

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 831

(Ano IX)

(09/12/2017)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2017

Conselho Editorial

VALDINEI CORDEIRO COIMBRA (DF) - Coordenador-Geral. Fundador do Conteúdo Jurídico. Mestre em Direito Penal Internacional Universidade de Granda/Espanha.

MARCELO FERNANDO BORSIO (MG): Pós-doutor em Direito da Seguridade Social pela Universidade Complutense de Madrid. Pós-Doutorando em Direito Previdenciário pela Univ. de Milão. Doutor e Mestre em Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica/SP.

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

RODRIGO LARIZZATTI (DF/Argentina): Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA.

MARCELO FERREIRA DE SOUZA (RJ): Mestre em Direito Público e Evolução Social u, Especialista em Direito Penal e Processo Penal.

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

SERGIMAR MARTINS DE ARAÚJO (Montreal/Canadá): Advogado com mais de 10 anos de experiência. Especialista em Direito Processual Civil Internacional. Professor universitário.

País: **Brasil**. Cidade: **Brasília – DF**. Endereço: SHN. Q. 02. Bl. F, Ed. *Executive Office Tower*. Sala 1308. Tel. 61-991773598 ou 61-3326-1789
Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLONISTA DA SEMANA



08/12/2017 Eduardo Luiz Santos Cabette
» [Estupro de vulnerável diante do estatuto da pessoa com deficiência](#)

ARTIGOS

- 08/12/2017 Charles Douglas Pereira Lopes
» [Abordagem da legislação brasileira à adoção internacional](#)
- 08/12/2017 Alexandre Barbosa da Silva
» [Monitoramento eletrônico: análise quanto à sua aplicabilidade](#)
- 08/12/2017 João Nunes de Viveiros Neto
» [Inaplicabilidade da Súmula 392 do STJ na execução fiscal em face de Cartórios Extrajudiciais](#)
- 07/12/2017 João Nunes de Viveiros Neto
» [Execução fiscal em face de Conselhos Profissionais, diante do julgamento do Recurso Extraordinário \(RE\) 938837](#)
- 07/12/2017 Maria Eduarda Andrade e Silva
» [A sentença de improcedência por insuficiência de provas em ações coletivas: implicações na coisa julgada e no interesse recursal](#)
- 07/12/2017 Aparecida I. Amarante
» [Animais. Natureza jurídica: objetos ou sujeitos de direito. Animais domésticos. Guarda compartilhada](#)
- 07/12/2017 Kezia Torres de Almeida
» [Os Juizados Especiais Cíveis estaduais e a morosidade processual](#)
- 06/12/2017 Gabriela Bittencourt
» [A vinculação dos precedentes dos Tribunais Superiores na atuação da PGFN e do CARF](#)
- 06/12/2017 Eliardo Soares Moraes

» [A \(in\)constitucionalidade do parágrafo único do Artigo 137 da Lei 8.112/90](#)

06/12/2017 Lara Sobral Aragão

» [Sobre o direito à cultura ou quem tem direito a ela](#)

06/12/2017 Jonas Vieira Prado

» [Disparidade de armas que viola o contraditório e ampla defesa](#)

06/12/2017 Marcos Vinícius Medrado Cardozo

» [Prisão. Uma visão crítica frente ao princípio da presunção da inocência](#)

05/12/2017 Eliardo Soares Moraes

» [Atos de gerência ou administração de sociedade privada praticados pelo servidor](#)

05/12/2017 Diogo Alexandre Restani

» [O termo inicial na prescrição da pretensão estatal executória](#)

05/12/2017 Milena Tenório de Lemos

» [Repercussão geral no recurso extraordinário: adstrição do Supremo Tribunal Federal ao leading case](#)

05/12/2017 Laís Nunes de Oliveira

» [Responsabilidade civil do Estado com enfoque nos presídios brasileiros](#)

05/12/2017 Renata Moura Tupinambá

» [A identidade de gênero no cenário jurídico-social](#)

04/12/2017 Jacy Ribeiro de Andrade

» [O sistema carcerário brasileiro e sua ineficiência quanto aos fins da pena](#)

04/12/2017 Allan Cosme Marques Sousa

» [A importância da atuação do Comitê Internacional da Cruz Vermelha na efetivação do Direito Internacional Humanitário na Guerra do Afeganistão de 2001](#)

04/12/2017 Sebastião Henrique Viana Batista

» [Justiça Terapêutica: um novo paradigma para a justiça brasileira no combate a reincidência da criminalidade pelo uso das drogas lícitas e ilícitas](#)

04/12/2017 Renata Moura Tupinambá

» [Poder punitivo estatal: justificativas e limitações](#)

04/12/2017 Andrea Cerqueira Russo

» [Uma análise crítica da Lei 11.340/06 à luz da expansão do ideário punitivista no brasil](#)

04/12/2017 Eliardo Soares Moraes

» [Acumulação de cargos e regime de horas](#)

ABORDAGEM DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA À ADOÇÃO INTERNACIONAL

CHARLES DOUGLAS PEREIRA LOPES:
Acadêmico de direito na Faculdade Católica do Tocantins.

ARMANDO SOARES DE CASTRO FORMIGA

(Orientador)[1]

RESUMO: Este trabalho tem como objeto o estudo da adoção internacional, o debate sobre o tema não se encontra esgotado, pois com as recentes mudanças na legislação ocorreu um recrudescimento dos processos de adoção internacional no Brasil. Os motivos que levaram a ocorrer isto podem começar a ser entendidos a partir do momento que se lançam luz sobre o processo de adoção, suas origens e minúcias como um todo. As pesquisas embasaram-se no estudo crítico da Convenção de Haia, que regula o processo de adoção internacional e previne o tráfico de pessoas, também focou na esfera interna o Estatuto da Criança e do Adolescente e impõe maior rigorosidade e cautela no processo de adoção internacional. O presente trabalho está dividido em mais cinco capítulos. Em dois, faz-se a análise dos assuntos relevantes para entendimento do caso, princípios que norteiam qualquer ato em que o menor esteja presente, os requisitos da adoção e seu procedimento. Assim como no último capítulo faz-se uma retificação ao atual sistema de adoção internacional, porquanto se sugere pesquisas posteriores para avaliar a eficácia da atual legislação.

Palavras-chave: Adoção Internacional, Crianças, Tráfico.

ABSTRACT: The present paper has as its object the study of international adoption, the debate on the topic is not exhausted, because with the recent changes in legislation there has been a resurgence of international adoption processes in Brazil. The motives that led to this can begin to be understood from the moment that shed light on the adoption process, its origins and minutiae as a whole. The research was based on the critical study of the Hague Convention, which regulates the process of international adoption and prevents trafficking in persons, has also focused on the

internal sphere of the Child and Adolescent Statute and imposes greater rigor and caution in the international adoption process. The present work is divided into five more chapters. In two, it is analyzed the subjects relevant to understanding the case, principles that guide any act in which the minor is present, the requirements of adoption and its procedure. As in the last chapter, a rectification is made of the current system of international adoption, as further research is suggested to evaluate the effectiveness of current legislation.

Keywords: International Adoption, Children, Traffic.

SUMÁRIO: 1 Novo Cenário Da Adoção Internacional. 2 Aspectos Da Adoção. 3 No Brasil. 4 Legislação Brasileira. 5 Adoção Internacional. 6 Considerações Finais. Referencias.

1 NOVO CENÁRIO DA ADOÇÃO INTERNACIONAL

Este trabalho trata-se de um artigo teórico, o qual busca analisar a forma como ocorre a adoção por estrangeiros no Brasil, especialmente no que tange às inovações trazidas ao processo de adoção pela lei nº 12.010 de 2009. Para a construção este empregou-se a abordagem qualitativa, que teve como resultado uma pesquisa de caráter exploratório e descritivo.

Segundo Gil (2002, p.42), a pesquisa descritiva busca descrever as características de determinadas populações ou fenômenos que ocorre no meio desta. Já a pesquisa exploratória normalmente visa o esclarecimento de algum fenômeno ainda pouco explorado ou abordado pelas doutrinas e pela mídia.

Dessa forma, ao final da pesquisa exploratória, se ampliará o conhecimento sobre dado assunto (GIL, 2002, p.42-43). O estudo utilizou-se predominantemente de uma pesquisa documental, já que as principais fontes empregadas foram legislações sobre tema, além de publicações e informações disponíveis em sites governamentais, como o Portal do Tribunal de Justiça do Tocantins, o Portal do Supremo Tribunal Federal. Também, foram analisados livros e artigos científicos sobre a temática.

No Brasil existe somente no Cadastro Nacional de Adoção (CNA) mais de 7 mil crianças e adolescentes aguardando adoção nos serviços de acolhimento, porquanto existe mais de 38 mil pessoas interessadas em adotar, todavia em levantamentos realizados no ano de 2016 foram realizadas somente 1.226 adoções judiciais no país (FARIELLO, 2017, p.11-15).

O processo de adoção no país, apesar de ter evoluído muito desde o período colonial, com a conhecida “roda dos enjeitados”, ainda é extremamente moroso, muito formalista e cheios de nuances, assoma-se a isto o fato de que a maioria dos interessados, possuem um perfil idealizado, e querem adotar mormente recém-nascidos, brancos e sem nenhuma deficiência, um sonho que está bem longe da realidade que o Brasil presencia no século XXI. (SILVEIRA, 2015, p.8; MESGRAVIS, 2017, p.404)

Apesar da adoção internacional sempre ser um tema complexo, e bem pouco discutido pelas doutrinas, eivado de preconceitos e equívocos, devido ao desinteresse dos brasileiros em crianças com algumas características específicas, é uma boa solução para que crianças e adolescentes saiam de abrigos e encontrem famílias adotivas, todavia não deve ocorrer de forma ilegal, para que não se torne um crime (CÁPUA, 2007, p.88-89).

Até alguns anos era possível a um estrangeiro adotar um brasileiro nato, com somente uma procuração em mãos, a legislação evoluiu para evitar e minimizar a situação de que milhares de brasileiros em terra estrangeira que muitas vezes são repatriados por cometerem crimes, ou mesmo, a legislação do país que reside não abarcar sua situação jurídica (BARBOSA, 2016, p.165-166).

Atualmente, para um estrangeiro adotar uma criança é obrigatório a presença deste no Brasil, sendo necessária também, além de um estudo psicossocial, uma análise crítica e minuciosa de seus documentos, isto deve ocorrer após o seu cadastro e um período de convivência com a criança, em território nacional, pelos prazos previstos no artigo 46, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990a).

A fim de facilitar a compreensão quanto ao tema, é necessário primeiramente tecer comentários quanto à adoção, explanando seu conceito e seus principais princípios. Em seguida, analisar as adoções no Brasil feito por estrangeiros, destacando seus requisitos e pressupostos para que isso ocorra, encontrados e regulamentados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e baseados na Convenção de Haia.

Importante ressaltar que o não preenchimento dos requisitos legais pátrios no caso da adoção, enseja o surgimento do tráfico de crianças e adolescentes. Uma ato ilícito que Brasil se comprometeu a mitigar após a recepção em nosso ordenamento da Convenção de Haia, Convenção Interamericana de Combate ao Tráfico de Menores, que busca solucionar esses e outros problemas (BRASIL, 1990b).

Após a análise dos dados coletados, ilustrou-se como são feitos os processos de adoção e as inovações trazidas pela lei que instituiu o novo regime. Posteriormente, foi enfatizada a questão da adoção internacional, abordando sua previsão legal e finalidade.

Este trabalho ao abordar um assunto que tem respaldo nas problemáticas sociais faz com que não se limite aos estudantes de Direito. Assim, alcançará um público diversificado pautado no estudo das relações do homem e na proteção aos direitos humanos.

2 ASPECTOS DA ADOÇÃO

A adoção de crianças e adolescentes é um processo legal, onde uma criança ou adolescente poderá ser assumido como filho por pessoa ou casal que não possua vínculos de filiação biológica com o menor. Tal medida é prevista e regulamentada na Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que dispõe quanto ao processo envolvendo crianças e adolescentes, e que posteriormente teve alguns de seus dispositivos reformados pela Lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009 (BRASIL, 2009, 2014; TOCANTINS, 2011).

A palavra “adoção” no latim, ad = para + optio = opção, significa que desde sua origem é conceituada como um ato deliberativo, resultante da manifestação de vontade das partes (PORTAL DE ETIMOLOGIA, 2012).

Entretantes, a adoção é um ato jurídico em sentido estrito, pois sua eficácia está adstrita à rubrica judicial, consoante previsão do Estatuto da Criança e Adolescente.

A adoção, segundo o doutrinador Clóvis Beviláqua (1976, p. 351): "é o ato civil pelo qual alguém aceita um estranho na qualidade de filho". O conceito do mestre Pontes de Miranda citado por Silveira (2015, p. 12): "adoção é o ato solene pelo qual se cria entre o adotante e o adotado relação fictícia de paternidade e filiação".

Então nota-se que adoção é um ato pelo qual a pessoa ou um casal através de um processo, legal, regido por lei específica, atribui a criança ou adolescente, tendo qualquer relação de parentesco consanguíneo ou não, trazendo para sua família com a condição de filho, estabelecendo assim um vínculo de filiação (DINIZ, 2010, p.116-118).

Vale ressaltar por oportuno, que o processo legal de adoção é medida extrema, assim como evidenciado no art. 39, § 1º do ECA, de modo que deverá ser assegurado que foram tomadas todas as medidas cabíveis para a permanência do menor com a família natural (BRASIL, 2012a).

3 NO BRASIL

No Brasil, a adoção remonta aos meados dos anos de 1700, quando em nosso passado colonial, as crianças abandonadas eram, conforme o modelo português, destinadas à roda dos expostos. A roda era um aparelho mecânico formado por um cilindro, fechado por um dos lados, que girava em torno de um eixo, e ficava incrustado nos muros dos conventos, por onde frades ou freiras recebiam cartas, alimentos ou remédios, e onde há muito, era costume colocarem-se crianças enjeitadas como se deu o nome na época. (MESGRAVIS, 2017, p.404-405)

A grande preocupação deste sistema era a simples manutenção da vida, como dever cristão, amparando a criança como ser humano, sendo

que as crianças recebiam os mais variados destinos conforme o sistema adotado na localidade em questão, não se preocupando com o destino desta.

De acordo com estudo feito por Mesgravis (2017, p. 403) o mais comum parece ter sido a entrega à amas que as aleitavam, estipendiadas pelas paróquias ou municipalidades. Mais tarde ficavam sob a responsabilidade de particulares que se propunham a sustenta-las e ensinar-lhes um ofício. A administração da "roda", a escolha das amas e dos criadores dos enjeitados, assim como dos asilos, que completavam esse sistema de amparo à infância, era geralmente confiada pelas cidades à confrarias, mediante o pagamento de uma quota anual (MESGRAVIS, 2017, p. 403).

Naquela altura, grande preocupação era atribuída à preservação do anonimato dos pais biológicos, entretanto à criança não eram garantidos sequer os direitos relativos à manutenção da vida.

Entres os anos de 1861 e 1874, a "Roda" presente nas principais cidades do Brasil, recepcionou mais de 8.086 crianças, destas 3.545 morreram, entretanto nem todas as crianças que foram entregues à Roda dos Expostos continuavam nas instituições religiosas, já que muitas eram criadas por "famílias criadeiras" e "negras de aluguel" (SILVEIRA, 2015, p.8-9).

Os primeiro instituto legal a tratar do tema da adoção foi Ordenações Filipinas (DE ALMEIDA, 2017; SILVEIRA, 2015, p.8). Adoção no Brasil foi tratada pela primeira vez no Código Civil brasileiro em 1916,mas a exigência de acompanhamento judicial se deu somente com o Código de menores, de 1917, e sua previsão se deu ainda no mesmo ano por gestão e persistência de Clóvis Bevilácqua no Códex de 1917 (BARBOSA, 2016, p.162; SILVEIRA, 2015, p.8)

Todavia, apesar de sua prática ser realizada desde então, a grande maioria das adoções se davam de forma irregular, deste modo o bem-estar da criança, era algo secundário e até mesmo não observado, somente com

a Constituição Federal de 1988 que se inaugurou o nascimento da doutrina da proteção integral (BRASIL, 2012b).

A partir de então, o instituto da adoção passou a ter nova caracterização; deixou para trás o preconceito e os estigmas relacionados à questão, pois antes só casais casados teria o direito de ter filhos adotivos, e a criança e ao adolescente passaram a ser vistos como pessoas em desenvolvimento, sujeitos de direitos e com prioridade absoluta; colocados, portanto, como categoria central da questão da adoção, difundindo em relação a este instituto a mentalidade de que a busca é de uma família para a criança, e não de uma criança para a família.

A prioridade absoluta aos direitos de crianças e adolescentes foi reconhecida mundialmente e, no Brasil, a Constituição foi elaborada com o objetivo de corroborar esta visão, em seu art. 227. Ainda de forma completar a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, veio estender, explicitar e normatizar a forma como tais direitos estariam garantidos e reconhecidos, apresentando, assim, os direitos infanto-juvenis como direitos incontestes.

A Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88) deu abrangência explícita aos direitos das crianças e dos adolescentes, estabelecendo regras sobre trabalho e profissionalização, capacidade eleitoral, assistência e seguridade social, programação de rádio, televisão, múnus público de proteção integral e dever do Estado, garantias democráticas processuais, incentivo à guarda, prevenção contra entorpecentes, defesa contra abuso social, estímulo a adoção, isonomia filial. Desta forma encampou definitivamente a política de proteção integral da infância e da adolescência no Brasil (CÁPUA, 2007, p.35)

O ECA ressaltar no artigo 23 não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar por falta recursos materiais, condições de vida precária ou tão pouca ausência de afeto, mas por abuso emocional ou físico, abandono, maus-tratos e trabalho infantil. (BRASIL, 1990c)

De acordo com o levantamento nacional de crianças e adolescentes em serviço de acolhimento efetuado em 2010, pelo Ministério do

Desenvolvimento Social cerca de 32.621 crianças ainda vivem abrigadas em serviços de acolhimento. A situação familiar das crianças e adolescentes segundo o levantamento, 46,4% estão em avaliação para reintegração à família, sendo que 30,4% não volta para a família biológica pela perda ou suspensão do poder de família, e somente 2% estavam em processo de adoção.(SENADO FEDERAL, 2013, p. 29)

Ainda em relação à pesquisa realizada pelo Ministério do Desenvolvimento Social, 61% das crianças e adolescentes que se encontram em serviços de acolhimento possuía família e tinha vínculo com a mesma, outras 23,2% não tinham vínculo com sua família, 14,4% delas a família não tinha sido localizada, não obtivera informação sobre, ou possuíam impedimento judicial de contato.(SENADO FEDERAL, 2013, p. 29)

Nessa conjuntura a adoção no Brasil iniciou um processo de melhoria das leis e regulamentos na área, algo análogo ocorreu com a adoção internacional, pois procedimentos dessa natureza quando ocorrem de forma irregular configura tráfico de pessoas e abuso infantil, o que demandou urgência da normatização da situação (BARBOSA, 2016, p.174).

4 LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

O Estatuto da Criança e do Adolescente constitui normas prescritas nos artigos 40 a 52, que com o objetivo de assegurar os direitos do menor em seu aspecto mais fundamental: saúde, educação, lazer e afeto. Ou seja, o foco da legislação é uma família para uma criança, e não, uma criança para uma família (FONSECA, 2006, p.20-22).

Adverso ao pensamento corrente, adotar não é um direito, e uma concessão que o estado dá para algumas pessoas que preenchem os requisitos legais, direito na verdade possui a criança ou adolescente a saúde, educação, lazer e afeto. Bem como, cabe ao Estado-Juiz agenciar a colocação em lar substituto (sendo a adoção uma das formas), os que possuem o sonho de adotar, têm que se sujeitar as regras e submeterem-se a avaliações técnicas (BARBOSA, 2016, p.172-173).

Quanto aos sujeitos da adoção, chamado de adotando, em condições de adoção conforme art. 40, do ECA, a pessoa menor de 18 anos, exceção se já encontrar-se sob outro estatuto referente a colocação em família substituta (guarda ou tutela), além disso o menor deve ser órfão, de pais desconhecidos ou falecidos. Caso tenha algum genitor vivo, imprescindível que aquiesçam com a adoção do filho (BRASIL, 2014).

Ainda existe a situação em que família de origem não possui recursos afetivos, psicológicos e financeiros para arcar com a criação, ou seja, garantir-lhe direitos fundamentais (BRASIL, 2014).

Como forma de garantir o direito da família, devem ser esgotadas as possibilidades. É necessária ainda a comprovação, para que uma criança ou adolescente possa fazer, parte do processo de adoção, que foram esgotadas todas as tentativas de inclusão do menor no seio da família natural; de modo que a única maneira de preservar o direito à família, e garantir todos os direitos fundamentais do mesmo será proporcionar a oportunidade de inserção em uma nova família.

Ainda para que uma pessoa possa adotar uma criança de acordo com o Estatuto da Criança e Adolescente, em seu art. 42, deverá ter a idade mínima de 18 anos, diferença mínima de 16 anos com o adotando, e independe o status civil, bastando apenas comprovação da estabilidade familiar. É necessário esclarecer que a exigência de disparidade entre a idade do adotante e do adotado visa, o quanto que possível, dar a aparência de uma família genética.(BRASIL, 1990c).

Os interessados em adotar uma criança quando casados e aqueles em união estável podem adotar, necessitando apenas que um dos companheiros preencha os requisitos básicos quanto à idade; a concordância referente ao ato a ser realizado e demonstração da estabilidade familiar.

Entretanto, os divorciados poderão adotar conjuntamente, exigindo a concordância quanto à guarda, regime de visitas e que o estágio de convivência se tenha iniciado na constância da união. Ainda, merece ser caracterizada a existência de vínculo afetivo entre os sujeitos para que

ocorra o deferimento da demanda; principalmente diante da excepcionalidade da situação.

Destarte, são impedidos de adotar os ascendentes e os irmãos do adotando. É observada ainda a idoneidade moral do adotante, os motivos causadores, o devido interesse do menor. Requisitos exigidos que ultrapassam aqueles dispostos em lei e aplica-se ao caso concreto.

Desta forma observa-se que todo o ambiente que abrange uma criança e adolescente está repleto de preocupações e providências quanto à constituição da sua identidade, proteção, responsabilidades e ônus financeiro.

Durante o processo de adoção, há a preocupação dos técnicos, psicólogos, assistentes sociais, promotores e juízes com a prosperidade e segurança da criança a ser adotada. Desta maneira, buscam-se informações, analisam-se dados e são feitas visitas aos lares dos pretensos adotantes, com o objetivo de buscar todas as informações possíveis que possam esclarecer sobre a conduta social e familiar dos futuros pais.

5 ADOÇÃO INTERNACIONAL

A adoção internacional é tema de inúmeras discussões e preconceitos, não podendo ser entendida sem a devida menção da ordem globalizada atual (COSTA, 2000, p.1), do intercâmbio entre sociedades que ultrapassa as divisões territoriais, raciais, étnicas e costumes diversos.

O progresso tecnológico, a ampliação populacional, facilita as influências mútuas em áreas políticas e econômicas dos países, isto ocorre, pois, a tecnologia diminui da distância relativa entre as pessoas e as culturas, como consequência também aumenta as relações afetivas entre pessoas dos mais distantes rincões, a adoção internacional nada mais é que um dos reflexos deste estado de coisas.

Deste modo, sob o prisma do intercâmbio entre diferentes culturas e países reside o instituto da adoção internacional. Não obstante, é

imperativo que também seja observado, o caráter universal dos direitos fundamentais da criança (BRASIL, 1990b).

A adoção internacional é medida excepcional e irrevogável, na qual nos moldes da adoção comum, um menor abandonado fica sob a responsabilidade de uma família substituta. Apesar desta semelhança do instituto geral da adoção, a internacional cria um vínculo de paternidade, cultural e ambiental de uma criança em outro país (FONSECA, 2006, p.38-40).

No ordenamento jurídico, em seu artigo 51 do Estatuto da Criança e Adolescente, assim define adoção internacional aquela na qual a pessoa ou casal postulante é residente ou domiciliado fora do Brasil (BRASIL, 1990a).

Deste modo, a adoção internacional é o instituto jurídico de ordem pública que concede a uma criança ou adolescente abandonada a possibilidade de viver em um novo lar, em outra nação e até cultura, respeitadas as normas da pátria do adotado e do adotante, sendo garantida a totalidade de seus direitos e observados seus interesses.

Ainda, a adoção internacional, conforme entendimento de Marco Antônio Garcia de Pinho apud difere da nacional por referir-se à aplicação de dois ou mais ordenamentos jurídicos, envolvendo pessoas subordinadas a diferentes soberanias.

Em qualquer ação que envolva criança e adolescente todas as precauções deverão ser tomadas, a fim de garantir que os direitos do menor em qualquer situação não sejam violados. Contudo, no instituto da adoção internacional, essa cautela ainda é mais rigorosa, tendo em vista os novos e diferentes contextos geográficos e socioeconômicos em que a criança estará inserida.

Nesse aspecto, são apontados na Convenção sobre os Direitos da Criança, tratado que o Brasil é signatário, algumas questões a serem observadas antes do processo de adoção internacional, in verbis: (a) apenas pelas autoridades competentes pode autorizar a adoção da, consoante as leis e os procedimentos cabíveis e com base em todas as

informações pertinentes e fidedignas, admissível em vista da situação jurídica da criança com relação a seus pais, parentes e representantes legais e que, caso solicitado, as pessoas interessadas tenham dado, com conhecimento de causa, seu consentimento à adoção, com base no assessoramento que possa ser necessário;(b) efetuada a adoção em outro país leva em consideração como outro meio de cuidar da criança, no caso em que a mesma não possa ser colocada em um lar de adoção em seu país de origem;(c) a criança adotada em outro país goze de salvaguardas e normas equivalentes às existentes em seu país de origem com relação à adoção;(d) todas as medidas apropriadas sejam adotadas, a fim de garantir que, em caso de adoção em outro país, a colocação não permita benefícios financeiros indevidos aos que dela participarem;(e) quando necessário, há vistas a assegurar que a colocação da criança em outro país seja levada a cabo por intermédio das autoridades ou organismos competentes(BRASIL, 1990c).

No Brasil, para a adoção internacional, foi estabelecido que aqueles que tivessem vontade de adotar crianças pátrias precisariam preencher os requisitos exigidos quanto à adoção realizada por brasileiros e também a requisitos específicos; estes, dispostos nos artigos 51 e 52 da Lei n. 8.069/90 (BRASIL, 1990a).

Sob a égide do princípio da prioridade da própria família ou princípio da excepcionalidade da adoção internacional, que afirma que toda criança tem o direito de ser criada e educada em sua própria família, em seu próprio país e sua própria cultura, o artigo 31 do ECA, estabelece que a colocação em família substituta estrangeira é uma medida excepcional e ainda, somente admissível na modalidade da Adoção.

Desta maneira, está só poderá ser realizada por pessoas estrangeiras quando não for possível a colocação da criança ou adolescente em uma família substituta de seu próprio país.

Sobre o tema o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou duas vezes por acórdãos, em ambas a questão da excepcionalidade foi tida como algo subjetivo dependendo da análise do caso em si.

Em uma decisão em relação a adoção de menor por casal estrangeiro, em caráter de excepcionalidade, segundo o artigo 31 da lei n. 8.069, de 13/07/90. O Ministro Barros Monteiro, quarta turma, expos que colocação de menor em família estrangeira constitui medida excepcional, que somente se justifica depois de exauridas as tentativas para manter a criança na própria família ou coloca-la em família adotiva no próprio país e esgotados (Resp 27.901/Mg, Rel. Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, Julgado Em 04/03/1997, Dj 12/05/1997, P. 18804).

Nessa mesma linha que vem sendo abordada, vem Convenção sobre os Direitos da Criança de 1990, incorporada a nossa legislação pelo decreto n. 99.710, estabelecer em seu art. 21, que os Estados Partes que reconhecem ou permitem o sistema de adoção atentarão para o fato de que a consideração primordial seja o interesse maior, que é o bem-estar da criança e do adolescente.(BRASIL, 1990c).

Dessa forma no mesmo artigo em sua alínea b, deve ter atenção para que a adoção efetuada por um casal estrangeiro residente em outro país, possa ser considerada como meio de cuidar da criança ou adolescente, no caso em que a mesma não possa ser colocada em um lar de adoção ou entregue a uma família adotiva ou não possua um atendimento adequado em seu país de origem(BRASIL, 1990c).

Cláudia Lima Marques (2005, p.26) afirma que o princípio da subsidiariedade da adoção internacional, previsto na legislação brasileira no art. 227 da CF/88 e no art. 31 do ECA, permite a colocação de criança em família substituta estrangeira como medida excepcional e somente admitida na modalidade de adoção.

Especialmente com o princípio da subsidiariedade da adoção internacional em relação à adoção nacional (art. 31 do ECA e art. 4 da Convenção de Haia de 1993), onde segundo Marques(2005, p.26)há uma clara mudança de perspectiva do Direito Internacional Privado brasileiro onde não basta mais somente preencher os requisitos formais e materiais para que a adoção internacional tenha efeito sucesso, há de se exaurir as todas as possibilidades de solução nacional, desde a reintegração a família

a procura de uma nova para a adoção, em respeito aos direitos humanos da criança. (MARQUES, 2005, p.26)

O processo de adoção internacional, como exceção que visto, ocorre após a apresentação de uma série de documentos obrigatórios, no que se segue análise formal destes e parecer psicossocial da criança ou adolescente e a da pessoa ou do casal que pretende realizar a adoção, a título de exemplo Barbosa (2016), pormenorizou o processo no Estado do Tocantins através da Comissão Estadual Judiciária de Adoção (CEJA).(BARBOSA, 2016, p.165-168)

Exigência entrada de pedido de adoção internacional, de acordo com Barbosa (2016), o responsável pelo pedido, tem que pessoalmente ou por intermédio de seu representante legal ou de entidade credenciada, faça um requerimento à Comissão Estadual Judiciária de Adoção. O candidato a adoção internacional deve apresentar os documentos emitidos no seu país de origem e comprovem que o requerente está habilitado para adotar no seu país de origem, um estudo biopsicossocial com apresentação do laudo, a lei que rege a adoção no país de origem e a comprovação de sua vigência, uma declaração manuscrita de conhecimento que a adoção no Brasil é gratuita, outra declaração manuscrita de que não manterá contado com a família do adotado até o término do processo, e por último, uma cópia do passaporte, ou documento de identidade de estrangeiros em território nacional.

