialmente o recurso, fundamentando que as medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha têm natureza cautelar e, portanto, devem perdurar durante o inquérito policial e a ação penal, todavia, se extinguem com o trânsito em julgado da sentença condenatória, somente podendo ser mantidas de forma excepcional e fundamentada^[10].

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina também já decidiu que as medidas protetivas de urgência fixadas em determinada ação não podem ser estendidas por tempo indeterminado. Assim, no momento da prolação de sentença condenatória ficam superadas as medidas protetivas de caráter predominantemente penal, esgotando-se a sua validade, salvo no caso de comprovada necessidade de prorrogação por tempo razoável,

dentro do período de execução da pena imposta. Conclui-se, por consequência, que as medidas protetivas não podem ser eternas, pois, apesar de serem satisfativas, são medidas cautelares emergenciais que visam proteger a mulher pelo tempo necessário à satisfação de sua segurança[11].

Destarte, sobretudo quando se tratar de medidas protetivas de natureza penal, o tempo de duração é limitado pela situação de violência sofrida pela mulher, ou seja, ela vigorará enquanto perdurar a situação que ensejou sua concessão, contudo, uma vez extinto o processo criminal, restarão prejudicadas.

Noutro giro, outro questionamento acerca do tema está relacionado às medidas protetivas de caráter eminentemente cível, como a prevista no artigo 22, inciso IV, da Lei n.º 11.340/06 (suspensão ou restrição do direito de visitas) quando analisadas pelo Juízo Criminal.

A cautela exigível na situação mencionada acima é que só ocorra a concessão de tais medidas mencionadas acima quando há indícios da prática de violência doméstica e, mesmo assim, sempre dentro dos razoáveis limites ditados pelo próprio escopo da Lei Maria da Penha. Com isso, pretende-se afastar qualquer ingerência excessiva, tão indevida quanto não recomendável, em demanda que, por essência, ostenta natureza cível.

Registre-se *en passant* que a regulamentação do direito de visitas, por exemplo, não deve constituir objeto de feitos em que se discute a necessidade das medidas protetivas, não só pelo limitado espectro de cognição invariavelmente observado em processos dessa natureza, mas

também pela existência de via própria e adequada, no juízo cível, para o exame da importante questão.

Sendo a medida protetiva de caráter cível e havendo contrariedade entre esta e uma posterior proferida pelo juízo cível, prevalecerá esta última, já que a primeira atende apenas a uma situação de urgência, exigindo apenas um lastro probatório mínimo, enquanto a segunda exige uma cognição suficiente a análise do pleito.

Destarte, em qualquer caso, deve ser observado um mínimo de comprovação, tanto da situação de violência, quanto da necessidade das medidas protetivas. *Ipsa facto*, a constatação do fato previsto na norma só é possível mediante um mínimo suporte probatório. Caso contrário, o indeferimento das medidas protetivas de urgência se impõe, sob pena de violação ao direito de terceiros. Com efeito, não se pode olvidar que o réu também é sujeito de direitos, e possui diversas salvaguardas constitucionais, dentre as quais a presunção de inocência, a ampla defesa e o direito ao devido processo legal.

A missão do intérprete, no caso da Lei Maria da Penha, deve pautar-se pela busca da conciliação entre todos esses princípios, pois, se por um lado, a Carta Magna desejou assegurar especial proteção e assistência à família, por outro, também determinou coibir a violência no âmbito de suas relações.

Conclusão

Diante do exposto, nota-se que, tendo o legislador sido omissivo quanto à natureza cautelar/acessória e satisfativa/autônoma das medidas

protetivas de urgência, ainda persiste divergência doutrinária e jurisprudencial sobre o tema.

Deve-se, em cada caso concreto, atentar-se aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade de aplicação das medidas protetivas e, principalmente, ao fim pretendido pela legislação especial, qual seja, a existência de uma situação de violência que demanda urgência na proteção, já que considerando unicamente as declarações da ofendida não se pode inferir que seja necessária a aplicação destas, sob pena de afronta aos princípios da presunção de inocência e do devido processo legal.

Para tanto, nada mais coerente do que considerar as medidas protetivas acessórias à ação penal, condicionada à demonstração de sua efetiva urgência e necessidade, em face de violência atual ou iminente. O que deve existir é o *fumus commisi delicti*, uma situação de risco para a vítima, que necessita de proteção do Estado, uma vez que está presente o requisito da medida cautelar criminal, o *periculum libertatis*, traduzido no risco à integridade física ou psicológica da vítima de violência doméstica.

De todo modo, não há como perder de vista o fato de que, retirar a natureza cautelar e acessória das medidas protetivas, poderia resultar em medidas inócuas, conflitantes com demais searas, indeterminadas temporalmente, bem como ofensivas aos princípios constitucionais acima mencionados.