De acordo com uma pesquisa do Instituto Schuster para Jornalismo Investigativo da Universidade Brandeis, de Massachussets, nos Estados Unidos da América (EUA) após a 2ª Guerra Mundial nas décadas seguintes, o número de famílias de países desenvolvidos buscando adotar crianças em outras nações aumentou, até atingir em 2004 o auge (BRASIL, 2009).

Como consequência da alteração na legislação brasileira, com foco em priorizar a adoção por brasileiros, em 2009 houve uma consistente queda no número de pessoas de outras nacionalidades interessados em adotar crianças brasileiras (BRASIL, 2009). Com a entrada em vigor a Lei 12.010/2001, enquanto ocorreram em 2008 de acordo com a pesquisa 421

adoções internacionais, em 2011 o total caiu para 315. (SENADO FEDERAL, 2013)

Em média um estrangeiro para adotar uma criança no Brasil, tem um custo bem alto, com um valor de aproximadamente 25 mil dólares, cerca de 50 mil reais, estes gastos estão relacionados a advogados, traduções, emissão de documentos e estadia no país (SENADO FEDERAL, 2013).

Cápua (2007) fez uma análise análoga dos processos protocolados para obtenção da adoção internacional nos feitos da Comissão Estadual Judiciária de Adoção do Estado do Espírito Santo, também esboçou como se dá o processo naquele estado seja para a adoção direta ou para o cadastro e habilitação.

O processo para a adoção internacional é muito burocrático, se dando início pelo cadastro, deve-se apresentar todos os documentos necessários e protocolar, em seguida é avaliado por um técnico e pelo Ministério Público gerando um parecer que é enviado e distribuído para um relator no CEJA/CEJAI para ser aprovado ou não. No caso de aprovação do cadastro, o processo para adoção tem início. (CÁPUA, 2007, p. 177)

Em razão das nuances do processo, apesar do parecer favorável na maioria dos processos pela análise técnica de psicólogos e assistentes sociais, cerca de seis em cada dez processos que deram entrada no Estado do Tocantins forma indeferidos, por razões em geral relacionadas a inépcia dos solicitantes de fornecer informações e parecer desfavorável do CEJA (BARBOSA, 2016, p.175-176).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A conjuntura de desamparo de menores no Brasil é inquietante. A quantidade de crianças em abrigos cresce chegando, neste ano, a mais de 47 mil crianças, sendo que destas pouco mais de 1200 estariam aptas a adoção, isto ocorre devido a morosidade dos processos de retirada da guarda da família biológica, o que leva ao fato de muitas crianças ao terminarem o processo a já se serem adolescentes e perdido sua infância em abrigos (BERTOLUCCI, 2017).

Contudo, tal fato não ocorre por falta de pais brasileiros desejosos de adotarem, tendo em vista que o número de pessoas à espera de um filho adotivo é, em média, seis vezes maior do que o número de crianças e adolescentes que esperam para serem adotados.

Entrementes como vimos, os adotantes nacionais em geral, geral diferente dos estrangeiros possuem uma idealização romantizada do filho ideal para adoção, o que faz com que adotem as crianças que o brasileiro médio não se interessa.

Todavia, como vimos, as recentes mudanças na legislação, com a nobre intenção de reduzir o tráfico de pessoas, tornaram para os estrangeiros, assaz complexo e moroso o processo de adoção, diminuindo drasticamente a quantidade de adoções internacionais no Brasil.

Por questões de limitação metodológica e de recursos, seria o caso de se analisar em um futuro próximo se de fato ocorreu uma redução real, ou na verdade teve-se um movimento contrário ao objetivado pela alteração da lei, ou seja, um aumento das “adoções a brasileira”.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, T. M. A. PERFIL DOS PRETENDENTES A ADOÇÃO INTERNACIONAL NO ESTADO DO TOCANTINS: UMA BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO. [s.l.] Escola Superior da Magistratura Tocantinense, 2016. v. 5

BERTOLUCCI, R. **Brasil tem 47 mil crianças em abrigos, mas só 7.300 podem ser adotadas - Jornal O Globo**. Disponível em: . Acesso em: 8 out. 2017.

BEVILAQUA, C. Clássicos da Literatura Jurídica. Direito de Família. **Rio de Janeiro: Rio**, p. 351, 1976.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: . Acesso em: 6 out. 2017a.

BRASIL. **Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional foi concluída na Haia**.D.O.U.BRASIL, , 1990b. Disponível em: . Acesso em: 6 out. 2017.

BRASIL. **DECRETO Nº 99.710, DE 21 DE NOVEMBRO DE 1990**.1990, 1990c. Disponível em: . Acesso em: 6 out. 2017

BRASIL. **LEI Nº 12.010, DE 3 DE AGOSTO DE 2009**.BRASIL, , 2009. Disponível em: . Acesso em: 7 out. 2017

BRASIL. **Estatuto da criança e do adolescente**. [s.l: s.n.].

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. [s.l: s.n.].

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. [s.l: s.n.].

CÁPUA, V. A. **CRITÉRIOS PARA OBTENÇÃO DA ADOÇÃO INTERNACIONAL NOS FEITOS DA COMISSÃO ESTADUAL JUDICIÁRIA DE ADOÇÃO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO -BRASIL VALDECI ATAÍDE CÁPUA CAMPOS DOS GOYTACAZES-RJ 2007**. [s.l.] FACULDADE DE DIREITO DE CAMPOS, 2007.

DE ALMEIDA, C. M. **Ordenações Filipinas**. Disponível em: . Acesso em: 7 out. 2017.

DE CARVALHO, Dimas Messias. **Adoção, Guarda e Convivência Familiar**. 2ª edição. Belo Horizonte: Del Rey Editora. 2013. P.8

DINIZ. Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro- Vol. 5**. ed. Saraiva.2010. p.416.

FARIELLO, L. **Cadastro Nacional de Adoções: 1.226 adoções realizadas em 2016 - Portal CNJ**. Disponível em: . Acesso em: 6 out. 2017.

FONSECA, C. Da circulação de crianças à adoção internacional: questões de pertencimento e posse. **Cadernos Pagu**, v. 24, n. 26, p. 11–43, 2006.

FONSECA, J. J. S. et al. Metodologia do Trabalho Científico. **São Carlos: Serviço de Biblioteca e Informação ...**, p. 1–48, 2002.

GIL, A. C. **Como elaborar projetos de pesquisa**. [s.l: s.n.].

MESGRAVIS, L. A ASSISTÊNCIA À INFÂNCIA DESAMPARADA E A SANTA CASA DE SÃO PAULO: A RODA DOS EXPOSTOS NO SÉCULO XIX. LAIMA MESGRAVIS. **REVISTA DE HISTORIA DA USP**, p. 402–425, 2017.

PORTAL DE ETIMOLOGIA. **Origem Da Palavra**. Disponível em: . Acesso em: 7 out. 2017.

SENADO FEDERAL. Em Discussão! **Revista de audiências públicas do Senado Federal**, p. 40, 2013.

SILVEIRA, T. R. **ADOÇÃO INTERNACIONAL**. [s.l.] PUCRS, 2015.

TOCANTINS. **LEI Nº 1.859, DE 6 DE DEZEMBRO DE 2007. Publicado no Diário Oficial nº 2.547**Palmas, 2011.

NOTA:

[1] Professor da Faculdade Católica do Tocantins; doutor em Ciências Jurídico-Históricas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; editor da Revista FACTUM; formiga@catolicato.edu.br

MONITORAMENTO ELETRÔNICO: ANÁLISE QUANTO À SUA APLICABILIDADE

ALEXANDRE BARBOSA DA SILVA:
Bacharelado do Curso de Direito da
Faculdade Serra do Carmo.

VIRGÍLIO RICARDO COELHO MEIRELLES

(Prof. Me. Orientador)^[1]

RESUMO: O objeto do presente trabalho de curso avaliar o sistema de monitoramento eletrônico do preso no âmbito penal brasileiro frente à superlotação carcerária no país. No Brasil o surgimento do monitoramento eletrônico se deu primeiramente com duvidosas leis estaduais bastantes questionadas constitucionalmente. Logo foi regulamentada com o advento da lei 12.258/10, a qual alterou parte da LEP (Lei de Execução Penal), ensejando mais tarde a aprovação da Lei 12.403/11 que passou a oferecer mais alternativas no rol das medidas cautelares. Conclui-se então que, com a possibilidade de restrição e limitação dos direitos fundamentais, bem como observados o binômio da “necessidade e adequação” e a presença do Princípio da Proporcionalidade na aplicação da medida, não há que se falar na violação dos direitos fundamentais. Pelo contrário: Ela apenas os válidos, pois indubitável restou que a medida, se comparada com o sistema prisional, tem uma harmonia bem maior com os princípios constitucionais. Assim, dando continuidade à aplicação da medida pelo país, de forma com que se invista na aquisição de um número maior de equipamentos eletrônicos e na edificação de centrais de monitoramento, o Brasil tem grandes chances de alcançar o nível internacional de sucesso do monitoramento eletrônico de presos, solucionando, quiçá, o problema da superlotação dos estabelecimentos prisionais, sem parecer violar, em nenhum momento, a Carta Magna.

Palavras-chave: Monitoramento eletrônico – Constituição Federal – Sistema Penitenciário.

ABSTRACT: The purpose of this course work is to evaluate the prisoner's electronic monitoring system in the Brazilian criminal justice system in the face of overcrowding in the country. In Brazil, the emergence of electronic monitoring took place first with dubious state laws that were considerably

questioned constitutionally. It was soon regulated with the enactment of Law 12.258 / 10, which amended part of the Criminal Execution Law (LEP), prompting later approval of Law 12,403 / 11, which now offers more alternatives in the role of precautionary measures. It is concluded that, with the possibility of restricting and limiting fundamental rights, as well as observing the binomial of "necessity and adequacy" and the presence of the principle of proportionality in the application of the measure, it is not necessary to speak about the violation of fundamental rights . On the contrary: It only validates them, since it is undoubted that the measure, if compared with the prison system, has a much greater harmony with the constitutional principles. Thus, by continuing to apply the measure in the country, in order to invest in the acquisition of a greater number of electronic equipment and in the construction of monitoring centers, Brazil has a good chance of achieving the international level of success of electronic monitoring of prisoners, solving, perhaps, the problem of overcrowding of prisons, without seeming to violate, at any moment, the Constitution.

Key words: Electronic monitoring - Federal Constitution - Penitentiary System.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objetivo avaliar o sistema de monitoramento eletrônico do preso no âmbito penal brasileiro frente à superlotação carcerária no país. Paralelamente tem a finalidade de obter o requisito parcial a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Pois bem. Em virtude do avanço da criminalidade em diversos países do mundo, acarretando por sua conta a superlotação nas unidades prisionais, estudou-se uma maneira que se pudesse amenizar esta situação sendo uma dessas foi focada na utilização de sistemas eletrônicos de fiscalização que pudessem trazer maior eficácia no cumprimento e aplicabilidade nas execuções das penas nos casos especificados por lei.

No Brasil o surgimento do monitoramento eletrônico se deu primeiramente com duvidosas leis estaduais que foram bastante questionadas constitucionalmente, citam-se, a Lei 12.906/08 que surgiu no estado de São Paulo como uma das primeiras tentativas para a utilização deste sistema frente à estrondosa e crescente população carcerária e busca de melhor retorno do indivíduo à sociedade. Medida esta que somente foi regulamentada com o advento da lei 12.258/10, a qual alterou parte da LEP (Lei de Execução Penal), ensejando mais tarde a aprovação da Lei 12.403/11 que passou a oferecer mais alternativas no rol das medidas cautelares.

Desta forma, o monitoramento eletrônico como observado anteriormente, surgiu não só com o fim de resolver o grave problema da superlotação dos presídios, mas também, como forma de humanização do cumprimento da pena, o que, de fato, não ocorre dentro das unidades prisionais brasileiras, pela forma degradante que os presos são tratados.

Assim, a Lei de Execuções Penais vem afrontando os direitos fundamentais dos presos, previstos na Carta Magna, sem que haja, sequer, o cumprimento do seu papel e o alcance de suas finalidades, como por exemplo, a ressocialização dos detentos.

Todavia, cabe ressaltar que, referidos direitos constitucionais não são absolutamente protegidos, uma vez que admitem restrições e limitações, quando em colisão com interesses coletivos.

É visível a insuficiência da pena privativa de liberdade e do sistema penitenciário que não alcança seu objetivo de ressocializar, viabilizando o retorno à sociedade sem que o mesmo possua condições sociais para encarar uma nova realidade perplexa e cheia de preconceito e estigmatização. Portanto o sistema prisional dará o primeiro e mais importante passo na busca pela eficácia e eficiência do sistema a partir do momento em que passe a garantir os direitos sociais, não marginalizando, humilhando e excluindo cada vez mais o reeducando e o egresso, mas sim, punir de forma a possibilitar de fato que o ex-presos possa se reinserir na sociedade de forma justa e equitativa.

A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu bojo os princípios, direitos e garantias fundamentais, como um dos principais objetivos da nossa lei maior, para que assim pudéssemos “construir uma sociedade livre, justa e solidária”, como também “erradicar a pobreza, a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (art. 3º, CF/88). Assim cabe aos governantes a tarefa de elaborar, executar e fiscalizar todos os atos que contribuam para que estes objetivos sejam alcançados na forma da lei maior.

O monitoramento eletrônico do preso por sua vez contribuiu para que os estudiosos apresentem, também, posicionamentos opostos sobre a medida inserida no bojo do ordenamento jurídico penal brasileiro.

Alguns destes posicionamentos foram no sentido de que esta medida afronta o princípio da dignidade da pessoa humana, princípio este contemplado pela CF/88. Contudo o apenado estaria por consequência sofrendo constrangimento de sua integridade física e moral ao portar o aparelho sinalizador, como também tendo afronta aos seus direitos fundamentais ameaçados, tais como a privacidade, liberdade de locomoção, inviolabilidade de seu domicílio, dentre outros elencados pelo ordenamento pátrio.

Tais discussões e questionamentos sobre lei do monitoramento eletrônico são as causas que justificam a realização do referido trabalho monográfico, podendo, destarte, fazer um aprofundamento sobre estas dúvidas que pairam nos espíritos dos críticos, como algumas aqui citadas: O monitoramento eletrônico do preso veio indiscutivelmente para resolver questões de abarrotamentos dos estabelecimentos prisionais? Quais são seus aspectos jurídicos? E mais: o instituto do monitoramento eletrônico obedece aos pressupostos estabelecidos na Constituição Federal?

O principal método a utilizado foi o dedutivo, sendo este conceito segundo o autor, considerando que partirá de um aspecto geral para basilar a pesquisa a ser realizada. Destaca-se que o método dedutivo consiste no mecanismo lógico que utiliza da dedução para a conclusão quanto às premissas. Para tanto, foi feita uma pesquisa bibliográfica caracterizada pela leitura e interpretação de livros, artigos, jurisprudências,

leis e outras fontes do Direito. A pesquisa de revisão bibliográfica consistirá na seleção de textos relativos a área, sendo excluídos trabalhos de autores não especializados na área.

2 MONITORAMENTO ELETRÔNICO

2.1 ATUAL SITUAÇÃO BRASILEIRA

Após verificadas as hipóteses de atuação do monitoramento eletrônico no Brasil e, conforme pesquisas realizadas no país, pôde-se verificar que o âmbito de maior incidência da medida é, atualmente, na prisão domiciliar, a qual ocorre em Estados como: Alagoas, Acre, Pernambuco, Ceará, Rio de Janeiro e Rondônia. (SOUZA, 2014, p. 212).

Já como medida cautelar, Souza (20124 p. 212) informa que a monitoração ocorre no Acre, Rio de Janeiro, Alagoas e Rondônia. Por outro lado, o especialista explica que, no regime aberto - com as saídas temporárias - o monitoramento é aplicado em Alagoas, Ceará, Pernambuco, Rondônia e São Paulo e, por fim, nas hipóteses de livramento condicional e de outras possivelmente impostas judicialmente, a medida é aplicada somente em Alagoas.

A esse respeito, Mariath justifica a medida:

Diante do quadro atual do sistema carcerário, pergunta-se: Como deixar de oferecer a alguém, em uma fase pré-executória, ciente da realidade cruel que permeia o sistema penitenciário, a oportunidade de aguardar o trânsito em julgado da sentença (por muitas vezes absolutória) em sua residência (ao lado de seus familiares e amigos), alegando que este deve se recolher ao cárcere porque o instrumento que poderia salvaguardá-lo fere o princípio da intimidade ou ainda o da presunção de inocência?! É certo que, com a evolução tecnológica, rapidamente serão manufaturados equipamentos de tamanho reduzidíssimos, conforme ocorreu com os aparelhos

de telefonia móvel ("celulares"). (MARIATH, 2010, p. 3).

Sofrendo grandes dificuldades e obstáculos, a monitoração eletrônica de presos é medida que ainda vem sendo estudada, experimentada e, aos poucos, implementada no cenário jurídico brasileiro.

Conforme pesquisa realizada por meio de questionários aplicados a todas unidades federativas, Bernardo de Azevedo (2014, p. 213) concluiu a existência de alguns obstáculos, conforme cada Estado.

No Rio Grande do Norte e no Distrito Federal a dificuldade encontrada é a mesma: Financeira/orçamentária. Ambos os Estados se preocupam em avaliar o custo-benefício das tecnologias que envolvem a monitoração eletrônica.

Já Maranhão e Roraima tiveram que lidar com a falta de previsão orçamentária em 2012, fato este que impediu a implantação da medida até o presente momento. O Estado do Maranhão também enfrentou problemas de natureza organizacional e estrutural, pois a incumbência da administração do sistema prisional que cabia à Secretaria de Segurança Pública, passou a ser da Secretaria de Estado da Justiça e da Administração Penitenciária (RITTER, 2013, p, 53).

Igualmente, em 2011 Santa Catarina sofreu um processo de transição da Secretaria Executiva de Justiça e Cidadania para Secretaria de Estado da Justiça e Cidadania, o que também levou à morosidade na implementação da medida.

Já o Amazonas, Mato Grosso do Sul e Piauí apresentam dificuldades ideológicas, pois diante da possibilidade de rompimento da tornozeleira/pulseira, o que possibilita a fuga do monitorado, a medida não passa grande credibilidade ao substituir a prisão. Contando com dificuldades geográficas, em razão de sua vegetação, Roraima tem dificuldade na aplicação da medida, por algumas regiões do Estado não conter sinal suficiente para o efetivo monitoramento (RITTER, 2003, p. 53).

Por fim, Bernardo de Azevedo Souza (2014, p. 213) cita as dificuldades operacionais nos Estados de Rondônia, Pernambuco e Alagoas, os quais demonstram a necessidade de legislações específicas para aplicação da medida.

Deste modo, verifica-se que, apesar da existência da Lei Federal nº. 12.258/2010, ainda se tem um longo caminho a percorrer para o aperfeiçoamento do monitoramento eletrônico no país, que necessita de uma maior aquisição dos equipamentos tecnológicos, da edificação de centrais de monitoração, assim também como de treinamento de pessoal. (SOUZA, 2014, p. 214).

Ao contrário dos Estados Unidos e dos países mais desenvolvidos, o Brasil ainda passa por uma fase inicial, em que nem todos os seus Estados aplicam a medida, e ainda se exige muitos estudos e pesquisas para sua plena eficácia. Fabio Ritter (2013, p. 55) afirma que: “No Brasil, o uso dessa tecnologia é recente, mas nos Estados Unidos funciona desde a década de 1990 com muita eficiência.”

No tocante à economia, também se verifica prosperidade na aderência da medida eletrônica: Atualmente um preso que cumpre pena no regime semiaberto em estabelecimento prisional custa cerca de R\$ 1.200,00 (mil e duzentos reais). Já um equipamento eletrônico para monitoração, apenas R\$ 400 (quatrocentos reais). (RITTER, 2013, p. 56).

Deste modo, apesar da situação atual do monitoramento eletrônico ainda ser precária em muitos estados, acredita-se que a medida tem tudo para dar certo e ser tornar uma excelente opção ao encarceramento brasileiro.

2.2 O MONITORAMENTO NA PRISÃO PROCESSUAL

Diferentemente da prisão pena, a qual é resultante de sentença penal condenatória irrecorrível, aplicada àquele que for comprovadamente culpado pela prática de algum delito, a prisão processual considerada medida assecuratória, possui caráter provisório não decorrendo de condenação, só podendo ser decretada antes ou no curso do processo. Possui caráter preventivo, nos termos da lei.

A prisão processual é uma dentre as modalidades possíveis de medidas cautelares que buscam a efetividade do processo penal. Com isso, consiste em instrumento processual e não pena, devendo seguir o pressuposto de medida de exceção a aplicação da prisão como medida cautelar no processo penal.

Nesse contexto, entende-se que as prisões cautelares servem para garantir os resultados da realização do processo, recaindo sobre o suspeito ou acusado, antes de qualquer decisão definitiva, não exigindo comprovação plena em razão de seu caráter de urgência. Seus requisitos são *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*.

Após verificado o modo de aplicabilidade do monitoramento eletrônico, necessária se faz a análise dele referente às circunstâncias em que é cabível. Antes de tudo, cumpre definir a prisão processual como sendo aquela cautelar; provisória, ou seja, que não exige pena imposta para ser decretada, podendo ocorrer, então, desde o momento do fato criminoso, até o trânsito em julgado da sentença condenatória, se preenchidos os requisitos do *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis* (MIRABETE, 2014, p. 398).

O Superior Tribunal de Justiça demonstra seu entendimento acerca da excepcionalidade da prisão processual:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRISÃO PROCESSUAL. FUNDAMENTO. ANÁLISE CRONOLÓGICA. PERICULUM LIBERTATIS. AUSÊNCIA. ILEGALIDADE E CONHECIMENTO. 1. A prisão processual é medida odiosa e excepcional, marcada pelo signo de sua imprescindibilidade. O indispensável *periculum libertatis* deve ser apurado quando da decretação da medida constritiva, sendo ilegal o indeferimento do direito de recorrer em liberdade com a reiteração de pretéritos fundamentos que ensejaram a preventiva, relaxada por excesso de prazo. 2. Ordem concedida para deferir liberdade

provisória ao paciente, mediante termo de comparecimento aos atos do processo - com voto vencido. STJ - **HABEAS CORPUS** HC 106602 RJ 2016/0107061-5 (STJ).

A prisão processual é composta por várias espécies, tais quais: A) prisão em flagrante; b) prisão temporária; c) prisão decorrente de sentença de pronúncia; d) prisão preventiva; e) prisão preventiva strictu sensu f) prisão resultante de sentença condenatória recorrível.

De um modo, analisa-se que, o fato da prisão processual pode ser decretada antes mesmo da condenação do réu - quando ainda vigora o Princípio da Presunção de Inocência – faz com que ela seja bem vista perante a sociedade, por transmitir a sensação de justiça feita. Todavia, absurda seria a decretação de uma prisão, para apenas saciar a vontade popular (MIRABETE, 2014, p. 398).

No entanto, na prisão temporária, tal hipótese não prospera, pois como visto acima, a prisão temporária tem a finalidade de preservar a investigação e a instrução criminal, logo, sentido algum faz o preso temporário deixar o presídio, ainda que com o uso da tornozeleira. (MORAIS, 2016, p. 61) Também não se fala na aplicabilidade do monitoramento eletrônico para presos em flagrante, mas sim, posterior e somente tal prisão se tornar preventiva.

Na prisão preventiva poderá ocorrer a utilização do monitoramento eletrônico. Vale lembrar, que esta modalidade de prisão, conforme preconiza o artigo 312 do Código de Processo Penal, deve ser decretada como: “Garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.”

Assim, verifica-se que ela deve ocorrer para justificar uma eventual fuga do acusado, e não para fazer justiça perante a sociedade, sendo que, sequer, houve trânsito em julgado da sentença e, portanto, presumida está a inocência dele. Inadmissível o cerceamento do indivíduo para satisfação social. (MORAIS, 2016, p. 63)

Deste modo, Paulo Morais (2012, p.64) ainda afirma que, para os casos em que há grandes possibilidades de fuga do preso, a tornozeleira pode ser utilizada para efetivação da medida cautelar do monitoramento eletrônico, como alternativa à prisão preventiva.

Ante o exposto, conforme o autor, que o uso do equipamento eletrônico dá ao preso a exata ideia de liberdade provisória e não plena. Com a tornozeleira, ele tem a possibilidade de estar em liberdade, ao mesmo tempo em que sabe que esta é vigiada e possível somente mediante o preenchimento de certo requisitos, que devem ser cumpridos para se evitar a revogação de tal liberdade, assim como todas as outras consequências de cunho processual decorrentes de tal ato.

Assim, em tais tipos de prisão poderá ocorrer o monitoramento eletrônico. Isso porque grande parte dos presos situados no sistema penitenciário são provisórios, sendo que tal situação poderia ser mitigada com a utilização da tecnologia. Destaca-se que a utilização da monitoramento eletrônico poderá satisfazer, em certas situações, os requisitos da prisão preventiva, nos moldes do caso em concreto.

2.3 APLICABILIDADE NA PRISÃO DOMICILIAR

A prisão domiciliar, que “consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial”, aceita o monitoramento eletrônico do preso, desde que reste esclarecido se essa prisão é aquela substituta da prisão preventiva, nos moldes do artigo 318 do Código de Processo Penal, ou se aquela prevista no artigo 117 da LEP, em que o preso cumpre pena no regime aberto, pois como já falado, não se admite a monitoração eletrônica de presos que cumpram pena neste tipo de regime de cumprimento de pena.

Neste sentido, entende o Alceu Corrêa Júnior (2014, p. 90-91):

Ocorre que a ausência de estabelecimentos adequados para o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime aberto autoriza a concessão da

“prisão domiciliar” ao condenado, que não tem culpa da ineficiência do poder público.

Outro não é o entendimento da jurisprudência:

Execução penal. Prisão domiciliar. Monitoramento Eletrônico. Decisão que deferiu a prisão domiciliar e a inclusão no programa de monitoramento eletrônico, por ausência de vagas e por não apresentarem condições mínimas de segurança e fiscalização os estabelecimentos prisionais, proferida em 1ºJUL2013. Decisão posterior - em 30JAN2014 - que apenas determinou, à SUSEPE, o cumprimento do que decidido anteriormente. A decisão recorrível seria a anterior, mas o agravo atacou a posterior. E assim apresentase como intempestivo. Agravo do Ministério Público não conhecido. 17“grifo nosso” *HABEAS CORPUS*. EXECUÇÃO PENAL. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DERECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) PROGRESSÃO DE REGIME. MÉRITO DO CONDENADO. AGRAVO EM EXECUÇÃO. DECISÃO REFORMADA. ELEMENTO SUBJETIVO. JUSTIFICAÇÃO FORA DOS PARÂMETROS LEGAIS. ILEGALIDADE MANIFESTA. (3) WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu,foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial. Hipótese em que há flagrante ilegalidade a ser reconhecida. A teor do art. 112 da Lei de Execuções Penais, com a redação que lhe deu a Lei n.º 10.792/2003, ao indeferir a progressão de regime, porque não cumprido o requisito subjetivo, o julgador deve fazê-lo de forma motivada em dados concretos

da execução da pena, não podendo cercar-se de elementos ou circunstâncias não previstos na lei de regência. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, ratificando a liminar, para reformar o acórdão proferido em sede de agravo em execução e restabelecer a decisão proferida pelo juízo da execução, que deferiu ao paciente a progressão ao regime aberto, a ser cumprido em prisão domiciliar com monitoramento eletrônico.

Observa-se que a monitoração eletrônica é cabível na prisão domiciliar nos termos do artigo 117 da LEP, , sendo, então, concedido o benefício da prisão domiciliar. (CORRÊA JÚNIOR, 2014, p. 90).

2.4 APLICABILIDADE NA SAÍDA TEMPORÁRIA EM REGIME SEMIABERTO

Conforme dispõe o artigo 122 da LEP, a saída temporária é um benefício que pode ser concedido ao preso que cumpre sua pena em regime semiaberto, para o fim de visita à família ou frequentar a cursos ou a atividades que o ressocializem. Já o artigo 146-B da mesma lei autoriza a fiscalização eletrônica do detento beneficiado pela saída temporária, mediante decisão judicial fundamentada, sob pena de ferir o artigo 93, inciso IX da Constituição Federal de 1988.

Porém, deve-se atentar ao verbo “autoriza”, pois o monitoramento não é requisito obrigatório para concessão da saída, sendo cabível conforme a situação de cada caso.

O monitoramento em questão tem a finalidade de fiscalizar apenas o cumprimento das exigências judiciais, como por exemplo, verificar se o preso não está frequentando bares, casas noturnas; se ele tem retornado à residência visitada durante o período noturno e outras mais que possa eventualmente ser impostas pelo Juiz, sendo vedada a fiscalização das demais atividades que o preso possa vir a praticar durante o benefício. (CORRÊA JÚNIOR, 2014, p. 92)

Novamente, ensina Alceu Corrêa Júnior (2014 p. 47):

A vigilância eletrônica é justificada, na saída temporária, pela necessidade de fiscalização das condições impostas ao beneficiário e não por uma suposta conveniência de acompanhamento das atividades do condenado fora do estabelecimento prisional.

Por outro lado, válido é lembrar que o descumprimento às regras impostas gera a revogação automaticamente do benefício e o preso ainda pode sofrer regressão ao regime fechado. A jurisprudência caminha para o seguinte entendimento:

Agravo em Execução. Saída temporária. Monitoramento Eletrônico. Condição de permanência integral no endereço declinado. Violação aos limites da lei. Desproporcionalidade. Desatendimento ao recolhimento à residência no período noturno. Motivo que enseja a revogação do benefício. Falta grave. Ausência de previsão legal. Desconstituição. Regressão ao regime fechado. Impossibilidade. Restabelecimento do regime semiaberto Agravo provido em parte. (Processo: EP 453560420128260000 SP 0045356-04.2012.8.26.0000 Relator(a): Marco Nahum

Julgamento: 30/07/2012 Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Criminal Publicação: 03/08/2012

Assim, o uso da tornozeleira eletrônica se faz, totalmente, possível durante a saída temporária, desde que com o intuito exclusivo de fiscalização das regras impostas judicialmente, cabendo à revogação do benefício em casos de descumprimento destas.

Desse modo, forçoso é reconhecer que o monitoramento eletrônico se tornou uma medida de importante instrumentalidade durante a saída temporária nos moldes da Lei de Execuções Penais.

Uma das grandes polêmicas que se depreende surge dos estudos sobre o monitoramento eletrônico se refere a sua constitucionalidade. Após a introdução e o desenvolvimento feitos sobre a medida, neste capítulo se pretende abordar, o tema, levando-se em consideração seus prós e contras.

Primeiramente, é importante abordar a questão dos direitos fundamentais que, apesar de não receberem proteção absoluta, são os maiores responsáveis pelos debates acerca da constitucionalidade da monitoração eletrônica.

2.5 RESTRIÇÕES E LIMITAÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O monitoramento eletrônico, como já visto, surgiu não só com o fim de resolver o grave problema da superlotação dos presídios, mas também, como forma de humanização do cumprimento da pena, o que, de fato, não ocorre dentro das unidades prisionais brasileiras, pela forma degradante que os presos são tratados.

Visível é, que a Lei de Execuções Penais vem afrontando os direitos fundamentais dos presos, previstos na Carta Magna, sem que haja, sequer, o cumprimento do seu papel e o alcance de suas finalidades, como por exemplo, a ressocialização dos detentos.

Todavia, cabe ressaltar que, referidos direitos constitucionais não são absolutamente protegidos, uma vez que admitem restrições e limitações, quando em colisão com interesses coletivos.

Doutrinariamente, explica André Puccinelli Júnior (2013, p. 207) a respeito da imutabilidade dos direitos fundamentais:

É entendimento comum o de inexistir direito absoluto. Como não fogem à aplicação dessa regra basilar, os direitos fundamentais encontram inúmeros limites, a começar pela impossibilidade de acobertar atividades ilícitas e afastar a correspondente responsabilidade

civil, administrativa e penal dos indivíduos infratores. Mas não é só. A imutabilidade dos direitos fundamentais também se expressa na interação com outros direitos igualmente relevantes. Vez por outra, contudo, a limitação do direito fundamental é ditada pela necessidade de se preservar a ordem pública ou qualquer outro bem coletivo que consagra valores constitucionalmente tutelados. “grifo nosso”

Joaquim Leitão Júnior (2010, p. 28) também explana:

Os direitos constitucionais e fundamentais da intimidade, dignidade da pessoa humana, privacidade e o direito de ir e vir não são absolutos e devem se curvar diante do princípio da segurança pública (reduzida também a direito constitucional social fundamental), da prevalência do direito a uma vida digna do cidadão de bem da sociedade frente ao interesse público individual, da dignidade da pessoa humana da vítima atingida pelo criminoso, etc.

Ministro Gilmar Mendes (2011, p. 45) ratifica as exposições feitas acima: “Não há, portanto, em princípio, que falar, entre nós, em direitos absolutos. Tanto outros direitos fundamentais como outros valores com sede constitucional podem limitá-los.”

Um exemplo que aqui se faz coerente, para uma melhor compreensão do assunto, é o da prisão. Na prática, esta viola os direitos à intimidade e à privacidade do preso, porém, na teoria, como ela ocorre em prol da segurança pública, é constitucionalmente permitida, desde que seja legal, obedecendo preceitos constitucionais. Desta forma, o debate da utilização do monitoramento eletrônico e os princípios constitucionais é parecido com a análise da relação entre o monitoramento e tais princípios.

Segundo Alceu Corrêa Júnior (2014, p. 75):

Com efeito, a restrição ou limitação ao exercício de um direito fundamental deve ser sempre prevista em

lei e respeitar o conteúdo essencial do referido direito, observando também o princípio da proporcionalidade, isto é, a restrição deve ser necessária e adequada à finalidade buscada, respondendo efetivamente aos objetivos de interesse geral pela necessidade de proteção dos direitos e liberdades de outros.

Assim, atendendo a tais requisitos formais e materiais, deve ser considerada válida e constitucional a prisão; diga-se, que restringe alguns dos direitos fundamentais, para que prevaleçam os interesses coletivos da ordem e segurança pública.

Porém, é necessário que a Lei de Execuções Penais também atinja seus objetivos legais, pois nada adianta manter um condenado preso sofrendo restrições aos seus direitos fundamentais, se ela, sequer, o ressocializa.

Felipe Caldeira afirma:

Outro fenômeno que merece atenção pela sociedade brasileira é a ineficácia da execução penal. Na verdade, da invalidade na aplicação da Lei nº.7.210/84 (Lei de Execução Penal – LEP) porque inconstitucional on its enforcement, tendo em vista não atender ao seu objetivo de promover a ressocialização do acusado de forma a permitir o seu convívio em sociedade (artigo 1º, da LEP), cujo fundamento constitucional reside no princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, da CRFB/88).

Cabe ressaltar também, a grande importância do preenchimento de ambos os requisitos da prisão processual, na qual se deve respeitar, rigorosamente, o Princípio da Presunção de Inocência do réu, que ainda não fora condenado. Desta feita, mesmo que a utilização do monitoramento eletrônico seja significativamente menos drástica que a da

prisão em si, necessário se faz seguir os mesmos pressupostos processuais e constitucionais.

Por outro lado, além da obediência à legislação vigente, bem como aos Princípios Constitucionais, deve-se levar em conta, também, as circunstâncias de cada caso concreto, sendo que alguns autores entendem que o monitoramento eletrônico somente é cabível se não houver medidas menos lesivas ou restritivas aos seus direitos fundamentais.

Para Escobar Marulanda (1997 apud CORRÊA JÚNIOR, 2014, p. 78), a intromissão na intimidade causada pela monitoração deve depender da imprescindibilidade da medida da fiscalização eletrônica, não sendo possível sua aplicação quando cabíveis outras medidas menos lesivas.

Porém, claro resta que o monitoramento eletrônico limitado, ou seja, aquele que ocorre somente em algumas horas diárias, é menos lesivo que o cumprimento da pena em um estabelecimento prisional. Para Alceu Corrêa Júnior (2014, p. 78):

Por outro lado, um monitoramento eletrônico limitado (algumas horas diárias) parece menos intrusivo que o cumprimento em estabelecimento penitenciário (Casa de Albergado), além de mais adequado para fins de reinserção social e segurança pública.

Por fim, verificadas as possibilidades e os requisitos necessários para existência de restrições e limitações de alguns direitos fundamentais, para que outros do mesmo “status” tenham eficácia, verificar-se-á a seguir um pouco mais sobre os direitos fundamentais e os argumentos acerca da constitucionalidade do monitoramento eletrônico de presos.

No entanto, vale frisar que os princípios constitucionais sofrem limitações quando há conflito com interesses de maior repercussão social, haja vista a proporcionalidade entre os bens jurídicos envolvidos.

Quando se refere ao monitoramento eletrônico, a partir do questionamento acerca de eventuais afrontas aos direitos fundamentais, consagrados pela Constituição Federal de 1988, o que, aparentemente não

ocorre, em se comparando a medida com o cumprimento da pena privativa de liberdade dentro das unidades prisionais.

Cabível se faz a análise de alguns dos princípios constitucionais, os quais fazem com que o monitoramento eletrônico se torne mais polêmico e questionável no tocante a sua constitucionalidade, mediante argumentos e opiniões de diversos operadores do Direito.

Muitos juristas são contra o monitoramento eletrônico de presos, por acreditarem, “cegamente”, na violação do direito à intimidade. Todavia, conforme os ensinamentos de Rogério Greco, mais uma vez o cabimento da medida se demonstra favorável

Esse direito à intimidade deve ceder no caso concreto quando estivermos diante da possibilidade de monitoramento eletrônico. Na verdade, essa limitação ao direito à intimidade é levada a efeito em benefício do próprio condenado, uma vez que, sujeitando-se ao monitoramento eletrônico, ficará livre do ambiente pernicioso do cárcere. [...]

Assim, por mais que tenhamos que proteger o direito à intimidade daqueles que foram condenados pela Justiça Penal, entendemos que a submissão do autor da infração penal ao monitoramento eletrônico deve ser entendida em seu benefício, mesmo que venha a causar pequenos transtornos.

Mediante todo o exposto e considerando que a medida se faz cabível nas conformidades do binômio “necessidade e adequação”, e ainda não incide diretamente na intimidade do preso, bem como é aplicada somente mediante previsão legal, conclui-se que a monitoração eletrônica até mesmo favorece alguns dos aspectos da intimidade do preso, ao permitir seu convívio e manutenção das relações familiares, sexuais, dentre outras, colaborando, assim, para sua ressocialização, o que não ocorre com o cumprimento da pena privativa de liberdade dentro do estabelecimento prisional. (CORRÊA JÚNIOR, 2014, p. 80).

Deste modo, apesar da resistência de alguns juristas ao monitoramento eletrônico, pela alegação de inconstitucionalidade da medida mediante a violação da intimidade do preso, restou demonstrado que há também muitos argumentos favoráveis a sua constitucionalidade nessa esfera, sem apontar nenhuma afronta em questão.

A dignidade humana, além de ser um valor fundamental ou superior do Estado Democrático de Direito, é também um Direito Fundamental e, por isso, não absoluto, podendo ser limitado conforme a imprescindibilidade para proteção do interesse público. (CORRÊA JÚNIOR, 2014, p. 80).

Para Escobar Marulanda (2010, p. 31), é a soma das condições básicas de vida às oportunidades de satisfação de necessidades. Deste modo, visualizando o monitoramento eletrônico face à Dignidade da Pessoa Humana, questiona-se uma possível afronta, pelo fato da medida violar exatamente estes dois fatores.

Conforme o autor, a monitoração dá ciência a terceiros sobre as atividades e sensações de uma pessoa, afetando sua autonomia ética e diminuindo sua qualidade de vida. Contrariamente, a autora María Poza Cisneros (2012, p. 32) afirma que a medida potencializa a integridade do preso como ser social, se compará-la com o cumprimento de pena em estabelecimento prisional.

Alceu Corrêa Júnior (2014, p. 81) ressalta que, também em relação à intimidade, a limitação ao princípio da dignidade humana também deve ser proporcional a sua necessidade.

Por outro lado, diferentemente do princípio da intimidade, na dignidade humana “existe um limite intolerável inclusive se é voluntariamente admitido pelo titular do Direito” (LEITÃO JÚNIOR, 2010, p. 65).

Assim, indaga-se se o monitoramento eletrônico de presos não viola este limite de restrição à dignidade humana, ao se questionar sobre eventual condição vexatória que o preso venha a passar usando a

tornozeleira, que o identifica como um delinquente. Este é o ponto polêmico do assunto, que conta com diversas opiniões a respeito.

Para Carlos Weis (2016, p. 145), a população carcerária é composta, em sua maioria, por pessoas de classe social menos favorecida e que, por conta disso, usam vestes mais simples, como bermudas e camisetas de manga curta, tornando totalmente visível o equipamento eletrônico.

Ademais, mesmo que utilizando roupas longas, o autor entende que ainda é possível a estigmatização do monitorado, por exemplo, ao tentar entrar numa agência bancária, passando pela porta giratória com detector de metais.

Assim, apesar de reconhecer que, com o avanço da tecnologia, hoje é possível a monitoração por equipamentos menores e mais discretos, Carlos Weis (2016, p. 145) acha arriscada a aplicação da medida, ao pensar na dignidade humana.

Neste sentido, levando-se em conta o tamanho dos aparatos eletrônicos, Pilar Otero González (2012, p. 162) afirma que a Dignidade Humana é afetada apenas secundariamente, além do que, o consentimento do monitorado também se refere ao tipo de aparato que ele usará em sua monitoração.

Citados por Alceu Corrêa Júnior (2014, p. 12), Iglesias Ríó e Péres Parente entendem que a “(...) medida é menos lesiva e mais humana que o cárcere onde, além dos portões e muros, também se instalam microfones e câmeras de vídeo em locais estratégicos”. O monitoramento eletrônico é mais vantajoso até nesse sentido, visto que sua invasão à intimidade e dignidade do cidadão preso é menor.

Os ditos autores afastam eventual lesão ao Direito Fundamental, afirmando que a medida tem natureza preventiva e ressocializadora, e não a finalidade de conduzir a uma culpabilidade.

A esse respeito, ensina a Desembargadora do TJRS, Dra. Lizete Andreis Sebben, por meio do julgado do Agravo em Execução Penal nº. 70059790519:

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. PRISÃO DOMICILIAR. MONITORAMENTO ELETRÔNICO. PRELIMINAR. A não determinação de abertura de vista dos autos para manifestação do órgão ministerial não acarreta ofensa ao art. 67 da Lei de Execução Penal, já que, no caso, o parquet oficiou no processo executivo. Ademais, na forma do que autoriza o art. 66, inciso VI, do mesmo Diploma Legal, o juiz pode conhecer de ofício questões que digam respeito ao cumprimento da pena e da medida de segurança, com o que resta desacolhida a prefacial suscitada. MÉRITO. As condições impostas ao apenado que está sob monitoramento eletrônico são condizentes com os objetivos da pena e permitem ao Estado a vigilância do detento 24 horas por dia. Ademais, o monitoramento eletrônico de apenados representa uma importante ferramenta de segurança pública, ao mesmo tempo em que permite ao reeducando a sua reinserção social, em harmonia com o princípio da dignidade humana. PRELIMINAR REJEITADA. RECURSO IMPROVIDO. POR MAIORIA.

Por fim, Joaquim Leitão Júnior (2010, p. 67) lembra que os Direitos Humanos não são apenas de titularidade dos presos, mas também das vítimas. Assim, conclui-se que, pelo fato dos Direitos Fundamentais sofrerem restrições em face do interesse coletivo, o monitoramento eletrônico de presos se torna eficaz por beneficiar, não só os presos, mas também, a sociedade como um todo, respeitando a Dignidade Humana coletiva.

Por derradeiro, aborda-se a questão do monitoramento eletrônico e suas controvérsias em relação ao Princípio da Liberdade. Não se pode

dizer que a medida incida na liberdade de locomoção em si, apesar de ser até recomendado que isso ocorra, para controle dessa limitação. (CORRÊA JÚNIOR, 2014, p. 86)

Cabe destacar que, ao mesmo tempo que a medida pode submeter o preso a um controle sistemático e intensivo, perceptível é que ela o devolve parcela da liberdade que não é encontrada dentro do presídio.

A respeito, explica Alceu Corrêa Júnior (2014, p. 86):

Assim, parece certo que o cumprimento da pena privativa de liberdade através do sistema de vigilância eletrônica permite um maior grau de liberdade de locomoção ao condenado, mesmo nos casos de regime aberto em que o condenado deveria permanecer períodos em estabelecimentos penitenciários.

Por outro lado, deve-se considerar também o benefício da medida quando aplicada na prisão domiciliar, pois a pena privativa de liberdade deixa de ser cumprida em cárcere, para assim ser feita em casa, junto a família, o que faz toda diferença para ressocialização do preso. A maior diferença entre o cumprimento da pena privativa de liberdade, dentro ou fora do presídio, é a aparência superficial, pois dá a sensação ao preso de que ele é livre.

Porém, vale lembrar que o Estado pode estar mais presente em sua vida, agora monitorada, do que no cárcere, onde ocorrem muitas omissões estatais. De qualquer maneira, o monitoramento eletrônico se mostrou positivo pelo fato de evitar problemas sociais, psicológicos e sexuais, geralmente associados à institucionalização da pessoa, além do que se torna mais coerente com a finalidade da execução penal, a qual, definitivamente, conclui-se não ser alcançada por meio do cárcere.

Ainda, não há que falar em monitoramento eletrônico de “soltos”, pelo fato do indivíduo que já se encontra no regime semiaberto ter que usar os aparatos fiscalizatórios, pois neste regime os apenados devem retornar para a Casa do Albergado à noite e durante os finais de semana,

permanecendo, neste último caso, por período integral nele. Além do mais, conforme já visto, a vigilância eletrônica não é pressuposto para concessão do benefício da saída temporária, sendo aplicada apenas aos casos que a demandarem.

Não há muitos apontamentos contrários ao monitoramento eletrônico de presos, quando relacionado à liberdade deles. Com isso, verifica-se que a doutrina acata sua utilização, mesmo porque tal instrumento tecnológico é fundamental para a manutenção do preso em sociedade, garantindo sua ressocialização. E ainda: a utilização do monitoramento de presos é fundamental para auxiliar na solução do encarceramento desnecessário e da problemática do sistema penitenciário brasileiro.

2.6 O MONITORAMENTO ELETRÔNICO EM PALMAS-TO FRENTE AOS PROBLEMAS ESTRUTURAIS DA CASA DE PRISÃO PROVISÓRIA DO MUNICÍPIO

A Casa de Prisão Provisória de Palmas teve a sua fundação em 24 de janeiro de 2002, e se localiza na estrada de saída para Aparecida do Rio Negro, no quilômetro 01, Zona Rural, cerca de dez quilômetros do centro da Capital. É cercada por paisagem do cerrado, o que faz com que queimadas se proliferem na época seca.

Considerando-se como ambiente externo da Casa de prisão Provisória de Palmas possuem uma extensa área de acesso largo e considerado livre, mas possui algumas limitações tais como cercados. Na entrada há uma pequena casa onde ficam os presos do regime semiaberto. Ao adentrar nesta área, reduzem-se drasticamente as árvores a fim de auxiliar na visibilidade de quem passa pela unidade e, caso haja alguma fuga, a captura dos reeducandos. Existem certas árvores frutíferas, como o cajuí, conforme se vê na estrada que dá acesso a parte administrativa da Unidade Prisional.

A Casa de Prisão tem capacidade para receber 260 presos, segundo dados da Secretaria da Defesa Social (órgão que administra os presídios do Estado) apesar de ter mais de quinhentos há mais de dois anos, os quais estão divididos entre os pavilhões “A” e “B”, os quais possuem cinquenta e seis celas comuns e 4 especiais, destinadas a

presos ameaçados e que tenham praticado o crime de estupro, todas em média com aproximadamente dezesseis metros quadrados. A unidade não possui estrutura nem para atender a essa quantidade visto que possui infiltrações, calor, insetos, o que afeta o tratamento dos presos. Na data da verificação dos elementos da presente pesquisa, a Casa de Prisão Provisória de Palmas possuía um total superior a 600 reclusos, mais do dobro de sua capacidade.

Mediante todo o explanado constantemente nos veículos midiáticos do Estado do Tocantins, verifica-se que a Casa de Prisão Provisória de Palmas, não diferente de outros presídios do país, sofre com graves problemas em seu sistema prisional, sendo o mais polêmico deles a superlotação dos estabelecimentos penais. A população carcerária brasileira, que hoje é uma das maiores do mundo, conta com a escassez de alimentos e condições de higiene pessoal para o preso, o que, de fato, degrada sua dignidade humana como pessoa, tornando, assim, a Lei de Execução Penal ineficaz.

Vale destacar, nesse sentido, que a superlotação, as péssimas condições na cela, as bactérias, os estupros, as agressões promovidas entre os presos, a falta de assistência jurídica, odontológica, psicossocial e médica também constituem em meios estatais de tortura. O Estado em sua inépcia poderia ser considerado, ao menos no plano sociológico, como o maior torturador das populações carcerárias (CABRAL, 2010).

Ante tal quadro, a Central de Monitoramento Eletrônico situada em Palmas do Tocantins (em local sob sigilo) é fundamental para aplacar o gradativo grau de superlotação carcerária na Casa de Prisão Provisória de Palmas. Logo, além de fins políticos, como é o do “desafogamento” do sistema prisional, a medida também veio como forma humanizada do cumprimento da pena, visando, acima de tudo, a humanização dos detentos. No cenário mundial, pode-se dizer que a medida tem como principal finalidade acabar com a superlotação dos presídios.

Assim, existem mais de 380 (trezentos e oitenta monitorados) em Palmas, Gurupi e Araguaína, todos municípios do Tocantins. Imagina-se que se não fosse decretado o uso de tornozeleiras eletrônicas, a maioria

desses beneficiados estariam no sistema prisional, agravando o grau de superlotação, em especial da Casa de Prisão Provisória de Palmas. A medida ainda não se faz totalmente eficiente na questão do controle dos apenados bem como na diminuição da reincidência, haja vista que mais de 50% descumprem as medidas judicialmente impostas pelo uso de tornozeleiras. Como saldo negativo de tal realidade, observa-se nos veículos midiáticos que vários monitorados cometem crimes, voltando para as unidades prisionais quando o Poder Judiciário se depara com tais casos.

Conforme visto anteriormente, a medida em questão é aplicada aos presos que cumprem pena no regime semiaberto, nas saídas temporárias, ou àqueles que se encontram em prisão domiciliar ou processual – nesta, como medida cautelar.

Vários são os dispositivos eletrônicos capazes de efetivar o monitoramento eletrônico, tais quais: Tornozeleira, pulseira, cinto e até mesmo um microchip implantado no corpo humano, mas este ainda é passível de testes nos Estados Unidos e Inglaterra. (WEIS, 2016, p. 418). Em Palmas-TO, é utilizada a tornozeleira eletrônica.

Ademais, em casos de rompimento da tornozeleira, a empresa responsável pela monitoração, que não tem acesso à identidade do monitorado (usando apenas ao número de seu prontuário), aciona os Técnicos de Defesa Social da Central de Monitoramento de Palmas do Tocantins, os quais acompanham diuturnamente as ocorrências, sendo que tais profissionais identificam quem é o detento “fugitivo”, por meio do número da tornozeleira informado o Judiciário via E-Proc, para a decretação do competente Mandado de Regressão.

Como consequência disto, ou até mesmo de falta grave e descumprimento de outros deveres impostos pela decisão que concedeu a monitoração eletrônica, o preso, nos casos de saída temporária ou prisão domiciliar, tem seu benefício revogado, além de advertência expressa é possível regressão de regime.

A esse respeito, tal situação deverá ocorrer nos moldes dos incisos do parágrafo segundo, do artigo 146-C da Lei de Execuções Penais:

Art. 146-C. O condenado será instruído acerca dos cuidados que deverá adotar com o equipamento eletrônico e dos seguintes deveres: [...] Parágrafo único. A violação comprovada dos deveres previstos neste artigo poderá acarretar, a critério do juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a defesa: I - a regressão do regime; II - a revogação da autorização de saída temporária; III - (VETADO); IV - (VETADO); V - (VETADO); VI - a revogação da prisão domiciliar; VII - advertência, por escrito, para todos os casos em que o juiz da execução decida não aplicar alguma das medidas previstas nos incisos de I a VI deste parágrafo.

Tanto a revogação da autorização de saída, quanto a advertência escrita, são sanções aplicadas às violações de menor potencial ofensivo. Aquela, não implica na regressão de regime, podendo continuar o preso violador cumprindo sua pena no semiaberto. Por outro lado, a advertência expressa não significa que haja revogação dos benefícios da saída temporária ou da prisão domiciliar, nem tampouco o monitoramento eletrônico. (CORRÊA JÚNIOR, 2014, p. 95).

Porém, em se tratando de possível aplicação da medida para a prisão domiciliar do artigo 117 da LEP, cumpre destacar que a revogação da prisão não acarreta em regressão do regime aberto, logo, o condenado deve retornar à Casa do Albergado no período noturno e nos dias de folga. Todavia, destacando a possível hipótese de inexistência de Casa do Albergado no Estado de cumprimento da pena, o condenado continuaria a cumpri-la em domicílio, mas sem a aplicação do monitoramento (SOUZA, 2014, p. 214).

Logo, Alceu Corrêa Júnior (2014, 94-95) conclui que, ao descumprir algum dever imposto pelo Magistrado, o condenado sairia em vantagem, pois além de continuar cumprindo pena em sua residência, não estaria sendo monitorado. É o entendimento, tanto do Superior Tribunal de Justiça, quanto do Supremo Tribunal Federal: “

A jurisprudência deste STJ vem admitindo o cumprimento da pena no domicílio do réu, se já prova de que não existe Casa de Albergado ou local reservado com igual finalidade o qual, ainda que não seja o ideal, mas considerada a realidade do país, pode-se admitir como solução emergencial”. Em Palmas- TO, em virtude da superlotação da Casa de Prisão Provisória, e considerando o caso concreto, o juiz corriqueiramente determina tal medida.

Nesse enfoque, situa-se às colocações de Rogério Greco, o qual ressalta que a tecnologia faz com que a pena seja devidamente aplicada:

Podemos, com a ajuda da tecnologia, fazer com que a pena, efetivamente, cumpra suas funções, sem que, para tanto, o homem seja retirado do seu meio social. Exemplo disso é o que ocorre com nossos filhos. Quando os corrigimos, não retiramos nossos filhos de casa, não os levamos a um local distante, fazendo com que fiquem isolados de seus irmãos. Na verdade, os colocamos em um lugar onde, embora dentro de sua própria casa, saberão que estarão privados de uma série de “direitos”, que lhe seriam naturais, caso não tivessem desobedecido a seus pais. O castigo, mesmo dentro de casa, funciona. Se retirássemos nossos filhos e os levássemos para um local fora do seu ambiente familiar, isso certamente os traumatizaria. É o que acontece com os presos que são retirados do seu meio social, e levados a conviver com pessoas estranhas, hostis, sem falar no fato de que passam a se isolar de seus familiares. A tecnologia é o presente. Ela já chegou e está à disposição de todos, para inúmeras finalidades. A cada dia se descobre algo novo, uma evolução que, certamente, deverá ser utilizada pelo Sistema Penal. (GRECO, 2010, p. 01).

Tendo o condenado atendido as condições objetivas e subjetivas para obter regime prisional aberto, mas não possuindo o estado a casa do

albergado (haja vista que a Unidade de Semiaberto de Palmas-TO está inativa há meses), em estabelecimento que adequadamente possa substituí-la, deve ele ser colocado, então, em prisão domiciliar, como opção válida para que permaneça na mesma situação, mas sim possa iniciar seu processo de reintegração a sociedade podendo voltar ao trabalho, para seu sustento e de sua família.

Por outro lado, de todas as consequências, a mais severa é a regressão de regimes, aplicada para as faltas mais graves e que, além de revogar o benefício, se torna incompatível com o novo regime, o fechado.

3 CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988 surge para sepultar de vez o regime de exceção. Nela se proíbe o tratamento desumano e se estabelecem garantias processuais aos que sofrem processos (tais como o devido processo legal e a ampla defesa).

O novo texto constitucional ainda restringe os poderes estatais garantindo ao indivíduo direitos primordiais para a sua “dignidade” enquanto pessoa humana. A nova norma jurídica foi criada em observância aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, do direito à vida, da integridade física, do respeito aos direitos humanos e aos ditames do Direito Internacional no que tange ao tratamento de pessoas presas.

Foi um grande salto do legislador no que tange a questão. A Lei de Execução Penal (LEP), como é conhecida a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, surgiu com o fito de instituir a execução penal no país. Em linhas gerais, consiste na lei do sistema penitenciário. Essa norma estabelece o regime de progressão de penas, as condições das cadeias e presídios, os direitos e deveres dos presos entre outras questões correlatas.

Por esta razão é que, nos últimos anos, iniciou-se uma busca por alternativas à prisão provisória e definitiva, a fim de diminuir o número de presos encarcerados e dar àqueles que, por diversas condições não fazem jus ao benefício, condições mínimas e dignas para o cumprimento da pena imposta. Com a frutífera repercussão, o Brasil então deu início aos

trabalhos, iniciados legalmente na Paraíba e, que hoje, ocorrem em muitos de seus Estados. Inclusive no Tocantins, tal utilização está em fase de implementação.

Todavia, cabe ressaltar que a medida ainda demanda muitos estudos e pesquisas, bem como o saneamento de dificuldades e obstáculos encontrados nas regiões brasileiras, como aqueles relacionados às questões sociais, econômicas, estruturais, geográficas, dentre outras. No tocante a sua constitucionalidade, o presente trabalho não teve, em nenhum momento, a intenção de questionar os posicionamentos contrários e favoráveis ao monitoramento eletrônico de presos.

Observou-se, posicionamentos contrários. Por outro lado, muitos outros operadores do Direito se posiciona totalmente a favor do método, defendendo a tese de não violação dos referidos princípios, pois a medida dá ao preso condições de ressocialização e humanização, por meio de uma suposta liberdade vigiada, além de diminuir o índice de reincidência em crimes.

Neste sentido, cabe ressaltar que não somente os presos monitorados são beneficiados com a medida, uma vez que os presos do regime fechado também são beneficiados, ainda que indiretamente, com a consequente diminuição do número de presos nas celas.

Conclui-se então que, com a possibilidade de restrição e limitação dos direitos fundamentais, bem como observados o binômio da “necessidade e adequação” e a presença do Princípio da Proporcionalidade na aplicação da medida, não há que se falar na violação dos direitos fundamentais. Pelo contrário: Ela apenas é válida, pois indubitável restou que a medida, se comparada com o sistema prisional, tem uma harmonia bem maior com os princípios constitucionais.

Assim, dando continuidade à aplicação da medida pelo país, de forma com que se invista na aquisição de um número maior de equipamentos eletrônicos e na edificação de centrais de monitoramento, o Brasil tem grandes chances de alcançar o nível internacional de sucesso do monitoramento eletrônico de presos, solucionando, quiçá, o problema da superlotação dos estabelecimentos prisionais, sem parecer violar, em

nenhum momento, a Carta Magna. Observa-se ainda que o monitoramento eletrônico está se consolidando no País sendo utilizado, por exemplo, por alguns presos da Operação Lava Jato.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Rodrigo; RODRIGUES, Janaína. **Monitoramento eletrônico e ética – um olhar de um prático**. In: PRUDENTE, Neemias; ROSA, M. Alexandre;. O Monitoramento Eletrônico em Debate. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. Cap. 6, p. 112.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1.988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 12 de setembro de 2017

_____. **Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm> Acesso em 25 de outubro de 2017.

_____. **Lei 11.464 de 28 de março de 2.007**. Dá nova redação ao art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/Lei/L11464.htm. Acesso em 10 de setembro de 2017.