É cediço que as medidas cautelares de urgência têm caráter provisório, visando assegurar a efetiva proteção que a Lei promete à mulher, logo, embora a Lei nº [11.340/06](#) não fixe prazos, só devem

perdurar enquanto houver ação penal em curso, até porque sua manutenção por prazo indefinido e sem justificativa geraria ônus excessivo e desproporcional ao indiciado/acusado.

Importante observar, ainda, que a competência dos juízos criminais se limita a decidir acerca dessas medidas urgentes de violência, diante da prática de um delito desse jaez, que antes eram processadas nas varas de família. As ações principais e demais medidas cautelares de natureza eminentemente cível, devem manter-se no juízo de família.

A violência doméstica praticada contra a mulher é fato que não pode ser desprezado e, muito menos, banalizado. Resultado de uma sociedade desenvolvida sobre alicerces patriarcais, a situação de hipossuficiência das mulheres, ainda presente em nosso país, é justificativa suficiente à defesa da legitimidade da técnica legislativa adotada. No entanto, o tratamento diferenciado por razões de gênero, com a consequente aplicação das medidas aqui tratadas, somente deve ser admitido naqueles casos em que encontre a violência externada na forma da infração penal, com todos os seus contornos, restando claro, ainda, o interesse da vítima e a existência da urgência da situação (risco atual ou iminente).

REFERÊNCIAS

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência Doméstica - Lei Maria da Penha Comentada artigo por artigo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2ª ed., 2008

DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da Lei nº. 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a*

mulher. 2ª ed. rev. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

JESUS, Damásio de. *Violência contra a mulher: aspectos criminais da Lei nº.11.340/2006*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

LAVIGNE, Rosane Maria Reis. *Lei Maria da Penha: o movimento de mulheres chega ao Poder Judiciário*. José Ricardo Cunha (org.). Direitos Humanos e Poder Judiciário no Brasil: Federalização, Lei Maria da Penha e Juizados Especiais Federais. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Centro de Justiça e Sociedade, 2009.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, 17. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 5ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

SOUZA, Sérgio Ricardo. *Comentários à Lei de Combate à Violência Contra a Mulher*. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2008.

<http://www.stj.jus.br>

<http://www.stf.jus.br>

<http://www.tjmg.jus.br>

<http://www.tjsc.jus.br>

NOTAS:

[1] Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

[2] [HC 106212/MS, rel. Min. Marco Aurélio, 24.03.2011. \(HC-106212\)](#)

[3] TJMG - Apelação Criminal 1.0024.12.022221-1/001, rel. Des. Sálvio Chaves, 7ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 07/05/2015, publicação da súmula em 15/05/2015.

[4] REsp 1419421/GO, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 11/02/2014, DJe 07/04/2014.

[5] TJMG, AP n.º 1.0223.07.232286-8/001(1) Relator: Renato Martins Jacob, data da publicação: 09/01/2009.

[6] DIAS, Maria Berenice. A Lei Maria da Penha na Justiça. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 140.

[7] TJMG - Apelação Criminal 1.0024.10.235577-3/001, Relator: Des. Rubens Gabriel Soares, 6ª Câmara Criminal, julgamento em 05/05/2015, publicação da súmula em 15/05/2015.

[8] TJMG - Agravo de Instrumento 1.0024.10.254016-8/001, Relator: Des. Furtado de Mendonça; 6ª Câmara Criminal, julgamento em 24/04/2012, publicação da súmula em 01/06/2012.

[9] SOUZA, Sérgio Ricardo. *Comentários à Lei de Combate à Violência Contra a Mulher*. 2.ed. Curitiba:

Juruá, 2008. p. 139.

[10] TJMG - Embargos de Declaração-Cr 1.0319.11.001491-1/002, Relator: Des. Antônio Armando dos Anjos, 3ª Câmara Criminal, julgamento em 13/08/2013, publicação da súmula em 23/08/2013.

[11] Habeas Corpus n.2008.028250-3, de Garopaba, rel. Des. Torres Marques.

TRIBUTAÇÃO DO CRÉDITO DE CARBONO E O MODELO DO "CAP AND TRADE"

AMÉRICO RIBEIRO FILHO: Advogado Associado ao Escritório "Freire, Farias & Viana Advogados Associados S/S" - Área Tributária. Pós-Graduando em Direito Tributário e Processual Tributário pelo Centro Universitário do Pará - CESUPA.

À luz da mudança climática ocorrida mundialmente nos últimos anos, oriunda do fomento industrial e demais aspectos semelhantes, tem-se como consequência o aquecimento global derivado da emissão de gases poluentes, causando o famigerado “efeito estufa”. Com isso, a sociedade passou a preocupar-se cada vez mais com a criação de mecanismos para diminuir ou coibir os referidos danos ambientais causados.