_____. **Lei 7.210, de 11 de julho de 1.984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível

em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm. Acesso em 05 de setembro de 2017.

_____. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1.990**. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências.

CALDEIRA, Felipe. **A inconstitucionalidade do modelo de monitoramento eletrônico de presos adotado pelo Brasil.** Disponível em < <http://ivan-braga.blogspot.com.br/2011/01/lei-de-monitoramento-eletronico-de.html>> Acesso em 23 de outubro de 2017.

GLOBO. **SAP vai apurar caso de preso do semi-aberto que rompeu tornozeleira.** Disponível em < <http://g1.globo.com/sp/presidente-prudente-regiao/noticia/2014/04/sap-vai-apurar-caso-de-presos-do-semi-aberto-que-rompeu-tornozeleira.htm>> Acesso em 23 de setembro de 2017.

GRECO, Rogério. **Monitoramento eletrônico.** Clube Jurídico do Brasil, 2010. Disponível em: <http://www.clubjus.com.br/?artigos&ver=2.32159&hl=no>. Acesso em 08 de novembro de 2017.

LEITÃO JÚNIOR, Joaquim. **Monitoramento eletrônico: uma nova realidade jurídica no sistema prisional brasileiro.** Disponível em <http://www.lfg.com.br> - 26 de outubro de 2017.

MARIATH, Carlos Roberto. **Monitoramento eletrônico: liberdade vigiada.** Disponível em: . Acesso em: 02 abr. 2014. Acesso em 8 de novembro de 2017.

MENDES, Gilmar. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2016.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal** – Comentários à Lei 7.210 de 11.07.1984. São Paulo: Ed. Atlas, 2010.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal.** 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MORAIS, Paulo José Iász de; CAIADO, Nuno. **Monitoração, Eletrônica, Probation e Paradigmas Penais.** São Paulo: ACLO, 2014.

MORAIS, Paulo José Iász de; NASCIMENTO, Felipe Pinheiro. **O Monitoramento Eletrônico e a Lei nº. 7.2010 de 11 de jul. de 1984 – Execução Penal.** In: MORAIS, Paulo José Iász de; CAIADO, Nuno.

(Coord.). **Monitoração, Eletrônica, Probation e Paradigmas Penais.** São Paulo: ACLO, 2014.

MORAIS, Paulo José Iász de. **Monitoramento eletrônico de preso.** São Paulo: IOB, 2016.

LEMGRUBER, **Julita. Pena alternativa.** Rio de Janeiro: FGV, 2010.

PUCINELLI JÚNIOR, André. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2013

RITTER, Fábio. **Índice de fuga de apenados com tornozeleiras eletrônicas é de apenas 2%.** Disponível em . Acesso em: 03 de setembro de 2017.

SOUZA, Bernardo de Azevedo e. **A Implementação do Monitoramento Eletrônico no Brasil.** São Paulo: ACLO, 2014.

WEIS, Carlos. **Estudo sobre o monitoramento eletrônico de pessoas processadas ou condenadas criminalmente.** Brasília: Ministério da Justiça: 2016.

WEIS, Carlos. **Monitoramento Eletrônico: uma alternativa à prisão? Experiências internacionais e perspectivas no Brasil.** Brasília. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, 2. Sem. 2016, p. 145-154.

NOTAS:

^[1] Professora do curso de Direito da Faculdade Serra do Carmo, vcmeirelles@gmail.com

INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 392 DO STJ NA EXECUÇÃO FISCAL EM FACE DE CARTÓRIOS EXTRAJUDICIAIS

JOÃO NUNES DE VIVEIROS NETO:
Procurador da Fazenda Nacional na Advocacia-Geral da União. Formado em Direito na Universidade do Grande Rio - UNIGRANRIO - Duque de Caxias - RJ. Especialista em direito público pela Universidade Estácio de Sá - Campus Madureira -RJ

RESUMO:O presente artigo objetiva discorrer sobre a execução fiscal em face de cartórios extrajudiciais, ensejando, caso haja a necessidade de adequação do polo passivo para o nome do registrador ou tabelião, na inaplicabilidade da Súmula 392 do STJ.

Palavras-chaves: Súmula 392 do STJ. Execução Fiscal. Cartórios Extrajudiciais

ABSTRACT:This article aims to discuss fiscal execution in the face of out-of-court registries, providing, if there is a need to adapt the passive pole to the name of the registrar or notary, in the inapplicability of the Summary 392 of the SJT.

Keywords: Precedent 392 of the SJT. Tax Execution. Related searches

Sumário: 1. Da possibilidade de substituição ou emenda do título executivo extrajudicial na execução fiscal. 2. Do entendimento do Superior Tribunal de Justiça exposto no enunciado da Súmula 392. 3. Julgados do STJ analisando a aplicabilidade ou não da súmula 392. 3.1 Execução fiscal em face da massa falida. 3.2 Execução fiscal em face de pessoa de devedor falecido. 4. Responsabilização automática do empresário individual. 5. Entendimento do STJ sobre a responsabilidade por atos de cartórios. 6. Posicionamento doutrinário sobre a responsabilidade por atos de cartórios. 7. Conclusão. 8. Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Na processualística moderna busca-se a efetividade do processo, sem, contudo, incorrer no descuido quanto a certas exigências necessárias para efetivar os direitos e garantias processuais, razão pela qual o presente artigo abordará o enunciado da Súmula 392 do STJ, com destaque para a vedação de alteração do sujeito passivo, pontuando, por fim, sobre seu alcance no caso de execução fiscal proposta em face de cartórios extrajudiciais, em vez de seus registradores ou tabeliões (conforme o tipo do cartório).

1. Da Possibilidade De Substituição Ou Emenda Do Título Executivo Extrajudicial Na Execução Fiscal

Dispõe o art. 2º, § 8º, da LEF que até a decisão de primeira instância, a Certidão de Dívida Ativa poderá ser emendada ou substituída, assegurada ao executado a devolução do prazo para embargos.

O art. 203 do CTN, por sua vez, possui redação semelhante, oportunizando-se ao executado, quando houver substituição da certidão nula, a devolução do prazo para embargos, "que somente poderá versar sobre a parte modificada".

A possibilidade de substituição da CDA é um privilégio conferido à Fazenda Pública, que poderá sanar defeitos existentes na Certidão no curso da execução fiscal, desde que assim proceda antes da decisão de primeira instância.

Já decidiu o STJ que, verificada nulidade na CDA por erro formal ou material, deve a Fazenda Pública ser intimada para, querendo, emendá-la ou substituí-la, não sendo possível a extinção da execução fiscal sem essa intimação.

2. Do Entendimento Do Superior Tribunal De Justiça Exposto No Enunciado Da Súmula 392

Súmula 392

A Fazenda Pública pode substituir a certidão de dívida ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos, quando se tratar de correção de

erro material ou formal, vedada a modificação do sujeito passivo da execução.

O Superior Tribunal de Justiça apresentou, portanto, contornos a serem observados na aplicação do art.2º, § 8º, da LEF, no intuito de determinar seu alcance, definindo a decisão de primeira instância indicada na lei como termo final a prolação da sentença nos embargos, bem como possibilitando a substituição apenas em casos de erros materiais ou formais, não sendo possível a modificação do sujeito passivo da execução fiscal.

Observa-se, então, que a alteração de sujeito passivo da execução fiscal necessariamente ensejará extinção do processo sem resolução do mérito, conforme art. 485, VI, do CPC/2015, tornando necessária a repositura da execução fiscal em face do sujeito passivo correto.

3. Julgados Do STJ Analisando A Aplicabilidade Ou Não Da Súmula 392

3.1 Execução fiscal em face da massa falida

Não se admite, em hipótese nenhuma, a substituição ou emenda da CDA que implique em modificação do sujeito passivo, ainda que não tenha ocorrido vícios na constituição do crédito (Súmula 392 do STJ). Vale ressaltar, no entanto, que o ajuizamento de execução fiscal sem a expressão "massa falida" não importa erro quanto à identificação da pessoa jurídica devedora, mas mera irregularidade, não sendo o caso de substituição da CDA nem de redirecionamento da execução.

Em relação à massa falida, é possível, até a prolação da sentença de embargos, na forma do art. 2º, § 8º, da Lei nº 6.830/80, substituir a CDA, já que não se trata de modificação do sujeito passivo da execução. De acordo com o STJ, no RESP nº 1372243/SE, julgado na forma do art. 543-C do CPC/1973, "afigura-se equivocada a compreensão segundo a qual a retificação da identificação do polo processual - com o propósito de fazer constar a informação de que a parte executada se encontra em estado falimentar - implicaria modificação ou substituição do polo passivo da obrigação fiscal".

3.2 Execução fiscal em face de pessoa de devedor falecido

Se o devedor tiver falecido antes do ajuizamento, e a CDA não for retificada antes do ingresso em juízo, de acordo com STJ, extingue-se o processo sem resolução do mérito. Nesse caso, pode-se retificar a inscrição e promover um novo ajuizamento.

Se o devedor falecer depois do ajuizamento, não é caso de extinção da execução fiscal, mas de sucessão processual, redirecionando-se a execução para o espólio, já que não se trata de substituição do sujeito passivo e não há necessidade de substituição da CDA, conforme entendimento extraído do julgamento proferido pelo STJ, no REsp 1349721/RJ (Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/05/2013, DJe 28/05/2013).

Essas considerações aplicam-se em caso de firma individual (a firma individual se confunde com a pessoa física, sendo caso de sucessão processual do espólio).

4. Responsabilização Automática Do Empresário Individual

No que tange à responsabilização do empresário individual, a doutrina e a jurisprudência tem entendido que ela é ilimitada, respondendo o empresário pessoalmente pelas dívidas do estabelecimento, uma vez que o patrimônio deste e do empresário se confundem, sendo possível, por essa razão, a inclusão de seu CPF na CDA, além do CNPJ da pessoa jurídica, esta na qualidade de devedor principal.

[TRF-1 - AGRAVO DE INSTRUMENTO AG 540103820144010000 \(TRF-1\)](#)

Data de publicação: 17/10/2014

Ementa: PROCESSUAL CIVIL, TRIBUTÁRIO E COMERCIAL - **EXECUÇÃO FISCALEM VARA ESTADUAL - TITULAR DE FIRMA INDIVIDUAL - CONFUSÃO PATRIMONIAL COM A EMPRESA INDIVIDUAL EXECUTADA - CITAÇÃO**

EM NOME PRÓPRIO DESNECESSÁRIA - BLOQUEIO DE ATIVOS FINANCEIROS (VIA BACENJUD): POSSIBILIDADE - AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. 1. Em se tratando de **firma individual**, a citação dela dispensa a citação do sócio em nome próprio, pois há **confusão patrimonial** entre **firma individual** e seu titular. Assim, se citada a **firma individual**, desnecessária prévia citação (em nome próprio) do seu titular para viabilização do bloqueio de ativos financeiros em seu nome. 2. "Tratando-se de **firma individual** há identificação entre empresa e pessoa física, posto não constituir pessoa jurídica, não existindo distinção para efeito de responsabilidade entre a empresa e seu único sócio". (STJ, REsp 227.393/PR, Rel. Min. GARCIA VIEIRA, T1, ac. un., DJ 29/11/1999, p. 138). 3. Agravo de instrumento provido. 4. Peças liberadas pelo Relator, em Brasília, 7 de outubro de 2014., para publicação do acórdão.

5. Posicionamento Doutrinário Sobre A Responsabilidade Por Atos De Cartórios

Os Notários e Registradores brasileiros são profissionais do Direito de que tratam os artigos 236 da Constituição da República e 3º da Lei Federal nº 8.935/1994 e como tal exercem seus respectivos ofícios, que lhes são outorgados pelo Estado (Poder Delegante).

Aprovados em concurso público de provas e títulos as pessoas naturais respectivas mantêm relação com o Poder Delegante, por meio das Corregedorias – permanente (das Comarcas), geral (dos Estados), e nacional (do Conselho Nacional de Justiça).

Tais pessoas, classificadas, do ponto de vista fiscal, como “físicas”, praticam atos notariais e de registro num local conhecido como “Cartório”, sendo o local de trabalho do Notário e do Registrador, assim como o

escritório é o local de trabalho do advogado, o consultório é do médico e do dentista.

E esses locais não têm personalidade jurídica. Ou seja, não são pessoas – nem física, nem jurídica. Eles são entes despersonalizados e no caso dos serviços notariais e de registro (“Cartórios”), a obrigatoriedade de inscrição no CNPJ (Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica), não muda esse panorama, ou, noutro dizer, não lhes atribui personalidade jurídica.

6. Entendimento Do STJ Sobre A Responsabilidade Por Atos De Cartórios

Não é diferente o entendimento utilizado pelo STJ, conforme se extrai do AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.468.987 - SP (20140174661-5), abaixo transcrito.

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. OMISSÃO INEXISTENTE. REEXAME NECESSÁRIO. TESE PREJUDICADA. SERVIÇOS DE REGISTROS PÚBLICOS, CARTORÁRIOS E NOTARIAIS. AUSÊNCIA DE PERSONALIDADE JURÍDICA. ILEGITIMIDADE AD CAUSAM. PRECEDENTES. Os serviços de registros públicos, cartorários e notariais não detêm personalidade jurídica, de modo que quem responde pelos atos decorrentes dos serviços notariais é o titular do cartório. Logo, o tabelionato não possui legitimidade para figurar como polo ativo da presente demanda repetitória tributária. Agravo regimental improvido.

O Superior Tribunal de Justiça entende que os tabelionatos são instituições administrativas, desprovidos de personalidade jurídica e sem patrimônio próprio. Assim, os cartórios não se caracterizam como empresa ou entidade, motivo pelo qual é pessoal a responsabilidade do oficial de registros públicos por seus atos e omissões.

Com base nesse posicionamento, o ministro Humberto Martins, da 2ª Turma, negou pedido do Cartório do Primeiro Ofício de São Sebastião (SP) para que fosse reconhecida a sua legitimidade em ação de cobrança indevida de tributo. A serventia cartorária alegou que o imposto fora recolhido em seu nome, o que autorizaria o pedido de restituição tributária pelo serviço notarial.

“Os serviços de registros públicos, cartórios e notariais não detêm personalidade jurídica, de modo que quem responde pelos atos decorrentes dos serviços notariais é o titular do cartório. Logo, o tabelionato não possui legitimidade para figurar como polo ativo”, afirmou o ministro em seu voto.

Conclusão

Conforme exposto, a inscrição do tabelião no Cadastro Nacional das Pessoas Jurídicas não cria uma pessoa diversa, pois se trata apenas de uma formalidade exigida pela Receita da Federal. O tabelião continua respondendo pela dívida em nome próprio, razão pela qual deve ser incluído no polo passivo da presente demanda.

A rigor, a inclusão do tabelião no polo passivo não altera a sujeição passiva porque, semelhantemente ao que ocorre com a empresa individual, ambos – CNPJ e CPF – identificam a mesma pessoa natural e os bens e direitos vinculados tanto ao CNPJ quanto ao CPF do titular respondem pela dívida contraída pela serventia.

Sendo assim, verifica-se que a Súmula 392 do STJ não é aplicável ao presente caso, uma vez que não há alteração do sujeito passivo, tornando desnecessária a extinção da execução fiscal para retificação da CDA.

Privilegiam-se, respeitados os dispositivos legais e os contornos estabelecidos pelo STJ, a efetividade processual e o interesse público em arrecadar, tratando-se como mera irregularidade a ser sanada com a correção do pólo passivo na execução fiscal com a inclusão dos dados da pessoa física do tabelião/registrator.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário Esquematizado**, 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Curso Completo de Direito Civil**, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2009.

MACHADO, Hugo de Brito. **Comentários ao código tributário nacional**. V. 3. São Paulo: Atlas, 2005.

MATIELLO, Fabrício Zamprogna. **Defeitos do negocio jurídico**. São Paulo: LTr, 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PETERSEN, Raphael de Barros. **A presunção de má-fé na fraude na execução fiscal**. Revista de Doutrina da 4ª Região. Porte Alegre. N.62, out.2014. disponível em: http://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao062/Raphael_Petersen.html> Acesso em: 04de Nov. 2015

PICANÇO JÚNIOR, Julio Cezar Pessoa. **O art. 185 do CTN em confronto com a Súmula n. 375 do STJ – Atual posicionamento jurisprudencial**. Disponível na internet: < http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n-link=revista-artigos_leitura&artigoid=8868. Acesso: 04 nov de 2015

SAADE, Omar Nami Haddad. **Aspectos Importantes da Fraude à execução Fiscal**. **ConetudoJurídico, Brasília-DF: 22 nov. 2014**. Disponível na internet: < <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.50916&seo=1>>. Acesso em: 04 de Nov. 2015

EXECUÇÃO FISCAL EM FACE DE CONSELHOS PROFISSIONAIS, DIANTE DO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO (RE) 938837

JOÃO NUNES DE VIVEIROS NETO:
Procurador da Fazenda Nacional na Advocacia-Geral da União. Formado em Direito na Universidade do Grande Rio - UNIGRANRIO - Duque de Caxias - RJ. Especialista em direito público pela Universidade Estácio de Sá- Campus Madureira -RJ

RESUMO: O presente artigo objetiva dispor sobre a forma de execução em face dos conselhos profissionais, entes de reconhecida natureza autárquica, frente ao julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 938837.

Palavras-chaves: Fraude. Execução Fiscal. Dívida Ativa. Inscrição, Recurso Repetitivo.

ABSTRACT: This article focuses the modalities of the debtor's fraud, in particular the Institute of fraud to tax foreclosure and their specificities facing Precedente 375 of the STJ and the trial of controversy's representative special appeal nº. 1.141.990/PR.

Keywords: Fraud. Tax Foreclosure. Debt. Registration. Repetitive Feature.

Sumário: 1. Conceito de Fazenda Pública. 2. Execução Forçada contra a Fazenda Pública. 3. Impenhorabilidade do Bem Público. 4. Análise do Julgamento do RE 938837. 5. Conclusão. 6. Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

A execução fiscal contra a Fazenda Pública possui regramento bem específico, diante da natureza do ente público a ser executado, o que implica analisar o conceito de Fazenda Pública e os entes que merecem tal tratamento, devendo, a partir do julgamento do RE 938837, analisar seus efeitos na execução fiscal em face dos conselhos profissionais.

Assim, a proposta desse trabalho é, após conceituar Fazenda Pública e sua forma de ser executada por quantia certa, discorrer sobre o julgamento do RE 938837, bem como construir uma conclusão de seus efeitos na forma de execução fiscal em face dos conselhos profissionais.

1. Conceito de Fazenda Pública

Segundo o doutrinador Misael Montenegro Filho (2011), é amplo o conceito de Fazenda Pública. Nele estão inseridos os entes da Administração Pública Direta, ou seja, a União Federal, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal, os Territórios, as Autarquias e Fundações Públicas instituídas e mantidas pelo Poder Público.

Recorrendo a uma visão interdisciplinar, verifica-se que é esse o entendimento dos administrativistas. Nesse sentido, para o Direito Administrativo, quando a administração pública ingressa em juízo por qualquer de suas entidades estatais, seja pelas autarquias, fundações públicas ou por seus órgãos que possuam capacidade processual, recebe a denominação tradicional de Fazenda Pública, pois seu erário é que suporta os encargos patrimoniais da demanda. (MEIRELLES, 2008).

Aqui não se incluem as empresas públicas e as sociedades de economia mista, por se submeterem ao regime geral, que se dá através da execução por quantia certa contra devedor solvente, admitindo a penhora de bens para futura arrematação e pagamento em favor do credor. (MONTENEGRO FILHO, 2011)

Respeitadas certas peculiaridades, que certamente recebem um tratamento diferenciado por parte da doutrina e jurisprudência dos tribunais superiores, em linhas gerais, essas são as considerações para o conceito de Fazenda Pública.

Sendo os conselhos de fiscalização profissional, que exercem poder de polícia, entidades autárquicas federais, encaixam-se na definição de “Fazenda Pública”, razão pela qual bem decidiu o STJ que seus representantes fazem jus à intimação pessoal na execução fiscal (e nos

correspondentes embargos, acrescento) por força do que dispõe o art. 25 da LEF (Lei 6.830/80).

DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. INTIMAÇÃO PESSOAL DO REPRESENTANTE DE CONSELHO DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL EM EXECUÇÃO FISCAL. RECURSO REPETITIVO (ART. 543-C DO CPC E RES. 8/2008-STJ).

O representante judicial de conselho de fiscalização profissional possui a prerrogativa de ser intimado pessoalmente no âmbito de execução fiscal promovida pela entidade. Incide, nessa hipótese, o disposto no art. 25 da Lei 6.830/1980 (LEF). Deve-se ressaltar, a propósito do tema, que o STF consolidou o entendimento de que os referidos conselhos possuem natureza jurídica autárquica, pois exercem atividade típica de Estado, de modo a abranger, no que concerne à fiscalização de profissões regulamentadas, o poder de polícia, o de tributar e o de punir. Nesse contexto, os créditos dos conselhos de fiscalização profissional devem ser cobrados por execução fiscal, pois a expressão “Fazenda Pública” constante do § 1º do art. 2º da LEF – “Qualquer valor, cuja cobrança seja atribuída por lei às entidades de que trata o artigo 1º, será considerado Dívida Ativa da Fazenda Pública.” –, deve ser interpretada de maneira a abranger as autarquias. Dessa forma, existindo regra específica sobre a intimação pessoal dos representantes da Fazenda Pública em execução fiscal (art. 25 da LEF), essa prerrogativa deve ser observada no caso dos representantes dos conselhos de fiscalização profissional. [REsp 1.330.473-SP](#), Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 12/6/2013. INF 526

2.Execução Forçada contra a Fazenda Pública

Sabe-se que, em regra, os bens públicos são legalmente impenhoráveis. Daí porque a inexistência da possibilidade de execução contra a Fazenda Pública nos moldes comuns, ou seja, mediante penhora e expropriação. (THEODORO JÚNIOR, 2011).

Portanto, o Código de Processo Civil prevê um procedimento especial para as execuções por quantia certa contra a Fazenda Pública, visto que não tem natureza própria de execução forçada, pois se faz sem

expropriação ou transferência forçada de bens. Assim, tal procedimento executório é realizado por meio de mera requisição de pagamento, feita entre o Poder Judiciário e Poder Executivo, conforme os artigos 730 e 731 do CPC, (THEODORO JÚNIOR, 2011).

O novo Código de Processo Civil modificou o procedimento adotado pelo CPC de 1973, que preconizava um processo de execução contra a Fazenda Pública, conforme a dicção de seu art. 730.

O novo CPC previu dois procedimentos diferentes:1) Se o título executivo for JUDICIAL: o procedimento é chamado de cumprimento de sentença, sendo regido pelos arts. 534 e 535.2) Se o título executivo for EXTRAJUDICIAL: o procedimento é chamado de execução contra a Fazenda Pública (art. 910).

No CPC/73 não havia o nome cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública (isso era chamado de execução contra a Fazenda Pública). No NCPC passou a existir um procedimento próprio chamado de cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública. A nomenclatura execução contra a Fazenda Pública ficou destinada para a execução fundada em título extrajudicial.

Dessa forma, não mais será instaurado necessariamente um processo autônomo de execução, com a citação da Fazenda Pública para a oposição de embargos, mas será requerido pelo credor o cumprimento de sentença, com a intimação da devedora para apresentar a sua impugnação.

Fica a cargo do exequente a apresentação do crédito discriminado, havendo necessidade do trânsito em julgado para a expedição do precatório ou da requisição de pequeno valor, conforme o disposto no art. 100 da Constituição Federal.

No cumprimento de sentença, a defesa da Fazenda é chamada de IMPUGNAÇÃO. Já na execução contra a Fazenda Pública, esta se defende por meio de EMBARGOS.

Tanto o prazo da impugnação como dos embargos continua sendo de 30 dias.

OBS: A ampliação do prazo para a oposição de embargos do devedor pela Fazenda Pública para 30 dias, inserida no art. 1º-B da Lei nº [9.494/97](#), é constitucional e não viola os princípios da isonomia e do devido processo legal. O estabelecimento de tratamento processual especial para a Fazenda Pública, inclusive em relação a prazos diferenciados, quando razoáveis, não constitui propriamente restrição a direito ou prerrogativa da parte adversa, mas busca atender ao princípio da supremacia do interesse público. A fixação do prazo de 30 dias para a Fazenda apresentar embargos à execução não pode ser considerado como irrazoável, afinal de contas esse é o mesmo prazo que o particular goza para apresentar embargos em caso de execuções fiscais contra ele movidas pela Fazenda Pública (art. [16](#) da Lei nº [6.830/80](#)). STF. Plenário. ADI 2418/DF, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 4/5/2016 (Info 824).

3. Impenhorabilidade Do Bem Público

Sabe-se que, em regra, os bens públicos são legalmente impenhoráveis. Daí porque a inexistência da possibilidade de execução contra a Fazenda Pública nos moldes comuns, ou seja, mediante penhora e expropriação. (THEODORO JÚNIOR, 2011).

Segundo essa característica, é vedada a penhora de bem público. É incabível, em uma execução contra entidade pública, a constrição judicial de bem público, pois a penhora tem por finalidade a subsequente venda para que o valor arrecadado seja utilizado na satisfação do crédito.

Trata-se de uma característica decorrente da inalienabilidade dos bens públicos que, na forma do art. 833, I, do CPC, são impenhoráveis, mesmo que sejam dominicais. Também por essa razão, a execução contra a Fazenda Pública segue o regime especial dos precatórios, previsto no art. 100 da CF e no art. 910 do CPC, sendo admitido, apenas, o sequestro de valores para a satisfação do débito, em determinadas condições processuais.

4. Análise Do Julgamento Do RE 938837

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), em sessão realizada em 19 de abril de 2017, decidiu que o regime dos precatórios para pagamentos de dívidas decorrentes de decisão judicial não se aplica aos conselhos de fiscalização profissional. A decisão foi tomada no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 938837, com repercussão geral reconhecida. Prevaleceu o entendimento do ministro Marco Aurélio, acompanhado pela maioria de votos, ficando vencido o relator do processo, ministro Edson Fachin.

A decisão do Plenário deu provimento ao RE interposto pela Mútua de Assistência dos Profissionais da Engenharia, Arquitetura e Agronomia (Caixa de Assistência dos Profissionais do Crea) contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF-3) que entendeu que os conselhos têm natureza jurídica de autarquia, são abrangidos pelo conceito de Fazenda Pública e devem, portanto, submeterem-se ao regime de precatórios.

Relator

O ministro Edson Fachin, relator do RE 938837, destacou que, segundo a jurisprudência do STF, os conselhos de fiscalização profissionais, embora sejam autarquias especiais – que não estão sujeitas à administração ou supervisão direta de qualquer órgão público e nem recebem recursos do Estado –, por exercerem atividade típica de Estado, são pessoas jurídicas de direito público. Ele entendeu que, por este motivo, é possível a aplicação a eles da regra constitucional que obriga a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos oriundos de sentenças transitadas em julgado (artigo 100, parágrafo 5º).

Em voto pelo desprovimento do recurso, o relator salientou que o regime de precatórios existe para preservar a necessidade de previsão do pagamento de dívida pública e evitar que eventual constrição de valores ocorra para o pagamento de dívidas individualizadas e afete o funcionamento da entidade pública, além de observar a isonomia entre os credores.

Divergência

No entendimento do ministro Marco Aurélio, que proferiu o primeiro voto divergente em relação ao do relator, os conselhos são autarquias especiais e, por este motivo, são pessoas jurídicas de direito público submetidas a diversas regras constitucionais, entre as quais a fiscalização do Tribunal de Contas da União (TCU) e a exigência de concurso público para contratação de pessoal. Entretanto, por não terem orçamento ou receberem aportes da União, não estão submetidos às regras constitucionais do capítulo de finanças públicas (artigos 163 a 169 da Constituição), o que inviabiliza sua submissão ao regime de precatórios.

O ministro salientou que a inexistência de orçamento inviabiliza o cumprimento de uma série de regras dos precatórios, como a exigência de dotações orçamentárias específicas para este fim ou a consignação direta de créditos ao Poder Judiciário. Frisou, ainda, que, caso se entenda que os conselhos integram o conceito de Fazenda Pública, possíveis débitos dessas entidades autárquicas seriam automaticamente estendidos à Fazenda Pública federal.

Tese

A tese de repercussão geral fixada pelo Plenário foi a seguinte: “Os pagamentos devidos em razão de pronunciamento judicial pelos conselhos de fiscalização não se submetem ao regime de precatórios”.

5. Conclusão

Objeto de grande controvérsia doutrinária e jurisprudencial, o debate em torno da sujeição dos Conselhos de Fiscalização ao regime de precatórios foi recentemente enfrentado pelo Supremo (Inf. 861).

Os Conselhos de Fiscalização Profissional – sejam os Conselhos Regionais (Conselho Regional de Medicina, por exemplo), sejam os Conselhos Federais (ilustrativamente, o Conselho Federal de Farmácia) – ostentam a natureza jurídica de autarquias federais em regime especial, é dizer, pessoas jurídicas de direito público. A Lei 9.649/97, por sinal, tentou

imprimir-lhes personalidade jurídica de direito privado, algo rechaçado pelo Supremo Tribunal Federal, que a teve por inconstitucional neste aspecto.

Desse reconhecimento de sua roupagem jurídica como autarquias federais decorre, por exemplo, a atração das causas em que figurem os Conselhos regionais ou federais como autor, réu, assistente ou oponente para a Justiça Federal (CF, art. 109, I), valendo anotar, outrossim, a sujeição à exigência de concurso público (CF, art. 37, II) e à fiscalização do Tribunal de Contas da União (CF, art. 71). Na mesma direção, como autarquias, estariam sujeitos os Conselhos ao regime de precatório. Certo?

Errado.

O grande ponto é que os Conselhos de Fiscalização Profissional não participam do orçamento público. E o regime de precatórios, como é cediço, se operacionaliza através de dotações orçamentárias para o pagamento, em ordem cronológica, das condenações judiciais transitadas em julgado. Não havendo dotações orçamentárias destinadas aos Conselhos – cujas receitas advêm notadamente da arrecadação de anuidades e multas -, não há como aplicar-lhes o regime de precatórios, conquanto, insista-se, tenham personalidade jurídica de direito público.

Logo, as execuções movidas contra os Conselhos de Fiscalização Profissional não seguirão rito das execuções contra a Fazenda Pública (que envolvem o regime de precatórios), mas sim o procedimento comum, aplicável a todos os demais particulares. De se notar, por oportuno, que seus bens serão, pois, penhoráveis – se não, como se desenvolveria a execução? A impenhorabilidade dos bens públicos deriva, em termos de direito positivo, exatamente do art. 100 da CF. Aguardemos, apenas, para ver se a jurisprudência não evoluirá para reconhecer certos bens dos Conselhos como impenhoráveis, mormente os necessários à continuidade do serviço público.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. v. II. 15. ed. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 34. ed. São Paulo:Malheiros, 2008.

MONTENEGRO FILHO, Misael. Curso de Direito Processual Civil: teoria geral dos recursos, recursos em espécie e processo de execução. v. 2. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2011.

RIBEIRO, Antônio de Pádua. Execução Contra a Fazenda Pública. Revista de Direito

Renovar, n.22, p.1-14, jan./abr. 2002. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/154>>. Acesso em 26 de maio de 2012.

THEOORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil: Processo de Execução e Cumprimento da Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência. v.2. 46. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ALEXANDRE, Ricardo. Direito Tributário Esquematizado, 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo:Método, 2011.

AMARO, Luciano. Direito tributário brasileiro. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. Curso Completo de Direito Civil, 2ª ed., Rio de Janeiro:Forense, São Paulo: Método, 2009.

MACHADO, Hugo de Brito. Comentários ao código tributário nacional. V. 3. São Paulo: Atlas, 2005.

_____ Curso de direito tributário. 22. Ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MATIELLO, Fabrício Zamprogna. Defeitos do negocio jurídico. São Paulo:LTr, 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. Rio de Janeiro:Forense, 2002.

PETERSEN, Raphael de Barros. A presunção de má-fé na fraude na execução fiscal. Revista de Doutrina da 4ª Região. Porte Alegre. N.62, out.2014. disponível em: http://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao062/Raphael_Petersen.html> Acesso em: 04de Nov. 20015

PICANÇO JÚNIOR, Julio Cezar Pessoa. O art. 185 do CTN em confronto com a Súmula n. 375 do STJ – Atual posicionamento jurisprudencial. Disponível na internet: < http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n-link=revista-artigos_leitura&artigoid=8868. Acesso: 04 nov de 2015

SAADE, Omar Nami Haddad. Aspectos Importantes da Fraude à execução Fiscal. ConetudoJurídico, Brasília-DF: 22 nov. 2014. Disponível na internet: < <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.50916&seo=1>>.Acesso em: 04 de Nov. 2015

A SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS EM AÇÕES COLETIVAS: IMPLICAÇÕES NA COISA JULGADA E NO INTERESSE RECURSAL

MARIA EDUARDA ANDRADE E SILVA:
Bacharela em Direito pela Universidade de Brasília.

RESUMO: O objetivo deste artigo é focar a importância que possui o fundamento da improcedência dos pedidos veiculados em ações coletivas no campo da coisa julgada e para o interesse recursal. Sob esse último aspecto, há timidez doutrinária em discutir se há viabilidade processual no recurso interposto pelo réu - em ação coletiva cujo pleito tenha sido julgado improcedente – cujo objetivo seja o de alterar o fundamento da rejeição. Isso porque o julgamento de desacolhimento do pedido por falta ou deficiência de provas permitirá a repropositura da ação por legitimado coletivo, não se verificando a coisa julgada. Todavia, apesar da relevância dos temas, constata-se uma postura omissiva, por parte do Judiciário, em identificar, com clareza, o motivo da improcedência, distinguindo os casos em que não há prova, a prova foi escassa ou a prova dos autos demonstrou que não havia como acolher o pedido autoral. A sutileza dessas diferenciações produz um elemento indutivo de insegurança jurídica. Propomos, por esse artigo, expor a necessidade de que o juiz, ao sentenciar, explicitar se a improcedência deu-se ou não por ausência ou deficiência de provas, consoante artigo 103, I e II do CDC. Será utilizada metodologia dedutiva e pesquisa teórica (bibliográfica), qualitativa e prescritiva.

PALAVRAS-CHAVE: Ação coletiva. Improcedência. Fundamento. Provas. Coisa julgada. Interesse Recursal.

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. A motivação da sentença e a coisa julgada nas ações coletivas. 3. Improcedência e análise de provas. 4. Interesse recursal. 5. Conclusões. 6. Referências.

INTRODUÇÃO

O processo coletivo impôs uma releitura da coisa julgada. Um dos aspectos de afastamento da concepção tradicional sobre o tema diz respeito à possibilidade de que o fundamento da sentença influencie sua imutabilidade e indiscutibilidade^[1]. Nesse campo, nas ações em que tutelados direitos difusos ou coletivos em sentido estrito, a existência ou não de provas passa a ser decisiva enquanto fundamento da improcedência. A depender do caso e a partir da motivação do decreto judicial, pode ser admitida a repositura da ação. Avançando nesse raciocínio, pode-se cogitar também de que seja cabível recurso do réu, apesar da improcedência da demanda, com o objetivo de alterar seu fundamento. Porém, esse cenário requer previamente que haja explicitação, no dispositivo, do motivo da improcedência. Isso é, se o pedido foi rejeitado por ausência ou deficiência de provas ou a partir do convencimento do magistrado sobre os elementos carreados, que foram por ele reputados suficientes.

2. A motivação da sentença e a coisa julgada nas ações coletivas

É sabido que, nas ações coletivas, a coisa julgada é marcada por algumas peculiaridades.

No tocante a direitos coletivos e difusos, a coisa julgada, na hipótese de julgamento de improcedência do pedido, tem uma especialidade que a diferencia da coisa julgada tradicional, prevista pelo Código de Processo Civil^[2].

De fato, no processo individual, a sentença torna-se imutável quando ingressa sob a proteção da coisa julgada independente do fundamento do pronunciamento. Inclusive, o CPC é explícito, na mesma linha do seu predecessor, em afirmar que não fazem coisa julgada os motivos que, expostos na sentença, revelaram as razões de decidir do julgador; e, igualmente, a verdade dos fatos, ou seja, a narrativa acolhida pelo juiz como fruto do processo lógico que conduziu ao julgamento (art. 504).

Todavia, nas ações coletivas, há uma importante alteração nessa regra. Isso porque a sentença de improcedência que envolva direitos transindividuais cujo fundamento seja a insuficiência de provas permite que um legitimado coletivo ingresse com nova ação coletiva, desde que embasada em prova nova.

Enquanto isso, no processo individual, não é possível repetir a mesma ação, cuja identificação ocorre a partir dos três elementos da demanda: partes, pedido e causa de pedir. Portanto, uma vez ajuizada nova ação com identidade total entre esses três elementos, e tendo ocorrido coisa julgada na demanda anterior, a segunda ação proposta deverá ser extinta, sem julgamento de mérito, ante a constatação de pressuposto processual negativo – a coisa julgada, art. 485, V, CPC.

A extinção ocorrerá nos exatos limites da repetição de ações. Isso significa que, se na segunda ação tiver sido adicionado um pedido inédito em relação à primeira, a segunda demanda deve prosseguir somente quanto a esse pleito, por exemplo.

Já nas ações coletivas, o regime especial da coisa julgada depende da espécie de direito tutelado.

Tratando-se de direitos difusos, o Código de Defesa do Consumidor estabelece que a sentença fará coisa julgada *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova (art. 103, I). Portanto, em termos de defesa de direito difuso, a sentença somente fará coisa julgada *erga omnes* se julgar o pedido: (i) procedente ou (ii) improcedente com base em um motivo que não seja a ausência ou insuficiência de provas.

Significa, pois, que a improcedência jungida a razões ligadas ao encargo probatório não adentra na sistemática da coisa julgada. Ou seja, quando o juiz se utiliza da distribuição do ônus da prova como regra de julgamento – por exemplo, julgando improcedente o pedido porque o autor não se desincumbiu do ônus de comprovar o fato constitutivo do direito alegado – não se formará coisa julgada no âmbito coletivo.

Já quanto aos direitos coletivos em sentido estrito, a coisa julgada terá efeitos *ultra partes*, limitadamente ao grupo, categoria ou classe se o pedido for julgado: (i) procedente ou (ii) improcedente com exame de provas, tal como no caso dos direitos difusos.

Trata-se da coisa julgada *secundum eventum probationis*, isso é, aquela que não impede a propositura de ação coletiva com mesmas partes (ajuizada pelo mesmo ou por outro legitimado), pedido e causa de pedir sempre que a sentença anterior de improcedência houver sido fundamentada em ausência ou deficiência de provas.

Decerto, existe corrente doutrinária minoritária segundo a qual haveria coisa julgada nos casos citados. Partilha dessa opinião Daniel Amorim Assumpção Neves, para quem a imutabilidade e a indiscutibilidade é que estariam, “no caso da ausência ou insuficiência de provas, condicionadas à inexistência de prova nova que possa fundamentar a nova demanda”^[3]. Confira-se:

Parcela significativa da doutrina entende não se operar, nesse caso, a coisa julgada material, por afirmar que, sendo possível a propositura de um novo processo com os mesmos elementos da ação – partes, causa de pedir e pedido -, a imutabilidade e a indiscutibilidade próprias da coisa julgada não se fariam presentes.

[...]

Esse entendimento, entretanto, não é o mais correto, parecendo configurar-se a mesma confusão a respeito da formação ou não da coisa julgada nos processos cujo objeto sejam as relações de trato continuativo, reguladas pelo art. 505, I do Novo CPC. Em razão da possibilidade de que a sentença determinativa seja alterada em virtude de circunstâncias supervenientes de fato e de direito, parcela da doutrina apressou-se a afirmar que essa “instabilidade” da sentença seria incompatível com o

fenômeno da coisa julgada material, que exige a imutabilidade e a indiscutibilidade do julgado[4].

Conforme esse raciocínio, inclusive, o fundamento de extinção do segundo processo ajuizado, quando desacompanhado de nova prova, seria justamente a prévia coisa julgada a pender sobre o caso, formada na primeira ação[5].

De toda sorte, porém, não custa enfatizar que toda a sistemática suso descrita não ganha aplicação aos casos em que se discutam direitos individuais homogêneos, consoante caminha a jurisprudência do STJ e parcela da doutrina, a partir da interpretação literal do art. 103, I do CDC.

Exclui-se da análise os direitos individuais homogêneos porque, nestes, a coisa julgada opera-se *secundum eventum litis*, assim, qualquer fundamento que leve à improcedência não afetará os interesses dos indivíduos titulares do direito[6].

Após o trânsito em julgado de decisão que julga improcedente ação coletiva proposta em defesa de direitos individuais homogêneos, independentemente do motivo que tenha fundamentado a rejeição do pedido, não é possível a propositura de nova demanda com o mesmo objeto por outro legitimado coletivo, ainda que em outro Estado da federação[7].

Portanto, a coisa julgada na ação que verse sobre direitos individuais homogêneos não guarda relação com o fundamento da improcedência. Uma vez rejeitado o pedido, haverá coisa julgada para todos os legitimados coletivos. É o que se infere do art. 103, III do CDC, em sua literalidade, ante a ausência de qualquer ressalva à formação da res judicata:

Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:
[...]

III - erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.

Em qualquer caso, porém, as ações individuais poderão ser propostas, já que o transporte da coisa julgada da sentença coletiva para o âmbito individual somente ocorre *in utilibus*^[8], isso é, em benefício dos substituídos, como regra geral^[9].

3. Improcedência e análise de provas

Ultrapassado esse aspecto, é preciso perquirir sobre a diferença entre a sentença que (i) reconhece da ausência de provas do ato ilícito ou danoso, e (ii) aquela que conclui no sentido de que as provas carreadas demonstrariam não ter havido ilicitude ou dano.

Entre as duas sentenças ilustradas parece, *primo ictu oculi*, não haver grande diferença. Todavia, há, na primeira delas, um raciocínio subjacente segundo o qual, se houvessem sido produzidas mais provas – isso é, se o acervo probatório tivesse sido dilargado – a conclusão pela presença pelo ato ilícito ou danoso poderia haver sido diferente. E, se assim o é, haverá campo para a propositura de nova ação coletiva.

Entretanto, na praxe forense, nota-se que as sentenças judiciais trazem inúmeras situações das quais não resta claro se o motivo da procedência foi a insuficiência de provas ou se a análise dessas provas convenceu o juiz num dado sentido. Há sentenças mesmo que ensejam interpretação dúbia a esse respeito.

Veja-se que esse problema não se verifica no caso da ausência dos elementos de convencimento, mas na conclusão sobre sua suficiência.

Ora, a coisa julgada *secundum eventum probationis* não pode depender de um raciocínio que pretenda o esgotamento da produção probatória, pois, se assim fosse, as partes sempre poderiam supor, após a improcedência da ação coletiva, que mais um elemento probatório – como

um documento, por exemplo, teria alterado o desfecho da ação. Por certo, caso acatada a ideia de esgotamento probatório – algo que nunca poderia ser alcançado – a sentença de improcedência em ações coletivas jamais faria coisa julgada.

Nesse rumo, parece ser decisivo que o juiz explicita, no dispositivo, por quais circunstâncias julga o pleito improcedente.

Os dispositivos legais que tratam da coisa julgada *secundum eventum probationis* são omissos a respeito da exigência de que, expressa ou implicitamente, conste da sentença ter sido a improcedência gerada pela ausência ou insuficiência de provas, ou se tal circunstância poderá ser estranha à decisão, de modo a ser demonstrada somente na segunda demanda^[10].

É preciso ainda pontuar uma importante distinção. É estabelecida a ausência de coisa julgada material na sentença de improcedência por insuficiência de provas, quando, na verdade, a propositura de nova ação fica condicionada à apresentação de nova prova, não sendo suficiente a repetição das provas anteriores. Ademais, devido à possibilidade de que o dano seja nacional ou que o colegitimado a ingressar com a segunda demanda não seja o mesmo que ajuizou a ação primitiva, é possível que a causa tramite em juízo distinto do inicial. Ou seja, a depender da extensão do dano, em razão da alteração da competência territorial, cederá a regra de prevenção. Por isso, repetir a ação acompanhada das mesmas provas significaria, em última análise, uma chance de reexame do tema por juízo diferente. Não nos parece que essa espécie de revisão seja condizente com o objetivo legal. Inclusive, nesse campo, tem aplicação a vedação ao *bis in idem*^[11], afastando a mera repetição da demanda originária.

Com efeito, deve o legitimado comprovar que produziu ou produzirá (na fase instrutória), uma nova prova – como uma perícia, por exemplo, para que, somente assim, seja admitida nova ação coletiva, desde que, por certo, não penda coisa julgada sobre a demanda anterior.

Portanto, condicionar a coisa julgada material ao alvedrio da interpretação que as partes façam a respeito da sentença – se decorrente de plena produção probatória ou de sua deficiência – parece atentar contra a segurança jurídica.

Defende-se que haja maior cuidado por parte do julgador ao sentenciar ações coletivas, expondo inequivocamente o motivo da improcedência, preferencialmente no dispositivo, já que sobre ele recai a autoridade da coisa julgada.

4. Interesse recursal

A elucidação, no dispositivo da sentença, do motivo determinante da improcedência ainda ganha especial relevo sob um segundo ângulo.

À vista dos já expostos efeitos que a plenitude ou a exiguidade do acervo probatório produz sobre a coisa julgada, questiona-se se o réu teria interesse em recorrer da sentença de improcedência que se afirme embasada na ausência de provas. Ou seja, importa refletir se o réu, apesar do decreto de improcedência, teria interesse para recorrer à instância superior visando alterar o fundamento da sentença.

De início, é necessário definir interesse processual como um dos requisitos intrínsecos de admissibilidade de todo e qualquer recurso. Estará presente o interesse recursal quando a parte puder assumir posição processual de vantagem por meio da interposição do inconformismo^[12]. É imperativo que o recurso seja útil e necessário; será útil se for apto a trazer vantagem prática ao recorrente, e necessário se for a única via hábil à obtenção dessa vantagem, como ensina Bernardo Pimentel Souza.^[13]

Segundo Cássio Scarpinella Bueno,

O interesse recursal precisa ser analisado a partir de uma visão *retrospectiva* (a sua posição processual *antes* do proferimento da decisão) e *prospectiva* (a posição processual que poderá alcançar com a modificação da decisão que lhe causa

algun gravame). É da vantagem processual resultante da comparação destes dois momentos processuais que decorre o interesse recursal.^[14](destaques no original)

Em não estando presente esse binômio, o recurso deverá ser inadmitido.

Portanto, o interesse recursal nada mais é que a transposição, para o campo dos recursos, do interesse de agir – ou processual – entendido como condição da ação e que deve estar presente durante toda a marcha do processo.

Conforme explicado, os fundamentos (os motivos) da sentença e a verdade dos fatos nela estabelecida não ingressam sob a coisa julgada material, mas somente seu comando, na medida em que declara a existência ou não do direito ou da relação jurídica material.

Nesse quadro, a rigor, não seria de se cogitar interesse do réu em censurar a sentença somente a partir de seu fundamento, que não se tornaria imutável.

Todavia, é preciso ter em mente que o interesse recursal é a projeção, para o campo dos recursos, do interesse processual, consoante exposto em linhas volvidas. Significa, pois, que o litigante, com o recurso, poderá ser agraciado com vantagem prática a qual não seria, por outro modo, lhe contemplada, não fosse pelo inconformismo.

Sob esse raciocínio, o recurso que visa alterar o fundamento da sentença de improcedência nas ações de tutela transindividual de direitos produz, em hipótese, inegável consequência prática favorável ao réu, eis que poderá resultar em coisa julgada material, afastando a possibilidade de repositura da demanda.

Nesse caso, porém, em função da proibição da *reformatio in pejus*, o julgamento do recurso não pode resultar na procedência da demanda, mas, no máximo, na alteração do fundamento da improcedência.

5. CONCLUSÕES

Ante a problemática exposta, deve ser objeto de maior atenção a necessidade de que o dispositivo das sentenças judiciais, apesar da inexistência de mandamento legal nesse sentido, explicita se o caso permite ou não a repositura de ação coletiva acompanhada de novas provas. De todo modo, malgrado ausente essa informação, quando decorrer da interpretação do fundamento da sentença que a improcedência se deveu à escassez ou inexistência de provas, deve ser reconhecido interesse recursal ao réu, desde que o pedido veiculado no inconformismo pretenda alterar a motivação da improcedência.

6. REFERÊNCIAS

ALVIM, Angélica Arruda; ASSIS, Araken de; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão (Coords.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016.

ANDRADE, Adriano [et al]. **Interesses Difusos e Coletivos Esquemático**. São Paulo: Método, 2011.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 6023/2002**. Informação e documentação – Referências – Elaboração. Rio de Janeiro, 2002.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 10520/2002**. Informação e documentação – Citações em documentos – Apresentação. Rio de Janeiro, 2002.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em 02 nov. 2017.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 23 out. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. [Recurso Especial n. 1.302.596-SP](#). **Recorrente: Instituto Brasileiro de Defesa da Qualidade de Vida e do Meio Ambiente para as Futuras Gerações**. Recorrido: Merck Sharp e Dohme Farmacêutica Ltda e outro. **Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Relator para acórdão: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, DF, 9 de dezembro de 2015**. Brasília, 2017. Acesso: 01 nov.2017.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**.4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v.5.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**.2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

DESTEFENNI, Marcos. **Direitos Transindividuais em Espécie**. Salvador: Jus Podivm, 2015.

DESTEFENNI, Marcos. **Manual de Processo Civil Individual e Coletivo**.2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

JR. ZANETI, Hermes; GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direitos Difusos e Coletivos**. 8.ed. Salvador: Jus Podivm, 2017.

MACEDO, Elaine Harzheim. **Sentenças Coletivas, Coisa Julgada e o Princípio do Non Bis In Idem**.14.03.2014. Disponível em <<http://www.tex.pro.br/artigos/261-artigos-mar-2014/6424-sentenças-coletivas-coisa-julgada-e-o-principio-do-non-bis-in-idem>>. Acesso em 16 nov. 2017

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo: Meio Ambiente, Consumidor, Patrimônio Cultural, Patrimônio Público e Outros Interesses**. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Processo Coletivo**. Volume Único.3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória**.9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NOTAS:

[1] DELLORE, Luiz Guilherme Pennachi In: ALVIM, Angélica Arruda et al (coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016, pp. 503-504.

[2] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Processo Coletivo**. Volume Único.3.ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, p.355.

[3] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Processo Coletivo**. Volume Único.3.ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, p.358.

[4] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Processo Coletivo**. Volume Único.3.ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, p.357.

[5] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Processo Coletivo**. Volume Único.3.ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, pp.357-8.

[6] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Processo Coletivo**. Volume Único.3.ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, p.356.

[7] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. [REsp 1.302.596-SP](#). **Recorrente: Instituto Brasileiro de Defesa da Qualidade de Vida e do Meio Ambiente para as Futuras Gerações**. Recorrido: Merck Sharp e Dohme Farmacêutica Ltda e outro. **Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Relator para acórdão: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, DF, 9 de dezembro de 2015**. Brasília, 2017. Acesso: 01 nov.2017.

[8] JR. ZANETI, Hermes; GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direitos Difusos e Coletivos**. 8.ed. Salvador: Jus Podivm, 2017, p.397.

[9] Excepcionam essa regra o art.103 §2º do CDC, que admite que os indivíduos que tenham ingressado como litisconsortes na ação que tutela direitos individuais homogêneos não possam mais propor ações individuais em caso de improcedência do pedido coletivo, bem como o art. 104 do CDC, que estabelece, aos autores de ações individuais que não tenham requerido a suspensão dos seus processos respectivos quando notificados da ação coletiva, a prevalência da coisa julgada formada no processo individual, independentemente do desfecho da demanda coletiva.

[10] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Processo Coletivo**. Volume Único.3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, p.358.

[11] MACEDO, Elaine Harzheim. **Sentenças Coletivas, Coisa Julgada e o Princípio do Non Bis In Idem**.14.03.2014. Disponível em <<http://www.tex.pro.br/artigos/261-artigos-mar-2014/6424-sentencas-coletivas-coisa-julgada-e-o-principio-do-non-bis-in-idem>>. Acesso em 16 nov. 2017

[12] BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*.4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v.5, pp.74-75.

[13] SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória**.9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.127.

[14] BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*.4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v.5, p. 75.

ANIMAIS. NATUREZA JURÍDICA: OBJETOS OU SUJEITOS DE DIREITO. ANIMAIS DOMÉSTICOS. GUARDA COMPARTILHADA

APARECIDA I. AMARANTE: Procuradora do Estado de MG; ex-professora-adjunta de direito da UFMG; doutora em Direito Civil pela UFMG. Autora do livro: *Indenização por Dano à Honra*, 7a. edição, Excludentes de Ilícitude Civil.

Sumário: 1. Objeto do Direito. 2. Sujeitos de Direitos. 3. O Direito Natural. 4. Maus Tratos de Animais. 5. O Animal como Sujeito de uma Vida ou Sujeito de Direito. 6. Proteção Internacional. 7. Animais Domésticos. 8. O Animal Doméstico na Convivência Familiar. 9. Guarda Compartilhada.

1. OBJETO DO DIREITO. É lição básica que coisas e bens são o objeto do Direito. À parte o conceito elástico de bem, aqui enfocamos somente os bens jurídicos, os tutelados pela ordem jurídica e sobre os quais a *pessoa/sujeito* exerce seu poder. Conforme leciona *Caio Mário*,

“Tudo que se pode integrar no nosso patrimônio é um BEM, e é objeto do direito subjetivo. São os bens econômicos. Mas não somente estes são objeto do direito. A ordem jurídica envolve ainda outros bens *inestimáveis* economicamente, ou insusceptíveis de se traduzirem por um valor econômico.” (*Instituições de direito civil*. Rio Janeiro: Forense, 21^a. ed., 2005, v. I, p. 401).

Em *sentido amplo*, na ciência jurídica, BEM jurídico é tudo aquilo que pode ser objeto de relação jurídica, seja ele material ou imaterial. “*Stricto sensu*,” há uma dicotomia ou distinção dos BENS e das COISAS. Essas caracterizam-se pela concretude, pela materialidade, enquanto os BENS são imateriais ou abstratos, embora nem tudo que é corpóreo seja coisa. (Cf. *Idem*, *ibidem*, p. 402). Cita, o autor, como exemplo, o corpo humano que, embora material, não é coisa, porquanto não é possível separar a pessoa (sujeito de direito) de seu corpo. Somente será coisa na qualidade de cadáver ou em partes sem vida, separadas do corpo. (*Idem*, *ibidem*)

Evocando Espínola, diz *Carvalho Santos* que,

“Em sentido lato, BEM é *tudo* quanto é susceptível de se tornar objeto do Direito; em sentido restrito, significa apenas as COISAS que são objeto do direito, que formam o nosso patrimônio, ou a nossa riqueza”. (Código Civil brasileiro interpretado. Parte Geral. Rio Janeiro: Calvino Filho Ed., 1934, v. II, p. 07-08).

Na linha do direito romano, dividem-se, inicialmente os bens, considerados em si mesmos, em corpóreos e incorpóreos (res corporales e res incorporales). Anotando sobre o artigo 47 do nosso código civil anterior (Bens Móveis), escreve aquele autor:

“O que é preciso dizer, por enquanto, é que a distinção entre bens móveis propriamente ditos, e SEMOVENTES, não tem nenhuma importância prática, porque um e outro são regulados pelas mesmas disposições.” (Cf. Op. cit., p. 29).

Como se observa, *Carvalho Santos* não faz essa distinção categoricamente, eis que seu estudo fundamentou-se no direito posto, no direito legislado à época, ou seja, código civil de 1916.

Considera *Caio Mário* ser o critério distintivo *básico* da tangibilidade inexato, atualmente, por excluir coisas perceptíveis por outros sentidos, embora não material, “ad exemplum” os gases. Continua a existir aquela classificação tradicional, mas o critério distintivo é diverso do critério romano, porquanto não se baseia na tangibilidade em si, havendo coisas corpóreas intangíveis e coisas incorpóreas naturalmente tangíveis, como herança, fundo de comércio, etc, considerados incorpóreos em seu conjunto, embora possam se integrar de coisas corpóreas. (Cf. op. cit., p. 407).

Não há, na obra clássica do autor, qualquer relevo especial sobre os SEMOVENTES.

Nosso Código Civil atual (Lei n. 10.406/2002), bem como o de 1916, na Parte Geral, Livro II, disciplinou sobre os BENS. No Título Único, encontram-se as diferentes classes de bens. No Capítulo I, está

a divisão dos BENS CONSIDERADOS EM SI MESMOS e, na Seção II, os regimes sobre OS BENS MÓVEIS.

Melhorando as desandadas do Código anterior, o atual, nessa Parte Geral, emprega o rigor da nomenclatura BENS para todas as categorias ali versadas.

Ao disciplinar sobre os BENS MÓVEIS, o atual conceitua no art. 82:

“São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico social”.

A parte final, que destacamos, foi acrescida pelo atual Estatuto como caracterização para manutenção da inteireza do bem, o que já era de emprego pela doutrina e julgadores.

2. SUJEITOS DE DIREITOS. A clássica teoria geral do direito civil assegura como sujeitos de direito a pessoa humana, a pessoa jurídica. Resguardamo-nos quanto aos entes elencados no artigo 75 do atual CPC, os quais não são Pessoas Jurídicas, conforme os requisitos exigidos pela lei, mas que são sujeitos de direitos em certas relações jurídicas, como o de figurar como parte processual; embora despersonalizados, a lei confere-lhes alguns direitos e deveres, como a massa falida, a herança jacente, as sociedades sem personalidade jurídica, etc *Tudo o mais está no campo do objeto do direito*, onde se situam os animais.

Entretanto, autores modernos têm-se despertado para o questionamento a saber se aquela dogmática jurídica da teoria geral ainda se encontra no grau de evolução do atual desenvolvimento da sociedade e das ciências, ou seja, de acordo com os tempos hodiernos. Indagam se ainda é válido elencar no mesmo nível o animal com um objeto móvel qualquer. Há diferenças substanciais entre um cão e um sofá ou uma mesa. A ausência de discussões sobre o tema ou o pouco interesse sobre seu enfrentamento, parecem-nos, ainda vai durar certo curso de tempo; não é matéria fácil; trata-se do mundo em que vivemos, porém envolve uma reformulação de

antigos paradigmas do direito civil, no que tange às relações jurídicas: sujeitos e objetos, ou seja, fazer uma repersonalização legal.

Uma vez reconhecida a personalidade jurídica dos não humanos, ela abrangeria **todos** os seres vivos **ou** haveria uma *especificação* ou classificação de categorias dos animais, segundo as espécies? É questão de difícil resposta, mesmo porque não se pode reduzir o campo de incidência normativa ao tudo ou nada.

Pietro Paola Onida, da Universidade de Sassari, demonstra, ao longo de um estudo teórico que

“A ideia de afinidade entre TODOS OS SERES ANIMAIS, e do respeito pelos **animais não humanos** é transmitido da filosofia grega para a cultura jurídica romana, através de duas vias expressivas : A) a recusa dos sacrifícios dos animais e B) a individualização de um direito (*ius naturale*) comum ao homem e ao *animal não humano*. (*La natura degli animali e il ius naturale*. In: [www.dirittoestoria/dirittoromano/Onida-Animali-parte I-cap.I](http://www.dirittoestoria/dirittoromano/Onida-Animali-parte-I-cap.I). Acesso em 01/11.2017).