Em 1997 foi firmado o Protocolo de Kyoto, tratado internacional que visa a diminuição da emissão de gases do efeito estufa, com o intuito de reduzir a temperatura global. Os países do “anexo I” (mais desenvolvidos) do referido protocolo, ficaram incumbidos de cumprir metas de redução de emissão dos gases de efeito estufa, em troca dos chamados “Créditos de Carbono”, medidos por tonelada de CO².

Os referidos créditos são obtidos através de investimentos em Mecanismos de Desenvolvimento Limpo (MDL), que constata as Reduções Certificadas de Emissões (RCE) e geram o crédito em si.

O investimento em Mecanismos de Desenvolvimento Limpo (MDL) possibilitou então o cumprimento das metas por parte dos signatários (mais desenvolvidos) e o recebimento de investimentos para

financiamento de projetos que visem a redução dos referidos gases nos países em desenvolvimento.

Assim, foi criado o chamado “Mercado de Carbono”, que possibilita aos países mais desenvolvidos que não alcançaram suas metas de redução, a aquisição das Reduções Certificadas de Carbono (RCE), ou seja: os créditos, dos países em desenvolvimento que, mesmo não tendo a obrigação de atingir metas, recebem os referidos investimentos para a redução da emissão de gases em troca da transferência dos créditos para aqueles que necessitam atingi-las.

O Mercado de Carbono é o campo de trocas onde os países com alta emissão de gases poluentes tem a possibilidade de comprar o excedente das cotas dos países que produzem menos CO², o que é nomeado como modelo “Cap & Trade”.

Para fins exemplificativos, a França – que ratificou o protocolo e figura no “anexo I” – possui metas para redução da emissão dos gases que causam o efeito estufa, enquanto que o Brasil, que também ratificou o protocolo mas, por não constar no referido anexo, não tem metas a serem alcançadas por ora.

A França pode fomentar investimentos no Brasil para que este passe a ser um produtor de Mecanismos de Desenvolvimento Limpo (MDL) e gere, como consequência, Reduções Certificadas de Carbono (RCE) e, por não precisar das mesmas para cumprir metas, possa vendê-las como “créditos de carbono” no mercado de valores.

Atualmente o Brasil já se prepara para esse cenário, possuindo projetos de MDL como: energia eólica, hidrelétricas, aterros sanitários para

impedir o traslado do metano para a atmosfera, troca de combustíveis fósseis por energia renovável, etc.

As compras e vendas dos chamados “créditos de carbono” são realizadas na bolsa de valores, através de leilões eletrônicos, previamente anunciados em editais que tornem pública sua realização, nos quais podem participar corretores da bolsa de valores, *traders*, fundos de carbono, organismos de financiamento, entidades governamentais, etc.

Importante ressaltar que o negócio jurídico realizado com as Reduções Certificadas de Carbono, ou seja, com a negociação de créditos de carbono no mercado (através do Cap & Trade) não tem a natureza de uma compra e venda pura e simples, pois trata-se de um bem intangível (incorpóreo), que pode ser objeto de negociação em regime próprio, qual seja de cessão de direitos, como leciona Silvio de Salvo Venosa: “*os bens incorpóreos também podem ser objeto do negócio, embora para este assumam a denominação de cessão*”^[1].

A respeito da tributação dessa operação, tem-se que internalizar a aquisição dos referidos créditos, ou seja, analisá-la sob o prisma de negócio realizado entre pessoas jurídicas, mas não entre federações.

Na legislação brasileira, a operação submeter-se-ia à tributação da renda gerada com a negociação em voga, notadamente com o *ganho de capital* gerado, na forma do RIR/99.

Não obstante, dar-se-ia ensejo ainda à tributação sobre a operação realizada com a venda de *valores mobiliários*, no que diz respeito aos mercados de capitais (bolsa de valores) – consequentes taxas para a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) –, enquadrados como operações

de renda variável, tendo como base de cálculo o ganho líquido da operação, com fulcro no art. 2º, II da Lei nº 11.033/04.

É discutível a incidência de *PIS/PASEP/COFINS*, devendo ser analisado cada caso em separado, tendo em vista que a Receita Federal do Brasil, na Solução de Consulta nº 59-SRRF/9ª RF/DISIT, entendeu pela não incidência de *PIS/PASEP/COFINS*, em relação à venda para o exterior de créditos de carbono.

Certo é que persiste discussão acerca da viabilidade do mercado de carbono e suas consequências para o meio ambiente, por alguns defendidos como um avanço, que fomenta a redução dos referidos gases poluentes e o investimento em tecnologia para tanto e por outros taxados como mera operação de mercado com a finalidade exclusiva de obter lucro sobre as gravosas mudanças climáticas do nosso planeta.

NOTAS:

[1] VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil – Contratos em Espécie*; 5ª ed: Atlas Jurídico. São Paulo, 2005, p. 34.