Em sua análise interpretativa, envolvendo o direito natural, confronta, entre outros, citações de Pitágoras, Aristogíton, Virgílio, Marco Túlio Cícero, Sêneca, Epicarpo, Apollonio, Ulpiano, Constantino, Gaio, Voltaire, Bonfante, Perozzi, Pugliese, Maschi. (Cf. Op. cit.).

3. O DIREITO NATURAL. Argumenta-se que o Direito Natural não pertence à ciência jurídica e, nesse ponto, residem controvérsias.

Hans Kelsen pontifica que uma doutrina do direito natural pode afirmar um fato, embora não o possa demonstrar, que a natureza determina o comportamento humano de certo modo. Porém, como “um fato não pode ser fundamento de validade de uma norma, uma teoria *jusnaturalista*, logicamente correta, não pode negar que apenas podemos pensar um direito positivo harmônico com o Direito Natural como válida **se pressupusermos** a norma: devemos obedecer aos *comandos da natureza*. É esta a *norma fundamental* do direito

natural.” (Teoria pura do direito. Trad. João Baptista Machado. Coimbra: Ed. Armênio Amado, 3ª. ed., 1974, p. 309).

E natureza é vida; é da essência dos seres criados a existência, o direito a ter vida. É contra a natureza impedi-la, agredi-la, desvirtuar sua essência; viver é da essência dos animais humanos ou não humano.

O conteúdo do direito natural é alargado, além da noção precisa de direito, quando definido por *Ulpiano*: “*ius naturale est quod natura omnia animalia docuit*” (direito natural é o que a própria natureza ensina a todos os animais).

Na órbita do *direito em si*, *Ulpiano* é forçado a reconhecer que “ acima do direito positivo, e sobre este, influenciando no propósito de realizar o ideal de justiça, ditado por uma concepção de superlegalidade, o direito natural *sobrepassa* à norma legislativa, e, com este sentido, é universal e é eterno, integrando a normação ética da vida humana, em todos os tempos e em todos os lugares”. (Cf. *Caio Mário*. Op. cit., p. 08).

Nosso civilista, após discorrer historicamente sobre o direito natural, desde a antiguidade, perpassando pelo cristianismo com Santo Tomás de Aquino, pela Escola de Direito natural, criada por Hugo Grócio, pela Escola Positivista (adversária do direito natural), pelo movimento neotomista (séc. XX), que retoma a ideia jusnaturalista, arremata que

Em mais de dois mil anos, de civilização ocidental, “sempre se admitiu e ainda se afirma que nenhum sistema de direito positivo pode libertar-se das inspirações mais abstratas e mais elevadas”. “O direito natural é a expressão destes critérios de justo absoluto e de direito ideal”. (Op. cit., p. 08-11).

O Direito Natural é estável e imutável; é um direito maior que antecede as teorias jurídicas. Pela razão estabelece-se o que é universalmente justo.

4. MAUS TRATOS DE ANIMAIS. Em nosso ordenamento jurídico, o Decreto n. 24.645, de 10.7.1934, atualmente revogado, estabelecia

medidas de Proteção aos Animais. Trazia o mandamento, no artigo 1º., que todos os animais eram *tutelados* pelo Estado. Logo, no artigo 2º., rezava:

“Aquele que, em lugar público ou privado, aplicar ou *fazer aplicar maus tratos aos animais*, incorrerá em multa de (omissis) e na pena de prisão celular de 2 a 15 dias, quer o delinquente seja ou não o respectivo proprietário, sem prejuízo da ação civil que possa caber.”

No artigo 3º., elencava, em XXXI incisos, os casos considerados MAUS TRATOS. Compreendia na regra todo e qualquer animal, doméstico ou selvagem, exceto os daninhos (art. 17).

Na Lei de Contravenções Penais (Decreto Lei n. 3.688, de 03.10.1941, está configurado como ilícito:

“Art. 64. Tratar animal com crueldade ou submetê-lo a trabalho excessivo.” Da mesma forma, condenava a experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, para fins didáticos ou científicos, realizada em lugar público ou exposto ao público (art. 64, § 2º.).

A Lei n. 9.605, de 12.2.1998, que teve alterações posteriores, dispõe sobre sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente 4, § 2º.).

O artigo 15 impõe, para agravamento da pena, a circunstância de “ter o agente cometido a infração com o emprego de *métodos cruéis* para abate ou captura de animais” (II, m).

A Lei n. 11.794, de 9.10.2008, disciplina sobre procedimentos para uso científico de animais. Entende por **morte por meios humanitários** : “a morte de um animal em condições que envolvam, segundo as espécies, um mínimo de sofrimento físico ou mental” (art. 3º, IV). E os experimentos que possam *causar dor ou angústia* desenvolver-se-ão sob sedação, analgesia ou anestesia adequadas (art. 14, § 5º.).

De observar-se que a matéria sobre maus tratos foi estudada desde os tempos gregos. Mahatma Gandhj, há mais de seis décadas,

sempre defensor dos direitos e da não violência, deixou-nos preciosa sentença :

“A grandeza de uma nação e seu progresso moral podem ser julgados pelo modo como trata seus animais”. (<https://www.studiocataldi.it>).

5. O ANIMAL COMO SUJEITO DE UMA VIDA OU SUJEITO DE DIREITO. No presente texto, não entraremos em discussões de vertentes diversas dentro da mesma doutrina, nem filosóficas, nem nos posicionamentos de Peter Singer ou Tom Regan, embora a filosofia seja ponto fulcral para reconhecer titularidade de direito aos animais, segundo nos parece, em virtude do direito natural. A) Alguns autores modernos, seguindo a linha direcionada pelo direito estrangeiro, em bons artigos, têm reconhecido o direito dos animais, evocando a teoria não antropocêntrica da terra, donde resultam valores diferenciados do antropocentrismo, ou seja, o homem como fonte de valores unicamente não prepondera.

Por outro lado, o direito atual não mais finca suas bases nem tem como finalidade exclusiva a proteção patrimonial.

Apoiam-se no *coletivismo, na ética da solidariedade* que deve ditar os rumos e a vida coletiva, voltando-se para a proteção, conservação da natureza, que possui um valor intrínseco, abrangendo todos os seres vivos. Os animais são também seres vivos e possuem interesses a serem protegidos legalmente, sendo que o direito à vida não é exclusivo dos humanos. Entendem que, como componentes do meio ambiente, a Constituição da República lhes garante direitos básicos, como o direito à vida, contra a crueldade, etc, sendo sujeitos de direitos não humanos, podendo ter personalidade jurídica. Posicionamento recusado por outros, por entendê-lo divorciado da nossa Carta Maior, afirmando que ela somente lhes assegura o *estado de bem jurídico do direito ambiental*, dando-lhes, como tal, proteção; bens pertencentes à coletividade.

No tocante ao MEIO AMBIENTE, o Decreto Lei n. 5.894, de 20.10.1943, que aprovou o Código de Caça, revogando os Decretos

Leis anteriores que especificou, estabeleceu permissões, proibições, limitações, de forma a preservar os animais silvestres.

A Lei n. 5.197, de 3.1.1967, com alterações posteriores, dispõe sobre a proteção da fauna, revoga o Decreto Lei n. 5.894, de 20.10.1943, estabelece como propriedade do Estado os animais de qualquer espécie, que vivem naturalmente fora do cativeiro e que constituem a fauna brasileira, bem como seus ninhos, abrigos e criadouros naturais (art. 1º.).

A Lei n. 6.938, de 31.8.1981, que sofreu sucessivas alterações, dispõe sobre a **Política Nacional do Meio Ambiente**, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação. “Tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando a assegurar, no País, condições ao desenvolvimento sócio econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana, atendidos os seguintes princípios”, os quais elenca em dez incisos. Define o Meio Ambiente como

“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*”(art. 3º, I).

O direito ambiental tem como objetivo a proteção da biodiversidade.

Nossa Constituição da República de 1988, no Título VIII (Da Ordem Social), contém um capítulo (VI) destinado ao Meio Ambiente.

“Art. 225. *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.”

Em seus parágrafos e incisos, elenca condutas políticas, deveres, proibições, tanto para o Poder Público quanto para as pessoas, de forma que o uso imoderado, descontrolado e irresponsável do ambiente não o transforme em deserto improdutivo ou mesmo abiótico. (Este

artigo teve regulamentações ampliando, efetivando, adequando a proteção, conservação, preservação de tudo que engloba o meio ambiente, pelas Leis nº. 9.985, de 18.7.2000 e nº 11.105, de 24.3.2005.).

Chamamos atenção para o inciso VII, do parágrafo 1º., segundo o qual, para assegurar a efetividade do direito em tela, incumbe ao Poder Público, entre outros,

“ *Proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade*”. (Inciso regulamentado pela Lei n. 9.985, de 18.7.2000, e teve acréscimo do parágrafo 7º. pela Emenda Constitucional n. 96, de 6.6.2017, para excluir as práticas que sejam manifestações culturais. Essa Emenda foi objeto da ADi (Medida Liminar) nº 5728, proposta pelo Forum Nacional de Proteção e Defesa Animal, e se encontra aguardando julgamento (Cf. www.stf.gov.br).

A Lei 11.794, de 9.10.2008, estabeleceu procedimentos para o uso científico dos animais.

B). Outra doutrina moderna sustenta-se na tese do Direito Natural, sobre o qual nos manifestamos retro, para reconhecer o animal como “sujeito de uma vida”, porque essa é de todos os seres, humanos e não humanos.

Aqui podem incluir-se os defensores que se apoiam na capacidade de sofrimento (senciência) dos animais. Apesar de essa tese ser também criticada, é a *de relevância e fundamento* das Declarações estrangeiras sobre direitos dos animais. Cada pessoa é sujeito de uma vida e o corolário de sujeito de uma vida é ser sujeito de direito; alguns animais demonstram sentimentos, reconhecem, têm capacidade cognitiva, têm vontade, etc, assim como os humanos. Sendo o animal sujeito de uma vida, seria sujeito de direito.

Segundo a GÊNESIS (cap.1, 24-25), antes de criar o homem, Deus criou seres vivos: animais domésticos, répteis e animais selvagens. Portanto, Ele criou a terra e tudo que nela vive ou existe.

Na teoria Evolucionista, descrita em “A origem das espécies”, Charles Darwin, em 1859, detalhou a evolução animal ou biológica, até que animais, plantas se aperfeiçoassem e o primata “homo” alcançasse o status de homem.

Atualmente, há cientistas de defendem o “Design Inteligente”, em oposição à teoria evolucionista, quanto ao surgimento da vida em nosso planeta e à seleção natural dos seres. A complexidade da vida e o perfeito equilíbrio do universo só se explicam pelo projeto, condução ou interferência de uma Inteligência Superior, não afirmando que essa seja o Deus da Bíblia.

Seja adotando a teoria Criacionista ou Evolucionista, é de se reconhecer que houve, no princípio, uma criação de TODOS os seres vivos.

Retornando à teoria do direito natural, sobre a qual fizemos abordagem retro, citamos estudos do professor *Pietro Paolo Onida*, que conclui, no seu acurado exame:

“O aprofundamento sobre o tema do direito natural, no desenrolar ao longo da linha interpretativa agora sugerida, consente à visão justiniana uma interpretação “universalista” ou “ecumênica”, que caracteriza o desenvolvimento histórico completo do direito romano destacado, escandido nos três planos concêntricos do “ius civile”, “ius gentium” e “ius naturale”, na qual (interpretação) os animais, no âmbito do “ius naturale”, são destinatários dos direitos tais como os homens.” (Cf. Op. cit).

6. PROTEÇÃO INTERNACIONAL. O “Tratado Constitutivo da Comunidade Europeia”, realizado em Roma, em 1957, teve anexado ao seu texto o Protocolo n. 33, que assentou, como regra, *observar a proteção e respeito do bem estar dos animais como seres sensíveis* (1997).

O “Tratado de Lisboa ou Tratado Reformador”, de 13.12.2007, com vigência a partir de 1º.12.2009, emendou o Tratado da União Europeia (Maastricht,1992) **E** o Tratado que estabeleceu a Comunidade Europeia (Roma, 25 de março de 1957), passando esse último à renomeação de Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Nas Disposições de Aplicação Geral, do Título II, desse último, consta no

“Art. 13º. – Na definição e aplicação das políticas da União (omissis) a União e os Estados Membros terão plenamente em conta as exigências em matéria de bem estar dos animais, **enquanto seres sensíveis** (omissis)”. (In: <http://bit.ly/Gzwfkn>; Diário Oficial da União Europeia, 30.3.2010, c 83/47).

A “*Declaração Universal dos Direitos dos Animais*”, proclamada pela Liga Internacional dos direitos dos Animais, em 15 de outubro de 1978, em Paris, no seu preâmbulo, é firme ao reconhecer que todo animal, como ser vivo, *possui direitos naturais*, como o direito à vida e o direito de ser respeitado. Elenca, entre outros, o direito à existência e aos cuidados e à proteção do homem, não podendo ser submetido a maus tratos nem a atos cruéis; sendo seu abate necessário, que seja sem dor e de modo a não provocar angústia. Em seu artigo 7º, *Declara* que

Todo Ato que implique a morte de um animal sem necessidade é um crime contra a vida.

Em seu artigo 9.1 acentua: “La personnalité juridique de l’animal et ses droits doivent être reconnus par la loi”. (Cf. <http://www.fondation-droit-animal.org>).

7. ANIMAIS DOMÉSTICOS. Os animais, especialmente os *domésticos*, são seres **viventes**, **sencientes**, capazes de sentir e demonstrar sensações, dotados de capacidade, ainda que pequena, de entendimento, de compreender a significação de suas ações em seu ambiente, como também capacidade de querer, significando que podem controlar seus impulsos, obedecer ordens, reagir a estímulos, etc. **Senciente** é aquele que recebe impressões; percebe

pelos sentidos. Observando-se esses animais, mais próximos do homem, não há como recusar essa afirmação.

São incontáveis e emocionantes os casos de animais caseiros, demonstrativos de grandes sentimentos e ligação para com as pessoas com quem convivem; os exemplos mais notáveis são sobre cães que parecem ser os mais evoluídos. Na película “Sempre ao seu Lado”, de 2009, foi levada às nossas telas um historia verídica, ocorrida no Japão, onde um professor universitário era sempre esperado, diariamente, na estação de trem, quando do retorno do trabalho, por seu cão. Um dia o professor teve morte súbita e não retornou no trem, mas o cão continuou todos os dias lá a esperá-lo, ganhando dos habitantes da cidade uma estátua em homenagem àquela amizade e devoção pelo dono.

Teriam alma os animais. É uma indagação que se faz. Não nos compete adentrar, com base nos sentimentos e percepções dos animais, em discussões religiosas. No entanto, não podemos deixar de registrar estudo científico que envolve fenômenos supranormais sobre o tema.

Ernesto Bozzano, discípulo de Herbert Spencer (filosofia evolucionista das espécies), foi filósofo e pesquisador italiano sobre os referidos fenômenos, no início do século XX. De formação positivista, realizou seus estudos sempre com o uso do método experimental. Segue parte de suas conclusões arrematadas na obra “*Gli Animali Hanno Alma?*” (Trad. Francisco Klörs Werneck. Rio Janeiro: Ed. Lachâtre, 4ª. ed., 2000, p. 155). Sua tese

“consiste em um primeiro ensaio para demonstrar, por um método científico, a sobrevivência da psique animal”, após a morte. “...a existência de faculdades supranormais na subconsciência animal, existência suficientemente comprovada pelos casos que expusemos, constitui uma boa prova em favor da ‘psique’ animal”. (Seu trabalho prendeu-se aos animais mais próximos ao homem).

Destacamos que nosso estudo é resumido, não se tratando de tema novo, e o direito positivo brasileiro deve debruçar-se sobre ele. Se, em relação aos animais, ainda há ausência de firmeza nas afirmações ou posturas jurídicas para novos paradigmas, o que será então quando estivermos engajados e submetidos à regência de relações, envolvendo a Inteligência Artificial, rumo sem volta no evoluir da nossa sociedade, onde a ciência evolui com estrondosa rapidez, criando situações inconcebíveis anteriormente, e o homem se vê atarantado frente à alta tecnologia?

“Assim, os robôs, (omissis) mostram-se aptos, num futuro próximo, a adaptar-se a situações distintas e inesperadas, como fazem as pessoas”. “...essa é uma das habilidades que a *inteligência artificial* precisará adquirir – assim como a de criação artística e a de simular emoções – antes de se considerar que os androides pensem como nós e, quem sabe, possam até ter os mesmos direitos e deveres na sociedade, como se *fossem cidadãos de pele artificial*” (Revista Veja. Ed. Abril, edição n. 2555, de 8.11.2017, p. 88).

8. O ANIMAL DOMÉSTICO NA CONVIVÊNCIA FAMILIAR. Os animais domésticos, principalmente os mais atentos ao ser humano, como cães e gatos, passam a integrar a família. Alguns são, como comprovado pela ciência, eficientes companhias para crianças, pessoas idosas ou portadoras de enfermidades, e as auxiliam, com esse relacionamento, na melhora dos sintomas enfermiços.

Enquanto a família se mantém coesa, tudo transcorre normalmente. Contudo, no caso de desfazimento da sociedade conjugal (art. 1571, código civil), podem surgir situações delicadas, sendo que as partes não conseguem solucioná-las, remetendo a matéria para o juízo. Com quem permaneceria o cão da família? Os cônjuges deverão ter bom senso e praticar algum ato de renúncia, normalmente trazido pelas dissoluções de vínculos, em geral.

A) Do ângulo exclusivo dos sujeitos, a análise se voltará para aquele que mais se dedica, cuida, trata do animal, OU que desse

necessita. B) Mas se voltarmos o olhar para o ângulo do animal, o que deverá também ser feito, a quem restaria a guarda ou posse, indagando-se a quem o animal (um cão, v.g.) está mais afeiçoado.

Pensamos que não é mais de se apoiar a doutrina de que o animal é *uma coisa*. Ser sujeito de uma vida abrange o humano e o não humano. **OU** se aceita a teoria de que ele é sujeito de uma vida, sujeito de direito, uma pessoa não humana, um ser senciente, *como defendeu a Liga Internacional dos Direitos dos Animais*, bem como o Código Civil Francês, cujo artigo 515-14 foi alterado pela Lei n. 177, de 16.2.2015, art. 2º., para incluir os *animais como seres vivos dotados de sensibilidade*.

OU se incluem os animais em outra categoria de seres especiais `a parte, protegidos por estatutos ou dispositivos normativos especiais, excluindo-os das COISAS, matéria a ser debatida prévia e exaustivamente pela doutrina. Em ambos os casos, conforme as circunstâncias, haveria de ser tomada, também, a decisão da guarda mais favorável a eles, mesmo não os reconhecendo no patamar jurídico do homem.

O eminente Senador Antônio Anastasia, jurista nacionalmente reconhecido, apresentou Proposta ao Senado Federal (Projeto de Lei n. 351, de 2015), que altera os artigos 82, e inciso IV ao artigo 83, da Lei n. 10.406, de 10.1.2002 (Código Civil), para determinar que os animais não são considerados coisas , mas BENS, porquanto esses podem ser materiais e imateriais. Na Câmara dos Deputados, recebeu o n. PL 3670/2015, onde se encontra em tramitação.

Consta na sua Justificação:

“Não obstante a proposta que ora submetemos não se alinhe com a legislação francesa, consideramos que a medida é um grande passo para uma mudança de paradigma jurídico em relação aos animais, mesmo os tratando como bens”.

Observou que o Código Civil Suíço, artigo 641 a, o Alemão (§ 90ª) e o Austríaco (art. 285ª) reconhecem os animais como categoria

intermediária entre coisas e pessoas. Declaram que eles não são coisas.

Na Itália, a Lei de 4 de novembro de 2010, n. 201, ratificou a Convenção Europeia para Proteção dos Animais de Companhia/domésticos, realizada em Strasburgo, em 13.11.1987. O artigo 3º. dessa última traça dentre os *princípios fundamentais para o bem estar dos animais*:

“1.Ninguém causará inutilmente dor, sofrimento ou angústia a um animal de companhia”.

2. Ninguém deve abandonar um animal de companhia” (doméstico).

O artigo 1º do capítulo I conceitua o animal de *companhia*:

“qualquer animal possuído ou destinado a ser possuído pelo homem, designadamente *em sua casa*, para seu entretenimento e enquanto companhia.”

Evocando esses preceitos jurídicos, o Tribunal de Milão, IX Seção Civil, asseverou que “O sentimento pelos animais tem proteção constitucional e reconhecimento europeu, pelo que deve ser reconhecido um verdadeiro e próprio direito subjetivo ao animal de companhia (Trib. Varese, decreto 7 de dezembro de 2001)”. Afirmou que o animal “*não pode mais ser colocado na área semântica conceitual das coisas*”, mas deve ser reconhecido como ser senciente, como consta no Tratado de Lisboa. Com essa natureza, “é legítima faculdade dos cônjuges de regular a permanência perto de uma ou outra habitação, e a modalidade que cada um dos proprietários deve ter à manutenção dele” (Cf. r. Marani S., Gli animali non sono cose. In: <https://www.studiofontaine.it/attualita/448/diritto-civile>).

9. GUARDA COMPARTILHADA. Não havendo concordância dos cônjuges quanto à questão, no caso de divórcio ou separação, qualquer que seja a modalidade, a guarda do animal, buscando equilibrar o sentimento desse quanto daqueles, pode ser compartilhada, nos termos da Lei brasileira n. 13.058, de 22.12.2014, que altera os artigos 1.583, 1584, 1585 e 1634, do vigente Código Civil. A quanto está

autorizado o julgador pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LIC- Dec. N. 4.654/1942, que teve sua terminologia alterada com a vigência da Lei n. 12.376, de 30.12.2010), art. 4º, :

“Quando a Lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”.

Se uma das partes não tem ou não dispõe de tempo para o exercício da guarda compartilhada, poderá ser-lhe assegurado o direito de visitas (art. 1589, C. Civil).

O recente Código Civil e Comercial Argentino (Lei n. 26.994/2015), em seu artigo 227, mantém a natureza jurídica do *semovente como coisa*, tal como fizeram seu antecessor e nossos Códigos Civis.

Contudo, o STJ Argentino, em 18.12.2014, concedeu “habeas corpus” em favor de um orangotongo, impetrado pela ONG AFADA, para que tivesse uma vida de bem estar, longe de maus tratos. Não a considerou como coisa, nos termos do recente código civil, mas invocando a Lei Penal n. 14.346/1954, que pune aquele que causa dano, maltrata o animal (art. 183). O Tribunal decretou que “ a partir de uma *interpretación jurídica dinámica* y no estática, reconocer al animal el carácter de *sujeto de derechos*, pues los sujetos no humanos (animales) son titulares de derechos, por lo que se impone su protección em el ámbito competencial correspondiente”. (Cf. www.adda.or.ar).

No Brasil, também encontramos *decisuns* sobre animais, mas em casos nos quais se discute a **posse**, ou seja, o animal como objeto do direito. Ainda assim, a situação fática, o bem estar deles foram levados em conta. No REsp n. 14.25943/RN, j. em 02.09.2014, Rel. Min. Herman Benjamin, cuidou-se de Ação Ordinária com pedido de Tutela Antecipada contra ato de apreensão de duas araras, que se encontravam por mais de vinte anos em poder do Recorrido, sendo bem cuidadas, não sofrendo maus tratos, e integradas no convívio familiar e no ambiente doméstico. O retorno delas ao *habitat* natural era de questionável adaptação, causando-lhes mais prejuízos do que benefícios. Considerou a Segunda Turma do STJ inexistência de

violação do artigo 1º, Lei nº 5.197/1997 (os animais que vivem fora do cativeiro são de propriedade do Estado- Lei que Protege a Fauna), e não aplicação do artigo 25, da Lei nº 9.605/1998 (apreensão do produto objeto da infração – Lei que dispõe sobre os Crimes contra o Meio Ambiente).

No mesmo sentido alinha-se o AgRg nº 2014/0130914-6 no REsp nº. 1457447/CE, j. em 16.12.2014, Rel. Min. Sérgio Kukina. Tratava o caso de Mandado de Segurança Preventivo, ajuizado pelo possuidor de papagaios, que se encontravam no ambiente doméstico por mais de dez anos. Ressaltou o julgado que aquela Corte “já se manifestou pela aplicação do *princípio da razoabilidade* em casos similares, relacionados a aves criadas por longo período em ambiente doméstico, sem qualquer indício de maus tratos ou risco de extinção.” (Cf. www.stj.jus.br).

Seria um tresloucamento jurídico a incidência normativa dessa Lei sobre a guarda compartilhada de pessoas aos animais? Pensamos que não. Mesmo porque, ainda que não invocada tal norma legal, os critérios ali contidos poderiam ser aplicados pelo julgador, tomando-os como diretrizes.

OS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS ESTADUAIS E A MOROSIDADE PROCESSUAL

KEZIA TORRES DE ALMEIDA: Bacharelanda do Curso de direito da Faculdade Católica do Tocantins.

Resumo: Este artigo tem como fim analisar a movimentação processual nos juizados especiais cíveis, com abordagem da aplicação de seus princípios bem como sua morosidade. Garantidos pela Constituição Federal de 1988, os juizados especiais cíveis tem como intuito a prestação da tutela jurisdicional de forma segura, e também, do ponto de vista processual, dar efetividade ao processo de forma mais célere. Nessa linha de pensamento, será feita também a análise prática dos efeitos da celeridade na justiça estadual.

Palavras chave: juizado especial. Princípios. Celeridade. Morosidade

Abstract: This article has as purpose, to make an analysis of the procedural movement in the special civil courts, addressing the application of its principles as well as its slowness. Guaranteed by the Federal Constitution of 1988, the special civil courts have the purpose of providing judicial protection in a safe way, and also, from a procedural point of view, to make the process more effective. In this line of thought, the practical analysis of the effects of celerity in special justice will also be made.

Key words: special court. Principles. Celerity. Slowness

SUMÁRIO: Introdução – 1. A transição do juizado de pequenas causas para o Juizado Especial – 2. Composição e Competência – 3. Os princípios – 3.1. Princípio da oralidade – 3.2. Princípio da informalidade e simplicidade – 3.3. Princípio da Economia Processual – 3.4. Princípio da Celeridade – 4. O problema da Morosidade processual nos Juizados especiais – 5. A necessidade da intensificação do uso de formas alternativas de resolução de conflitos – 5.1 Mediação e Conciliação – 5.2 Arbitragem – Considerações Finais – Referências Bibliográficas.

Introdução

Com a intensificação do consumo e da urbanização, vieram também mais conflitos, ainda a necessidade em resolver estes passou a ser frequente. A sociedade passou a discutir meios de resolução dos conflitos intersubjetivos e de massa. Nesse cenário, o Poder Judiciário, ainda conseguia dar respostas em tempo hábil, à medida que as demandas surgiam.

No entanto, com o passar do tempo e o crescente número de processos que chegavam às varas de justiça, esse poder, não conseguia mais dar respostas de forma célere para a resolução destes conflitos.

Neste contexto, a máquina Judiciária tornou-se onerosa e morosa, sendo que, em razão da necessidade de efetivação de acesso à justiça, surgiram os Juizados de pequenas causas que deram origem, mais tarde aos Juizados Especiais Cíveis, com o intuito de descomplicar o acesso à justiça.

Em meados da década de 90, mais precisamente no ano de 1995, apareceu no ambiente jurídico nacional um novo dispositivo que vinha com o intuito de transformar o acesso ao judiciário, e, por conseguinte, diminuir o tempo de tramitação dos processos. Isso tornaria a justiça de certa forma, mais efetiva e por assim dizer, justa.

A lei 9.099/95 que revogou 7.244/84, esta regulava os juizados de pequenas causas se àquela veio para dispor sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Do ponto de vista teórico a mudança foi muito pertinente e aceita pela comunidade jurídica à época, pois a nomenclatura anterior era como que discriminatória.

Com a instituição dos juizados especiais, a expectativa era a de que o judiciário entregasse aos seus jurisdicionados, uma prestação mais célere, econômica e eficaz, e assim, encontrasse uma solução em tempo ágil e com baixo custo para que não fosse necessário recorrer à já morosa Justiça Tradicional, a qual é demorada e cara, além de nem sempre ser alcançado o fim pretendido.

O presente estudo tem como fim, analisar o andamento dos processos nos Juizados Especiais Cíveis Estaduais, fazendo uma crítica sobre como estes efetivam e facilitam o acesso à justiça, posto que essa seja uma das suas finalidades.

De início realizou-se um apanhado histórico a respeito da criação dos juizados especiais, bem como a análise de seus princípios. Posteriormente abordou-se a lei 9099/95, que é o marco inicial da atual forma de juizado e por fim trabalhou-se a ideia principal deste artigo que é a morosidade existente nos juizados especiais cíveis estaduais.

1. A transição do juizado de pequenas causas para o Juizado Especial

Em setembro de 1995 foi promulgada a lei 9.099/95, revogou-se assim, a lei 7.244/84. A então nova lei dispôs sobre os juizados especiais cíveis e criminais (para fins de delimitação de tema, nesse estudo abordou-se, apenas os juizados especiais cíveis), a lei anterior regulava os Juizados de pequenas causas, o que dava certa limitação e relatividade sobre a competência de tal juizado.

Para PINTO(2008), a Lei das Pequenas Causas não foi, e não se esperava mesmo que fosse, um corpo isolado com vida autônoma e despregado de raízes lançadas para fora de si; ela constituiu um ponto bastante luminoso na constelação das leis processuais no universo do ordenamento jurídico brasileiro.

A criação dos Juizados de Pequenas Causas foi uma imposição do interesse nacional, por representar a garantia do acesso à Justiça das grandes massas populacionais.

As despesas com custas e honorários de advogado, o tempo perdido nas diligências preliminares ao ajuizamento da demanda, o temor de uma longa tramitação da causa, constituíam fatores que desestimulavam os prejudicados, mesmo pessoas de alguns recursos, de pleitear em juízo aquilo que entendiam ser de seu direito^[1].

O objetivo da Lei nº 7.244/84 era apresentar ao cenário jurídico brasileiro uma modalidade de procedimento que simplificasse e acelerasse a prestação jurisdicional, com vistas a humanizar a Justiça.

O Juizado Informal de Pequenas Causas veio desmistificar o conceito que se tinha de Justiça, como sendo cara, morosa e complicada, tendente a afastar a massa popular da solução de seus conflitos. Com efeito, a Lei de Pequenas Causas não resolveu completamente o problema em questão, mas, sem dúvida, aproximou da Justiça o cidadão de baixa renda PINTO (2008).

Prediz o art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal de 1988 que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”, desta afirmação resta claro que este dispositivo veio com o intuito de acelerar o processo e simplificar a sua tramitação.

Assim, tornou-se latente a necessidade de que fossem criados os Juizados Especiais em todo o território nacional, o que ocasionou, sem sombra de dúvidas uma grande expansão na máquina judiciária, e aumentou a capacidade de absorção da demanda existente, por meio de um rito especial e célere para o processamento das demandas.

Nesse cenário foi promulgada a Lei nº. 9.099, que instituiu no ordenamento jurídico brasileiro os Juizados Especiais Cíveis (e Criminais), com objetivo de ampliar o acesso dos menos favorecidos com causas menos complexas em busca de solução jurisdicional. Nas palavras de BARCELLAR:

Foram os Juizados Especiais, estabelecidos no artigo 98, inciso I, da Constituição da República, com a significativa ampliação da esfera de abrangência de atuação - não mais restrita a pequenas causas e agora com competência para causas de menor complexidade -, tanto no âmbito Estadual quanto Federal, que verdadeiramente introduziram na

órbita processual brasileira um sistema revolucionário e realmente diferenciado de aplicação da justiça[2]

Para HERMAN, Ricardo Torres (2010, p.28) a finalidade principal dos Juizados Especiais Cíveis é, sem dúvida, facilitar o acesso à justiça. Havia um consenso no sentido de que a Justiça era lenta, cara e complicada, não se mostrando compensador submeter questões singelas à apreciação do Poder Judiciário. Mas, ao lado de tal escopo, ainda, pretendia-se resgatar a credibilidade popular no judiciário, pois o aumento de tensões sociais e a dificuldade de resolução desses conflitos geravam insatisfação e descrença em relação à capacidade do Estado de resolver os conflitos de interesses de seus cidadãos. Portanto, o restabelecimento da credibilidade, vale dizer, da legitimidade do Judiciário também, insere-se dentre as finalidades da criação dos Juizados.

Nessa linha de pensamento, afirma DONIZETTI (2016, pag. 667) A Lei nº 9.099/199 “foi o primeiro diploma legislativo a introduzir no mundo jurídico um modelo em que procurou desburocratizar o procedimento, tornando mais célere o resultado da prestação jurisdicional”, e aqui fazemos o questionamento no qual este artigo baseia-se: com o decorrer dos anos, mais de 20 anos após a criação dos juizados especiais cíveis, estes ainda continuam cumprindo seu principal objetivo que é o de encontrar solução em tempo ágil ao processo?

Nesse sentido embasamos nosso estudo ao trazer a discussão de que os Juizados especiais têm julgado de forma lenta e nem sempre tem atingido o resultado pretendido no tempo hábil, tem falhado no cumprimento dos seus princípios. Quanto a estes trabalharemos no tópico adiante.

2. Composição e Competência

O Além dos auxiliares da justiça previstos no Código de Processo Civil, o Juizado Especial é composto, qualquer que seja o segmento, de juízes togados – ou seja, juízes de direito –, conciliadores, juízes leigos e turma recursal.

O artigo 5º da lei 9099/95, determina que ao juiz togado compete dirigir o processo em todas as fases, inclusive a conciliação. Cabe a ele também adotar, em cada caso, “a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum” (art. 6º).

Por outro lado, temos os conciliadores e os juízes leigos os quais são auxiliares da Justiça, recrutados, aqueles, preferentemente entre os bacharéis em Direito, e estes, entre advogados com mais de cinco anos de experiência conforme o art. 7º da Lei nº 9.099/1995)[3].

Os juízes leigos podem conduzir a conciliação (art. 22 da Lei nº 9.099/1995), servir como árbitros (art. 24, § 2º, da Lei nº 9.099/1995), dirigir a instrução e julgar a demanda, hipótese em que a sentença será submetida à apreciação do juiz togado, que poderá homologá-la, proferir outra em substituição ou, antes de se manifestar, determinar a realização de atos probatórios indispensáveis (art. 40 da Lei nº 9.099/1995).

De acordo com a Lei nº 12.153/2009, os juízes leigos não podem, durante o exercício de suas funções, exercer advocacia perante os Juizados Especiais da Fazenda Pública, em todo o território nacional (art. 15, § 2º, da Lei nº 12.153/2009) (DONIZETTI, 2016, p. 671).

Ainda, na doutrina de DONIZETTI (2016, p. 672) nos Juizados Especiais Cíveis destacam-se quatro critérios essenciais para a fixação da competência: o valor da causa, a matéria, as pessoas envolvidas no litígio e o território.

Em alguns casos, esses critérios são combinados para a determinação da competência, como nos Juizados Especiais federais, em que se admitem causas cujo valor não supere 60 salários mínimos e em que figure como ré pessoa jurídica de direito público federal.

Há, pois a conjugação dos critérios valor da causa e pessoa. O mesmo ocorre nos Juizados Especiais da Fazenda Pública, nos quais vigora idêntico limite de valor da causa (60 salários mínimos), alterando-se,

no entanto, os legitimados passivos, que são os Estados, Distrito Federal, Municípios e pessoas jurídicas de direito público a eles vinculadas.

3. Os princípios

Nesse tópico foram abordados os princípios que regem os juizados especiais, pois para que este pudesse alcançar a sua finalidade, era necessário que fosse regido por princípios compatíveis com a facilitação do acesso à Justiça daqueles que o procuram.

O sistema processual do Juizado tem seus princípios próprios, os quais são enumerados no art. 2º, da Lei n. 9.099/95: "o processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou transação".

3.1 Princípio da oralidade

De acordo com GONÇALVES (2016, p. 660) esse princípio incluído entre os princípios gerais do processo civil, nos quais, perdeu-se o sentido e alcance original, pois pouco restou de efetiva oralidade: todos os atos realizados oralmente têm de ser reduzidos a termo.

Continua o renomado autor, que no processo comum, a oralidade acabou traduzindo não propriamente a prática oral dos atos do processo, mas a necessidade de que o juiz esteja sempre o mais próximo possível da colheita de provas. A partir de então, o seu desdobramento nos subprincípios da imediação, identidade física do juiz e concentração. (GONÇALVES, 2016. P.660)

Outra finalidade do referido princípio, é segundo Donizetti, que além de prescrever a predominância da palavra falada sobre a escrita, também estabelece a concentração dos atos processuais em audiência, a imediatidade entre o juiz e a fonte da prova oral e, por fim, a identidade física do juiz, DONIZETTI (2016, p 669).

Nesse diapasão, pode-se afirmar que nos Juizados Especial, a oralidade é muito mais intensa, deve ser observada com muito mais rigor,

tendo em vista que grande parte dos atos é oral, e apenas o essencial é reduzido a termo.

Como exemplo da oralidade tirados da Lei n. 9.099/95: a inicial pode ser apresentada oralmente. Na Secretaria do Juizado (art. 14, caput); o mandato ao advogado pode ser verbal, salvo se contiver poderes especiais (art. 9º, § 3º); a contestação e o pedido contraposto também podem ser apresentados oralmente (art. 10); a prova pericial não é admitida, mas é possível pedir ao juiz a inquirição de técnicos de sua confiança (art. 35); a prova oral não é reduzida a escrito (art. 36), podendo ser gravada; os embargos de declaração podem ser opostos oralmente.

3.2 Princípio da informalidade e simplicidade

A simplicidade e informalidade do procedimento, conforme assevera GONÇALVES (2016, p. 660) evidenciam-se por uma redução substancial de termos e escritos do processo, com a adoção de mecanismos diferenciados, como gravações de vídeo, fitas magnéticas, e uso de equipamentos de informática. Há inúmeras simplificações na petição inicial na citação na resposta do réu, na colheita de provas, nos julgamentos e nos recursos.

De acordo com o art. 9º da lei 9099/95, nas causas de valor de até vinte salários mínimos, no Juizado Especial Cível, a lei dispensa a intervenção de advogado, o que colabora para a simplificação do processo (no Juizado Federal e no Juizado Especial da Fazenda Pública, a presença do advogado é sempre facultativa, mesmo para causas que ultrapassem os vinte salários mínimos).

3.3. Princípio da Economia Processual

Pelo princípio da economia processual entende-se que, entre duas alternativas, deve-se escolher a menos onerosa às partes e ao Estado para que se evite a repetição de atos procedimentais, assim, a concentração de atos em uma mesma oportunidade é critério de economia processual.

Tal princípio oportuniza a otimização e a racionalização dos procedimentos, objetivando a efetividade dos Juizados Especiais e impõem ao magistrado na direção do processo que confira às partes um máximo de resultado com um mínimo de esforço processual, bem como orientam para, sempre que possível, que haja o aproveitamento de todos os atos praticados[4].

Cabe ressaltar que esse aproveitamento tem como limite apenas a ausência de prejuízo a se causar aos fins da Justiça. Pois, quando um processo corre na justiça especial, há de se tomar cuidado sobretudo, do aproveitamento de atos processuais, tendo em vista que neste, pessoas leigas podem litigar desassistidos de profissionais habilitados.

Em se tratando de processo que tramita frente ao Juizado há de se cuidar, especialmente, do aproveitamento dos atos processuais, em face da permissão de que os leigos litiguem desassistidos de profissional habilitado (em causas de valor não excedente a 20 salários mínimos[5]), e isso coloca em risco a própria atividade jurisdicional.

3.4 Princípio da Celeridade

Quanto ao princípio norteador dos juizados especiais, que é o princípio da celeridade, o qual revela à necessidade de rapidez e agilidade do processo, com o fim de buscar a prestação jurisdicional no menor tempo possível, que é a finalidade pela qual a lei 9.099/95 foi criada.

Para ROSSATO (2012, p. 24), o procedimento judicial deve seguir a complexidade da matéria colocada em juízo para a decisão(...), e quanto menor a complexidade da matéria em debate, menos formal deve ser o procedimento, com menor número de atos processuais e, conseqüentemente, mais célere. Desta forma, podemos auferir que essa é a lógica dos juizados especiais, onde o procedimento condiz com a complexidade da demanda.

De acordo com DONIZETTI (2016, p. 670), para proporcionar essa celeridade, sem descuidar da segurança jurídica, estabelece a lei mecanismos como “a proibição de qualquer tipo” de intervenção de terceiros, de assistência, como ainda a hipótese particular da dispensa de

registro prévio do pedido e da citação, com a instauração imediata da sessão de conciliação, se as partes comparecerem, espontaneamente, perante o Juizado.

Dessa forma, o processo durará o tempo mínimo possível, o que atenderá à garantia constitucional da razoável duração do processo, prevista no art. 5º, LXXVIII, da CF.

4. O problema da Morosidade processual nos Juizados especiais

É notória a crise vivenciada pelo Poder Judiciário Brasileiro, e não é de hoje que a mesma tem sido pauta de inúmeros debates, desde a promulgação da Constituição de 1988. Esta veio com o intuito de estabelecer direitos e garantias através de seus princípios, como forma de oferecer a todos o acesso à justiça. Dentre elas podemos destacar a lei 9099/95, que sem sombra de dúvidas foi um marco no que diz respeito a esse acesso.

Entretanto, os números apresentados pelo Relatório Justiça, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no ano de 2013, demonstram que a tentativa dar celeridade aos processos, pela criação da Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispõe sobre Os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, não está gerando o efeito esperado^[6]. De acordo com a referida pesquisa:

O estoque de processos do Poder Judiciário aumenta gradativamente desde o ano de 2009, quando era de 83,4 milhões de processos, até atingir a tramitação de 92,2 milhões de processos em 2012, sendo que, destes, 28,2 milhões (31%) são casos novos e 64 milhões (69%) estavam pendentes de anos anteriores (gráfico 2). Por outro lado, houve crescimento do total de processos baixados, atingindo-se 27,8 milhões de processos no último ano. No entanto, em mais um ano o número de processos baixados foi inferior ao de casos novos. Isso aponta para uma tendência de que o estoque aumente para o ano de 2013.

Em termos relativos, os casos novos são os que mais cresceram, com aumento de 8,4% no ano, enquanto os baixados tiveram incremento de 7,5% e as sentenças em 4,7%. Um dos pontos principais desse cenário de crescimento gradual das demanda é a liquidação do estoque, visto que os tribunais sentenciaram e baixaram quantidade de processos em patamares inferiores ao ingresso de casos novos, sobretudo a partir de 2011.^[7]

Já o relatório do CNJ, do ano de 2017 (referente ao ano de 2016), traz que em toda a série histórica, a taxa de congestionamento do Poder Judiciário manteve-se em altos patamares, sempre acima de 70%. As variações anuais são sutis e, em 2016, houve aumento de 0,2 ponto percentual. Ao longo de 7 anos, a taxa de congestionamento variou em apenas 2,5 pontos percentuais.

Ainda, segundo o relatório do ano de 2017, o Poder Judiciário finalizou o ano de 2016 com 79,7 milhões de processos em tramitação, no aguardo de alguma solução definitiva. Desses, 13,1 milhões, ou seja, 16,4%, estavam suspensos ou sobrestados ou em arquivo provisório, aguardando alguma situação jurídica futura.

Durante o ano de 2016, ingressaram 29,4 milhões de processos e foram baixados 29,4 milhões. Um crescimento em relação ao ano anterior na ordem de 5,6% e 2,7%, respectivamente. Mesmo tendo baixado praticamente o mesmo quantitativo ingressado, com Índice de Atendimento à Demanda na ordem de 100,3%, o estoque de processos cresceu em 2,7 milhões, ou seja, em 3,6%, e chegou ao final do ano de 2016 com 79,7 milhões de processos em tramitação aguardando alguma solução definitiva.^[8]

Os Juizados Especiais Cíveis que representam hoje tanta importância e destaque, no âmbito do Poder Judiciário, defrontam-se com um dilema: devem manter-se fiéis aos propósitos que justificaram a sua criação (de um meio alternativo de resolução de conflitos de menor complexidade e valor para pessoas com menores condições de movimentar a máquina judiciária tradicional). E com isso procurar conter a tendência de ampliação de sua competência ou enfrentar a demanda,

sempre crescente, de ações de massa, fruto do desenvolvimento de uma sociedade de consumo, permitindo, assim que paulatinamente venham a apresentar competência cada vez mais próxima das varas cíveis da “Justiça Comum”, ou seja, dos juízos comuns.^[9]

Os Juizados Especiais Cíveis, no que diz respeito às reformas promovidas para ampliação do acesso à justiça, foram sem dúvidas iniciativa de maior êxito. A sua função, entretanto, vem sendo ampliada, tanto no sentido de absorver a competência da Justiça comum, como até de suprir deficiências do próprio poder público, o que é um dos grandes motivos do afogamento em demandas. Nesse sentido, WATANABE apud HERMAN (2010, P.44), afirma que:

À continuidade de semelhante situação, que é de extrema gravidade, a finalidade maior dos Juizados, que é de facilitação do acesso à justiça e de celeridade na solução dos conflitos de interesses, estará irremediavelmente desvirtuada, com o lastimável comprometimento da própria razão de ser desses Juizados. Os que não entenderam a ideia básica dos Juizados procuraram fazer deles uma solução para a crise da justiça, e com isto não somente estão matando os Juizados, como também agravando mais ainda a crise que há muito afeta a nossa Justiça.

Assim, por mais que o acesso à justiça seja facilitado pela lei, os processos tem se amontoado nos tribunais, dificultando assim a efetivação da função primordial da lei dos juizados que é a celeridade processual.

Assevera FERRAZ apud HERMAN, que os Juizados de Pequenas Causas, criados para lidar com demandas mais simples, verteram-se em cortes de consumo, e têm julgado causas, cuja complexidade é incompatível com sua estrutura simplificada: sua índole conciliatória foi totalmente desvirtuada e seu funcionamento, em algumas unidades da federação como São Paulo, não difere substancialmente do juízo comum (lento, inefetivo, burocrático)^[10].

Ainda, segundo os ensinamentos de HERMAN, Ricardo Torres^[11], tem sido feitas três vertentes das críticas sobre a atividade dos Juizados Especiais Cíveis, a saber: a primeira que não admite que os juizados tenham problemas, identificando apenas limitações superáveis com

investimentos em mudanças e reformas estruturais; a segunda que afirma estarem eles, sendo usados para solucionar a “crise da Justiça”, que se manifesta pelo excesso de demanda e pela impropriedade das causas que lhes vêm sendo submetidas; e a terceira, que sugere está a questão fundamental situada no baixo nível de institucionalização de um sistema imperfeitamente sintonizado com necessidades sociais básicas, não se vê como deixar de atribuir parcela de razão a todas essas causas.

Ocorre que, para se enfrentar tais problemas, tem-se, dentro do possível, há de abarcar todas elas, ou seja, a questão no que tange a gestão da adequação da competência e da institucionalização dessa “justiça especializada” compõem conjunto incindível de providências cabíveis.

5. A necessidade da intensificação do uso de formas alternativas de resolução de conflitos

Solucionar conflitos de forma alternativa é forma eficaz de pacificação social que vem contribuir para diminuir o sobrepeso da atuação do poder jurisdicional, diminuindo de maneira considerável, o acúmulo de processos judiciais.

Conforme já foi relatado no presente artigo, a justiça brasileira tem passado por uma crise, o que lhe exige uma transmutação, ou seja, uma mudança que é exigida pela evolução social. É necessário que essa justiça apóie-se na segurança e certeza ao tomar suas decisões ao invés de apoiar-se na rapidez e probabilidade.

Conforme bem preceitua DONIZETTI (2016, p.158), a tutela jurisdicional não constitui o único meio de eliminação dos conflitos. Na verdade, a jurisdição é a ultima ratio, a última trincheira na tentativa de pacificação social; fora daquelas hipóteses em que, pela natureza da relação material ou por exigência legal, se fizer necessário o provimento jurisdicional, a jurisdição só atuará quando estritamente necessário.

Dentre os meios de resolução alternativa de conflitos, destacam-se três principais, quais sejam: a mediação, a conciliação e a arbitragem.

5.1 Mediação e Conciliação

Na doutrina de Elpídio Donizetti, encontramos que a mediação é técnica de estímulo à autocomposição. Nesta, um terceiro (mediador), munido de técnicas adequadas, ouvirá as partes e oferecerá diferentes

abordagens e enfoques para o problema, com objetivo de aproximar os litigantes e facilitar a composição do litígio.

Nessa perspectiva, a decisão caberá às partes, jamais ao mediador. A mediação assemelha-se à conciliação, uma vez que ambas visam à autocomposição.

Dela distingue-se apenas, porque a conciliação busca sobretudo o acordo entre as partes, enquanto a mediação objetiva debater o conflito, surgindo o acordo como mera consequência. Trata-se mais de uma diferença de método, mas o resultado acaba sendo o mesmo.

De acordo com Lei nº 13.140/2015 em seu art. 1º e parágrafo único, a mediação é a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.

Continua o renomado autor, Elpídio Donizetti, afirmando que mediador não deve propor solução para os litigantes, mas sim possibilitar, a partir do levantamento dos problemas envolvidos, que as próprias partes cheguem a um consenso.

O conciliador, diferentemente, orienta e aponta soluções na tentativa de agilizar a prestação jurisdicional, mas sem adentrar nas questões intersubjetivas que desencadearam o conflito.

Podem ser objeto da mediação, não apenas os conflitos que envolvam direitos disponíveis, mas, também, aqueles que versem sobre direitos indisponíveis que admitam transação (exemplos: questões envolvendo alimentos e guarda de filhos)[\[12\]](#).

O art. 166 do CPC elenca os princípios que informam a conciliação e a mediação, são eles: os da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

Tais princípios repetem em boa parte aos já estipulados no Código de Ética de mediadores e conciliadores, que consta do anexo III da Resolução 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça. O art. 1º do Código de Ética estipula[\[13\]](#):

"São princípios fundamentais que regem a atuação de conciliadores e mediadores judiciais: confidencialidade, decisão informada, competência, imparcialidade, independência e

autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes, empoderamento e validação. I- Confidencialidade- dever de manter sigilo sobre todas as informações obtidas na sessão, salvo autorização expressa das partes, violação à ordem pública ou às leis vigentes, não podendo ser testemunha do caso, nem atuar como advogado dos envolvidos, em qualquer hipótese; II - Decisão informada - dever de manter o jurisdicionado plenamente informado quanto aos seus direitos e ao contexto fático no qual está inserido; III - Competência - dever de possuir qualificação que o habilite à atuação judicial, com capacitação na forma desta Resolução, observada a reciclagem periódica obrigatória para formação continuada; IV - Imparcialidade - dever de agir com ausência de favoritismo, preferência ou preconceito, assegurando que valores e conceitos pessoais não interfiram no resultado do trabalho, compreendendo a realidade dos envolvidos no conflito e jamais aceitando qualquer espécie de favor ou presente; V -Independência e autonomia- dever de atuar com liberdade, sem sofrer qualquer pressão interna ou externa, sendo permitido recusar, suspender ou interromper a sessão se ausentes as condições necessárias para seu bom desenvolvimento, tampouco havendo dever de redigir acordo ilegal ou inexecutável; Respeito à ordem pública e às leis vigentes - dever de velar para que eventual acordo entre os envolvidos não viole a ordem pública, nem contrarie as leis vigentes; VII - Empoderamento - dever de estimular os interessados a aprenderem a melhor resolverem seus conflitos futuros em função da experiência de justiça

vivenciada na autocomposição; VIII -Validação-dever de estimular os interessados perceberem-se reciprocamente como serem humanos merecedores de atenção e respeito".

Assim, a Conciliação tem como objetivo proporcionar às partes o reconhecimento dos limites do conflito e encontrar uma solução conjunta. É deveras eficaz nos conflitos onde, não há necessariamente, relacionamento significativo entre as partes no passado ou contínuo entre as mesmas no futuro, que preferem buscar um acordo de maneira imediata para terminar a controvérsia ou por fim ao processo judicial.

O CPC de 2015, incluiu os conciliadores e mediadores judiciais como auxiliares da Justiça (arts. 165 e ss.), regulando sua forma de atuação e os princípios que deverão observar em suas atribuições: independência, imparcialidade, autonomia da vontade, confidencialidade, oralidade, informalidade e decisão informada.

Estabeleceu aos Tribunais, ainda, a criação de Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos e abriu a possibilidade de os mediadores e os conciliadores serem remunerados por sua atividade.

5.2 Arbitragem

A arbitragem é regulada pela Lei nº 9.307/1996 e instituída mediante negócio jurídico denominado “convenção de arbitragem “e” consiste no julgamento do litígio por terceiro imparcial, escolhido pelas partes. É, tal qual a jurisdição, espécie de heterocomposição de conflitos, que se desenvolve mediante trâmites mais simplificados e menos formais do que o processo jurisdicional” (DONIZETTI, 2016, pg. 155).

Para DIDIER JR. (2011, p. 104), a arbitragem é reconhecida como uma modalidade alternativa de solução de conflito, mais utilizada nos contratos comerciais e societários, por meio das cláusulas compromissórias, onde as partes decidem que a lide será resolvida de forma prévia, antes que o litígio ocorra e se ocorrer, será utilizado a arbitragem; não se refere a nenhum conflito específico.

A Arbitragem é um instrumento eficaz para a superação da burocracia, dos gastos e a morosidade da Justiça Comum. A Arbitragem possui características confiáveis, que prezam pela celeridade, sigilo e baixo custo na resolução dos litígios, de forma menos traumática e conflituosa[14].

Nessa linha de raciocínio, conforme preceitua PISKE e SILVA (2015) o papel desempenhado pela conciliação, pela mediação e pela arbitragem dentro do novo Sistema Processual Civil revela a importância que o legislador brasileiro conferiu, na Lei nº 13.105/15, aos Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, como forma de desafogar o Judiciário e promover uma cultura de paz e de direitos humanos.

Diante das novas regras do Código de Processo Civil, instala-se a conscientização, na sociedade brasileira de que os referidos métodos são eficazes para a solução de conflitos. Isto fortalece a confiança, não só pela celeridade com que resolve a demanda, mas também, pelo estado psicológico de paz que envolve os litigantes.

Tal panorama instiga a percepção de que estamos a passar por uma revolução na forma de fazer Justiça ao caminhar com a reengenharia do processo para uma modificação estrutural e funcional do Judiciário.

Considerações Finais

Diante de tudo que foi dissertado, depreende-se que a solução para correção de rumos dos Juizados Especiais não está contida numa única iniciativa. Pois, é sabido que há diversas áreas de atuação a serem enfrentadas, dentre elas, na necessidade de conter o extremo excesso de demandas e a inadequação da competência dos Juizados Especiais para muitas das causas que lhe estão sendo submetidas, as quais deveriam ser submetidas à justiça comum. Atuando em tal área, desvia-se da finalidade para a qual foram criados e para tanto, é sempre válido observar os princípios nos quais estão baseados.

É cediço também, que a morosidade na solução dos conflitos traz grandes prejuízos às partes, e na maioria das vezes acarreta desistência do processo pelos componentes da lide. Assim, a criação do Juizado Especial Cível pretendia pôr fim a estes problemas e cumprir com os princípios constitucionais.

Entretanto, é notório que o Estado-juiz tem sido ineficaz para resolver todas as lides do país, haja vista, que o crescente número populacional e cada vez mais elevado o número de demandas no poder judiciário, sendo impraticável a celeridade processual pelos meios existentes. Desta forma, sendo impraticável entregar a prestação jurisdicional em tempo razoável, como previsto constitucionalmente.

Como bem preceitua Mauro Capelleti, os juristas precisam, agora, reconhecer que as técnicas processuais servem a funções sociais; que as cortes não são a única forma de solução de conflitos a ser considerada e que qualquer regulamentação processual, inclusive a criação ou o encorajamento de alternativas ao sistema judiciário formal tem um efeito importante sobre a forma como opera a lei substantiva – com que frequência ela é executada, em benefício de quem e com que impacto social.

Uma tarefa básica dos processualistas modernos é expor o impacto substantivo dos vários mecanismos de processamento de litígios. Os doutrinadores precisam, conseqüentemente, ampliar sua pesquisa para mais além dos tribunais e utilizar os métodos de análise da sociologia, da política, da psicologia e da economia, e ademais, aprender por meio de outras culturas.

O "acesso" não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também e necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica. [15]

É dever do Estado Juiz intensificar a utilização de meios alternativos de resolução de conflitos, tais como a arbitragem, a mediação, a conciliação, restabelecendo assim, a ordem social e garantindo a todos o acesso à justiça.

Para tanto, é necessário, que os Juizados Especiais Cíveis retomem a preocupação central que os inspirou, e que foi possível recuperar a partir da análise dos princípios orientadores de tal microssistema, que é a de uma Justiça acessível aos que apresentam pequenas causas, que são entendidas como as de menor complexidade e valor, valendo-se para tanto da participação da comunidade, com fins a concretizar o principal valor perseguido, qual seja, o da solução amigável ou conciliatória dos litígios.

Referências Bibliográficas

BACELLAR, Roberto Portugal. **Juizados Especiais: a nova mediação para processual**, São Paulo. Revista dos Tribunais. 2003.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em:
<http://www.cnj.jus.br/images/variados/sumario_executivo09102013.pdf>
Acesso em: 19/09/2017.

Brasil. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em:<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/09/904f097f215cf19a2838166729516b79.pdf>> Acesso em: 20/09/2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil : promulgada em 5 de outubro de 1988. 39. ed. São Paulo: Rideel, 2012.

BRASIL. Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre Os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>. Acesso em: 15/08/2017.

CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CORRÊA, Guilherme Augusto Bittencout. Juizados Especiais Cíveis Estaduais: Acesso à Justiça? Uma Análise a Partir dos Juizados Especiais Cíveis de Curitiba-PR. Disponível em: <file:///C:/Users/Kézia/Downloads/Juizados_Especiais_Civeis_Estaduais_Aces%20(1).pdf> Acesso em 20/09/2017.

DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processo civil. 13. ed. Salvador: Jus podivm, 2011.

DONIZETTI, Elpídio. Curso Didático de Direito Processual Civil. São Paulo: Atlas. 2016.

GONÇALVES, Marcos Vinícios Rios. Direito Processual Civil Esquemático. São Paulo: Saraiva. 2016.

HERMANN, Ricardo Torres. O tratamento das demandas de massa nos juizados especiais Cíveis. Disponível em: <file:///C:/Users/Kézia/Downloads/O_Tratamento_das_Demandas_de_Massa_nos_J.pdf> Acesso em: 18/08/2017.

ONLINE. A Morosidade Processual como entrave ao acesso à justiça. Disponível em:

< http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=3515#_ftn26>

Acesso em: 17/09/2017.

PINTO, Oriana Piske de A. Magalhães. **Abordagem Histórica E Jurídica Dos Juizados De Pequenas Causas Aos Atuais Juizados Especiais Cíveis E Criminais Brasileiros.** Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2008/abordagem-historica-e-juridica-dos-juizados-de-pequenas-causas-aos-atuais-juizados-especiais-civeis-e-criminais-brasileiros-parte-i-juiza-oriana-piske-de-azevedo-magalhaes-pinto>. Acesso em: 15/09/2017.

PISKE, Oriana. **Princípios orientadores dos juizados especiais.** Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Disponível em: < <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2012/principios-orientadores-dos-juizados-especiais-juiza-oriana-piske>> Acesso em: 15/09/2017.

ROSSATO, Luciano Alves. **Sistema dos Juizados Especiais.** São Paulo: Saraiva. 2012.

SENA, Adriana Goulart de. **Formas de Resolução de Conflitos e acesso à justiça.** Disponível em: < file:///C:/Users/Kézia/Downloads/FORMAS_DE_RESOLUCAO_DE_CONFLITOS_E_ACESS.pdf > Acesso em: 23/09/2017.

NOTAS:

[1] PINTO, Oriana Piske de A. Magalhães. ABORDAGEM HISTÓRICA E JURÍDICA DOS JUIZADOS DE PESQUENAS CAUSAS AOS ATUAIS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS E CRIMINAIS BRASILEIROS. Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2008/abordagem-historica-e-juridica-dos-juizados-de-pequenas-causas-aos-atuais-juizados-especiais-civeis-e-criminais-brasileiros-parte-i-juiza-oriana-piske-de-azevedo-magalhaes-pinto>. Acesso em: 30/08/2017.

[2] BACELLAR, Roberto Portugal. *Juizados Especiais: a nova mediação para processual*, São Paulo. Revista dos Tribunais. 2003.

[3] A Lei nº 12.153/2009 diminuiu o prazo de experiência para o recrutamento de juízes leigos, exigindo apenas mais de dois anos de prática no exercício da advocacia (art. 15, § 1º)

[4] PISKE, Oriana. **Princípios orientadores dos juizados especiais.** TJDF. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2012/principios-orientadores-dos-juizados-especiais-juiza-oriana-piske>. Acesso em: 15/09/2017

[5] em causas de valor não excedente a 20 salários mínimos.

[6] A morosidade processual como entrave ao acesso à justiça. Âmbito Jurídico. Abril/2014. Disponível em: http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=3515#_ftn26. Acesso: 17/09/2017.

[7] BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça.** Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/variados/sumario_executivo09102013.pdf. Acesso em: 19/09/2017.

[8] Brasil. **Conselho Nacional de Justiça.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/09/904f097f215cf19a2838166729516b79.pdf> Acesso em: 20/09/2017

[9] HERMANN , RicardoTorres. O Tratamento das Demandas de Massa nos Juizados Especiais Cíveis. Porto Alegre, 2010.

[10] HERMANN , RicardoTorres. O Tratamento das Demandas de Massa nos Juizados Especiais Cíveis. Porto Alegre, 2010.

[11] 2010, p. 60.

[12] DONIZETTI, Elpídio. Curso Didático de Direito Processual Civil. 2016, p. 154

[13] GONÇALVES, Marcos Vinícios Rios. Direito Processual Civil Esquematizado. 2016, p. 300

[14] PISKE, Oriana e SILVA Cristiano. OS MÉTODOS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NO ÂMBITO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO (LEI Nº 13.105/15). Disponível em: http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/arquivos/copy5_of_arquivo.pdf acesso em: 25/09/2017.

[15] CAPPELLETTI, 1988, p. 148

A VINCULAÇÃO DOS PRECEDENTES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES NA ATUAÇÃO DA PGFN E DO CARF

GABRIELA BITTENCOURT: Advogada, especialista em Direito Tributário pela PUC/SP e pelo IBET/SC, mestranda pela UFSC.

RESUMO: O estudo analisa a vinculação dos precedentes do STF e do STJ na atuação do fisco e da Procuradoria da Fazenda Nacional, diante do Novo Código de Processo Civil.

Palavras-chave: Administração Pública Federal. Precedentes. STF. STJ. Novo Código de Processo Civil. Tributário.

ABSTRACT: This essay examines the linkage of the STF and STJ precedents in the work of the tax authorities and the National Treasury Attorney, considering the New Code of Civil Procedure.

Keywords: **Federal Public Administration. Precedents. STF. STJ. New Code of Civil Procedure. Tax .**

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO - 2 O NOVO SISTEMA DE PRECEDENTES - 3 A VINCULAÇÃO DOS PRECEDENTES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES NA ESFERA ADMINISTRATIVA A PARTIR DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - 4 A VINCULAÇÃO DOS PRECEDENTES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES APLICADA NA ESFERA DA PROCURADORIA DA FAZENDA NACIONAL ANTES E DEPOIS DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - 5 A FUNDAMENTAÇÃO DE DECISÕES ADMINISTRATIVAS DO CARF A PARTIR DOS PRECEDENTES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES - 6 CONCLUSÃO - 7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo pretende examinar os principais aspectos normativos relativos à vinculação da Administração Pública aos precedentes do Supremo Tribunal Federal - STF e do Superior Tribunal de

Justiça – STJ diante da nova conjuntura do processo civil, essencialmente em razão do sistema do Novo Código de Processo Civil - NCPC, previsto nos seus artigos 926, 927 e 928^[1].

A análise, apesar de apresentar algumas premissas que podem ser observadas por toda Administração Pública, restringe-se à esfera tributária, uma vez que foi desenvolvida a partir dos parâmetros e instrumentos adotados pela Procuradoria da Fazenda Nacional - PGFN bem como pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, enquanto órgão administrativo judicante que integra o Ministério da Fazenda.

2 O NOVO SISTEMA DE PRECEDENTES

Muito embora as normas constitucionais já atribuam ao STF e ao STJ a função de outorga de unidade ao direito constitucional e infraconstitucional^[2], o NCPC, com o objetivo de alargar a aplicação dos precedentes obrigatórios na jurisdição brasileira, enumera-os no seu artigo 927: (i) decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; (ii) enunciados de súmula vinculante; (iii) acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; (iv) enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; e (v) orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Trata-se do novo sistema de precedentes, que, não obstante possuir traços do sistema *common law* e ser fundado no *stare decisis*, advém da força da jurisprudência no direito brasileiro e adquire características próprias e adequadas com a realidade das suas normas de processo civil.

O novo sistema representa a consolidação de um cenário já iniciado com vigor a partir da Emenda Constitucional n. 45 - a qual simboliza uma tentativa de aproximar o sistema *civil law* do sistema *common law* - por meio da inserção do princípio da razoável duração do processo, das súmulas vinculantes e da repercussão geral no ordenamento.

A estabilidade, a segurança jurídica, a coerência, a uniformização, a unidade, a isonomia, a igualdade, a estabilidade das relações, a previsibilidade, a inibição de demandas temerárias, a celeridade (bastante controversa) e a racionalidade das decisões, são argumentos que dão força ao sistema de precedentes do NCPC.

No entanto, a possibilidade de engessamento da jurisprudência, da violação à isonomia, a morosidade (em contraponto à celeridade), o prejuízo à separação dos poderes, à independência dos juízes e ao acesso à Justiça, são argumentos que podem o censurar.

Ainda que se considerem os riscos, bem como as dificuldades de toda a adaptação que está por vir, em linhas gerais, o sistema de precedentes, uma vez utilizado e incorporado na prática jurídica diária de forma devida, tende a ser benéfico. A dificuldade maior é que a comunidade jurídica atenda adequadamente ao seus propósitos basilares.

3 A VINCULAÇÃO DOS PRECEDENTES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES NA ESFERA ADMINISTRATIVA A PARTIR DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Os precedentes obrigatórios elencados no artigo 927 são impositivos para o tribunal que o produziu e também para os demais órgãos a ele subordinados. No entanto, há razões jurídicas, políticas e sociais para que esses precedentes obrigatórios vinculem também a Administração Pública^[3].

Dentre os inúmeros motivos que podem pautar a Administração Pública na vinculação de precedentes judiciais do STF e do STJ, destacam-se: a razoabilidade; a ponderação da relação benefícios versus prejuízos; o aumento da credibilidade da instituição perante o Judiciário e a sociedade; a *minoração da condenação em honorários*^[4]; o *alinhamento aos novos rumos tomados pela ordem jurídica brasileira*; a *desoneração da sociedade em relação aos custos envolvidos com a litigância do Estado*; a *segurança jurídica*; a *economia processual*; a *racionalidade da defesa da Fazenda Nacional*; a *uniformidade e o prestígio dos precedentes judiciais*; os *princípios da isonomia, da boa-fé, da eficiência e*

da proporcionalidade; a proibição do comportamento contraditório da Administração Pública; o resguardo à coerência, à unidade e à coordenação administrativas; a previsibilidade da ação estatal; e a celeridade na entrega da prestação jurisdicional. Enfim, são razões políticas, econômicas e jurídicas.

A juridicidade administrativa, ao lado da igualdade e da segurança jurídica, também são consideradas alicerces para justificar o exercício do Poder Público em consonância com a jurisprudência dominante de Tribunais Superiores e que dizem respeito a direitos fundamentais, conforme se defendera? melhor adiante[5].

Além de todas as razões acima expostas, há outra consistente no fato de que, segundo pesquisas do Conselho Nacional de Justiça - CNJ e da Fundação Getúlio Vargas - FGV dos anos de 2011 e 2012, a Administração Pública ser a principal litigante do país[6]. Essa é uma razão que, por si só, justificaria a vinculação dos precedentes do STF e do STJ à Administração Pública, essencialmente para fins de desafogar o Judiciário.

Ha? mais de 10 anos os órgãos públicos federais têm autorização legislativa para regulamentar os casos em que não litigara?. No entanto, só mais recentemente percebe-se uma gradual mudança de mentalidade dos órgãos do Poder Executivo, em reconhecer seu papel sócio-político dentro do sistema constitucional.

Na prática, constata-se uma necessidade de elaboração de instrumentos normativos que promovam a aplicação dos precedentes dos Tribunais Superiores[7].

Recentemente – nos últimos anos – é que as entidades da Administração Pública (em especial no âmbito federal) têm gradualmente reconhecido ser mais vantajoso não litigar ou não permanecer em litígio já iniciado nas situações sobre as quais já exista posicionamento pacífico do STF e do STJ a seu desfavor.

Isso aconteceu com maior intensidade depois da criação da súmula vinculante e da submissão do ato administrativo a esse tipo de enunciado e da instituição dos recursos repetitivos no STF e no STJ.

A relação entre a litigância da Administração Pública e a adoção do sistema de precedentes também é tratada no NCPC no artigo 496, §4º, inciso IV, do NCPC, que prevê como hipótese de dispensa da remessa

necessária os casos em que a decisão é fundamentada em situação na qual a Administração já se manifestou, exarou parecer ou publicou súmula administrativa e permitiu a não apresentação de recurso sobre o tema.

Para Lucas Gil Carneiro Salim^[8], em tais casos, demonstrou-se que a Administração “utiliza os precedentes judiciais e os internaliza, desinflando o Poder Judiciário”.

4 A VINCULAÇÃO DOS PRECEDENTES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES APLICADA NA ESFERA DA PROCURADORIA DA FAZENDA NACIONAL ANTES E DEPOIS DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Em 2009, a Procuradoria da Fazenda Nacional – PGFN publicou o Parecer n. 206 para recomendar que os órgãos do Poder Judiciário e da representação judicial da União (PGFN) fossem desonerados de julgar e atuar em casos nos quais sabidamente o resultado fosse favorável ao sujeito passivo.

Posteriormente, em 2010, por meio da Portaria n. 294– originária do Parecer PGFN/CRJ n. 492/2010^[9] –, a PGFN passou a orientar seus procuradores no contencioso judicial e disciplinar hipóteses em que os procuradores estavam autorizados a não interpor recursos em processos administrativos e judiciais. As hipóteses de desistência e renúncia eram condizentes com a realidade do Código de Processo Civil de 1973.

Em complemento à Portaria n. 294, em 2013 a PGFN aprovou o Parecer n. 396 com a intenção de prever solução definitiva para os casos que envolvem exigibilidade, fiscalização e cobrança dos créditos tributários^[10] apreciados em decisões judiciais desfavoráveis ao fisco, julgadas pelo STF e pelo STJ.

Mais recentemente, em maio de 2016, a PGFN publicou a Portaria n. 502, em busca de adequar a atuação do órgão ao cenário pretendido pelo Novo Código de Processo Civil.

O ato dispensa a PGFN e o CARF – no que lhes couber – da apresentação de contestação, contrarrazões, interposição de recursos, e recomendando a desistência dos recursos já interpostos quando se tratar, dentre outras hipóteses, de:

a) tema definido em sentido desfavorável à Fazenda Nacional pelo STF e pelo STJ, em sede de julgamento de casos repetitivos;

b) tema sobre o qual exista súmula vinculante, súmula do STF ou súmula do STJ em sentido desfavorável à Fazenda Nacional; e

c) tema sobre o qual exista jurisprudência consolidada^[11] do STF ou de STJ em sentido desfavorável à Fazenda Nacional^[12].

Além disso, o ato dispõe que caberá aos procuradores regionais complementar e regulamentar a portaria de acordo com as peculiaridades locais nos casos de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR e Incidente de Assunção de Competência – IAC transitados em julgado no tribunal respectivo.

Não se tem notícia de publicação de orientações, notas ou pareceres que examinem as hipóteses da Portaria 502/2016 ou que tratem dos seus reflexos no âmbito da inscrição, administração e cobrança administrativa e judicial da dívida ativa da União. Entretanto, na vigência da Portaria 294/2010, a Coordenação-Geral da Dívida Ativa da União – CFA, por meio do Parecer n. 2025/201, consignou a existência de repercussão^[13].

O artigo 19 da Lei n. 10.522/2002^[14] - com a sua lógica prescrita de acordo com os parâmetros do Código de Processo Civil de 1973 – é que autoriza a PGFN a se conduzir na forma disposta nas portarias supracitadas.

Antes desse dispositivo, o Decreto 2.346/1997^[15] – que consolida normas de procedimentos a serem observadas pela Administração Pública Federal em razão de decisões judiciais - já tratava do tema^[16].

Como se vê, pautando-se em critérios de sua política-institucional, a PGFN orientou as suas unidades, como regra geral, a não mais insistirem na defesa judicial de teses que estejam em desacordo com o quanto definido pelo STF e STJ. Essa atitude cooperativa assume papel decisivo para a efetividade do instituto da repercussão geral e para desafogar o Judiciário^[17].

5 A FUNDAMENTAÇÃO DE DECISÕES ADMINISTRATIVAS DO CARF A PARTIR DOS PRECEDENTES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

No âmbito do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, o Regimento Interno do Conselho – artigo 62 – prestigia, em termos, o sistema de precedentes, uma vez que não alarga suas hipóteses de vinculação às decisões do STF e do STJ em função do Novo Código de Processo Civil, mantendo tão somente as previsões acerca da súmula

vinculante e das decisões em sede de recursos repetitivos, já existentes na vigência do Código de 1973[18].

São exemplo de aplicação do mencionado dispositivo legal os julgamentos sobre o instituto da denúncia espontânea que afastam a incidência da multa de mora sobre tributos recolhidos em atraso (antes de iniciado procedimento fiscal, o contribuinte efetuou o recolhimento, acrescido dos juros de mora, do imposto que não fora apurado em períodos anteriores). Esses casos amoldam-se ao que restou decidido no julgamento do STJ, na sistemática do recurso repetitivo (Resp n. 1.149.022)[19].

E ainda, servem de exemplo, os julgamentos do CARF que, por força da decisão proferida pelo STF na sistemática do julgamento dos casos repetitivos no RE 606107/RS, reconheceram que não há a incidência da COFINS nos valores provenientes de transferência de créditos de ICMS para terceiros[20].

6 CONCLUSÃO

A vinculação aos precedentes dos Tribunais Superiores faz com que a Administração Pública deixe de dar ensejo ou continuidade às demandas cujo desfecho lhe seja sabidamente desfavorável.

Observa-se uma tendência relativa aos órgãos públicos, como a PGFN e o CARF, de tomada de consciência no que tange à necessidade de desafogar o Judiciário e vincularem-se aos precedentes do STF e do STJ, em nome das razões expostas no item 3. Um grande avanço, que repercute em alinhamento aos novos rumos tomados pela ordem jurídica brasileira.

Por meio dessa vinculação, acredita-se na possibilidade de construir-se uma maior harmonia entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, proporcionando maior previsibilidade ao jurisdicionado, além de acesso à justiça menos oneroso e mais eficiente, com maior credibilidade.

Para que essa vinculação ocorra, a Administração Pública, que é regida e limitada por imposição constitucional ao princípio da legalidade, deve atuar em consonância com os precedentes vinculantes, desde que autorizada por agentes públicos, tal qual é feito com a antes mencionada Portaria 502/2016 da PGFN[21].

No entanto, a vinculação há que se restringir às decisões “definitivas” do STJ e do STF correspondentes ao rol de hipóteses do artigo 927, uma vez que estão munidas de maior estabilidade.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DE LUCCA, Rodrigo Ramina. **O dever de motivação das decisões judiciais**. Salvador: Juspodivm, 2015.

LAMY, Eduardo de Avelar; e SCHMITZ, Leonard Ziesemer. **A Administração Pública Federal e os Precedentes do STF**. Revista de Processo. Vol. 214. São Paulo: Editora RT, 2012, p. 199.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 288.

OLIVEIRA, Luiz Weber. Precedentes Judiciais na Administração Pública. **Revista de Processo**. Vol. 251. São Paulo: Editora RT, 2016, p. 429 – 455.

PEREIRA, Aline Carvalho; FERREIRA, Fernanda Macedo. **Vinculação da Administração aos precedentes judiciais: uma análise do papel da advocacia pública na efetivação dos direitos fundamentais**. Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – Universidade de São Paulo. RDDA. V. 2, n. 1, 2015, p. 370.

SALIM, Lucas Gil Carneiro. **A aplicação da teoria dos precedentes na administração pública**. Anais III Semana Científica do Direito UFES: Graduação e Pós-graduação. V. 3, n. 3, 2016.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. **A Vinculação do Precedente Judicial no Âmbito da Administração Pública Federal**. *Trabalho de Conclusão de Curso*. Florianópolis, UFSC, 2011, p. 80.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. **Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

NOTAS:

[1] Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. [...]"

“Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.”

“Art. 928. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em:

I - incidente de resolução de demandas repetitivas;

II - recursos especial e extraordinário repetitivos.

Parágrafo único. O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual.”

[2] MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 288.

[3] OLIVEIRA, Luiz Weber. Precedentes Judiciais na Administração Pública. **Revista de Processo**. Vol. 251. São Paulo: Editora RT, 2016, p. 429 – 455.

[4] O §1º do artigo 19 da Lei n. 10.522/2002 dita que nas matérias de que trata este artigo, o Procurador da Fazenda Nacional que atuar no feito deverá, expressamente: I - reconhecer a procedência do pedido, quando citado para apresentar resposta, inclusive em embargos à execução fiscal e exceções de pré-executividade, hipóteses em que não haverá condenação em honorários; ou II - manifestar o seu desinteresse em recorrer, quando intimado da decisão judicial.

[5] PEREIRA, Aline Carvalho; FERREIRA, Fernanda Macedo. **Vinculação da Administração aos precedentes judiciais: uma análise do papel da advocacia pública na efetivação dos direitos fundamentais**. Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – Universidade de São Paulo. RDDA. V. 2, n. 1, 2015, p. 370.

[6] LAMY, Eduardo de Avelar; e SCHMITZ, Leonard Ziesemer. A Administração Pública Federal e os Precedentes do STF. *Revista de Processo*. Vol. 214. São Paulo: Editora RT, 2012, p. 199.

Pesquisas disponíveis em:

[http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf]. Acesso em: 30.07.2016.

[http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf]. Acesso em: 30.07.2016.

[<http://diretorio.fgv.br/projetos/supremo-em-numeros>]. Acesso em: 30.07.2016.

[7] SCHMITZ, Leonard Ziesemer. **A Vinculação do Precedente Judicial no Âmbito da Administração Pública Federal**. *Trabalho de Conclusão de Curso*. Florianópolis, UFSC, 2011, p. 80.

[8] SALIM, Lucas Gil Carneiro. **A aplicação da teoria dos precedentes na administração pública**. *Anais III Semana Científica do Direito UFES: Graduação e Pós-graduação*. V. 3, n. 3, 2016.

[9] O parecer reconhece a carga persuasiva, e não vinculativa, dos precedentes jurisprudenciais, porém constata que “apesar disso, tem-se verificado, especialmente nos últimos anos, a paulatina e crescente introdução, no sistema processual civil brasileiro, de mecanismos destinados a, a um só tempo, conferir mais racionalidade e celeridade a? entrega da prestação jurisdicional e promover a unidade da interpretação do direito, especialmente mediante o substancial incremento da força persuasiva dos precedentes judiciais oriundos dos Tribunais” (LAMY, Eduardo de Avelar; e SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *A Administração Pública Federal e os Precedentes do STF*. **Revista de Processo**. Vol. 214. São Paulo: Editora RT, 2012, p. 199).

[10] O ato impede: fiscalização; novos lançamentos; procedimentos de cobrança de créditos constituídos, inclusive quando submetidos a parcelamento; restrições quanto à regularidade fiscal; inscrição no CADIN; e envio dos créditos já constituídos para inscrição em dívida ativa pela PGFN. E ainda: suspensão de feitos em curso e cancelamento de dívida ativa.

[11] *Considera-se jurisprudência consolidada aquela referida na lista disponibilizada pela Coordenação-Geral de Representação Judicial – CRJ e aquela fundada em precedentes aplicáveis ao caso, não superados e firmados pelo Plenário do STF ou da Corte Especial do STJ, pela Seção do STJ competente para apreciar a matéria ou pelas turmas do STJ competentes para apreciar a matéria (artigo 2º, §5º da Portaria). No caso da dispensa de apresentação de contestação e da autorização de desistência de recursos, a lista do CRJ é exaustiva, assim, o §5º não se aplica (artigo 2º, §6º da Portaria).*

[12] Exceto nas hipóteses de súmula, a dispensa e a autorização de desistência não se aplicam, no que couber, caso ainda seja possível a submissão da controvérsia ao STF (*artigo 2º, §8º da Portaria*).

[13] “Caso o entendimento firmado pelo STF ou pelo STJ, na forma dos arts. 543-b ou 543-c do CPC, conclua no sentido de ser indevido

determinado montante de natureza tributária ou na?o tributa?ria, ou algum acre?scimo sobre ele incidente, cumpre a? PGFN:

(i) deixar de realizar a inscriç?a?o em di?vida ativa da União e o ajuizamento das execuções fiscais em relação aos valores considerados indevidos;

(ii) promover, conforme o caso, o cancelamento ou a retificac?a?o das inscriç?o?es ja? efetuadas, excluindo o montante reputado indevido pelos tribunais superiores;

(iii) solicitar, apo?s as provide?ncias do item (ii) supra, a desiste?ncia total ou parcial da execuç?a?o fiscal, devendo, nesse u?ltimo caso, solicitar o seu prosseguimento apenas com relac?a?o aos valores remanescentes. Deve-se pugnar, ainda, pelo afastamento da condenac?a?o em honora?rios advocati?cios, aplicando-se, por analogia, o entendimento consignado no Parecer PGFN/crj n. 891/2010.”

[14]“Art. 19. Fica a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional autorizada a não contestar, a não interpor recurso ou a desistir do que tenha sido interposto, desde que inexista outro fundamento relevante, na hipótese de a decisão versar sobre:

[...]

IV - matérias decididas de modo desfavorável à Fazenda Nacional pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de julgamento realizado nos termos do art. 543-B da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil;

V - matérias decididas de modo desfavorável à Fazenda Nacional pelo Superior Tribunal de Justiça, em sede de julgamento realizado nos termos dos art. 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, com exceção daquelas que ainda possam ser objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal.”

§ 1º Nas matérias de que trata este artigo, o Procurador da Fazenda Nacional que atuar no feito deverá, expressamente:

I - reconhecer a procedência do pedido, quando citado para apresentar resposta, inclusive em embargos à execução fiscal e exceções de pré-executividade, hipóteses em que não haverá condenação em honorários; ou

II - manifestar o seu desinteresse em recorrer, quando intimado da decisão judicial.

§ 2º A sentença, ocorrendo a hipótese do § 1º, não se subordinará ao duplo grau de jurisdição obrigatório.

§ 3º Encontrando-se o processo no Tribunal, poderá o relator da remessa negar-lhe seguimento, desde que, intimado o Procurador da Fazenda Nacional, haja manifestação de desinteresse.

[15] Esse decreto revogou o Decreto 1.601/1995, que também tratava da dispensa da PGFN.

[16] Art. 5º Nas causas em que a representação da União competir à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, havendo manifestação jurisprudencial reiterada e uniforme e decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, em suas respectivas áreas de competência, fica o Procurador-Geral da Fazenda Nacional autorizado a declarar, mediante parecer fundamentado, aprovado pelo Ministro de Estado da Fazenda, as matérias em relação às quais é de ser dispensada a apresentação de recursos” (grifos acrescentados).

[17] LAMY, Eduardo de Avelar; e SCHMITZ, Leonard Ziesemer. A Administração Pública Federal e os Precedentes do STF. **Revista de Processo**. Vol. 214. São Paulo: Editora RT, 2012, p. 199.

[18] “Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento o do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

§ 1º O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

[...]

II – que fundamente crédito tributário objeto de:

a) Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 103-A da Constituição Federal;

b) Decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, em sede de julgamento realizado nos termos dos arts. 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 1973, ou dos arts. 1.036 a 1.041 da Lei nº 13.105, de 2015 - Código de Processo Civil, na forma disciplinada pela Administração Tributária; (Redação dada pela Portaria MF nº 152, de 2016)
[...]

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria

infraconstitucional, na sistemática prevista pelos arts. 543-B e 543-C da Lei no 5.869, de 1973 - Código de Processo Civil (CPC), deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.”

[19] CARF: Processos ns. 16327.000787/2001-56, de 05/05/2016 e 16327.001973/200293, de 11/12/2005.

[20] CARF: Processo n. 13005.000487/2004-64, de 23/03/2016.

[21] Nessa linha, Weber Luiz Oliveira argumenta que: “A Administração Pública, regida e limitada por imposição constitucional ao princípio da legalidade, diante deste novo perfil da jurisdição brasileira, também deve adotar os precedentes vinculantes, desde que autorizada por agentes públicos, publicizando aos administrados a posição administrativa e assentando a integridade do direito no Estado” O autor acrescenta: “[...] **deve-se respaldar a Administração Pública de instrumentos legais que lhe possibilitem o afastamento da literalidade da lei para que, em conformidade com o entendimento cristalizado em precedente obrigatório, possa-se adotá-lo.** Esta possibilidade concretiza e uniformiza, nos Poderes de Estado, o entendimento do direito e, por conseguinte, a igualdade institucional, individual e coletiva. Dessarte, conquanto a Administração deva ser influenciada pelos precedentes vinculantes, ante a novel característica da jurisdição brasileira e do constitucionalismo contemporâneo, notadamente com as últimas reformas processuais e com a regulamentação do Código de Processo Civil de 2015 a respeito, **há de existir, para tanto, legislação neste sentido. Pondera-se sobre uma abertura pela legislação no sentido de atribuir ao administrador maior campo de liberdade na adoção dos precedentes vinculantes, para que não fique adstrito à forma legal,** em nítido exercício dos ideais liberais do século XVIII no século XXI, mas também possa, em razão da referida autorização legislativa, no exercício do mister administrativo, aplicar o direito sedimentado judicialmente”. A integridade é duplamente composta, conforme Dworkin: um princípio legislativo, que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente **coerente**, e um princípio jurisdicional, que demanda que a lei, tanto quanto o possível, seja vista como coerente nesse sentido. **A integridade exige que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do direito.** Trata-se de uma **garantia contra arbitrariedades interpretativas.** A integridade limita a ação dos juízes; mais do que isso, coloca efetivos freios, por meio dessas comunidades de princípios, às atitudes solipsistas-voluntaristas. A integridade é uma forma de virtude política. A integridade significa rechaçar a tentação da arbitrariedade. (OLIVEIRA, Luiz Weber. Precedentes Judiciais na Administração Pública. **Revista de Processo.** Vol. 251. São Paulo: Editora RT, 2016, p. 429 – 455).

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 137 DA LEI 8.112/90

ELIARDO SOARES MORAES:
Advogado da União.

RESUMO: Das inumeráveis sanções previstas na Lei 8.112/90 reside aquela a qual determina a proibição do servidor condenado em retornar ao serviço público, prevista no parágrafo único do artigo 137 da lei em comento.

Palavras-chave: (in) constitucionalidade parágrafo único do artigo 137 da lei 8.112/90

1 INTRODUÇÃO

Neste artigo iremos traçar a regras e os aspectos do comando normativo previsto no parágrafo único do artigo 137 da lei 8.112/90, à luz da Constituição Federal, doutrina e da jurisprudência.

2- DA (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 137 DA LEI 8.112/90

Prescreve o artigo 137 da Lei 8.112/90 que:

Art. 137. A demissão ou a destituição de cargo em comissão, por infringência do art. 117, incisos IX e XI, incompatibiliza o ex-servidor para nova investidura em cargo público federal, pelo prazo de 5 (cinco) anos.

Parágrafo único. Não poderá retornar ao serviço público federal o servidor que for demitido ou destituído do cargo em comissão por infringência do art. 132, incisos I, IV, VIII, X e XI.

A norma em epígrafe proíbe o retomo ao servidor público federal ocupante de cargo em comissão que for demitido ou destituído por prática de crime contra a Administração Pública, improbidade administrativa, aplicação irregular de dinheiro público, lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional e corrupção.

Desse modo, São os seguintes casos em que proíbe o retorno ao serviço público:

- I crime contra a administração pública
- IV improbidade administrativa
- VIII aplicação irregular de dinheiros públicos
- X lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional
- XI corrupção

A redação do parágrafo único do artigo em comento é alvo de diversas críticas, pois a não estabelecer o prazo para a proibição imposta, estaria a norma infraconstitucional violando materialmente o artigo 5, Inciso XLVII da CF/88 o qual dispõe que não haverá penas de caráter perpétuo.

Por outro lado, para quem defende a sua constitucionalidade, a *ratio legis* da norma visa resguardar **o princípio da moralidade e do interesse público, possibilitando o Estado apenar ilícitos anteriormente perpetrados, inclusive por meio da exoneração do segundo cargo.**

Nesse sentido, destaco essa linha de entendimento doutrinário acerca do dispositivo:

Conquanto o tema inicialmente gere alguma perplexidade numa primeira análise o servidor sofre punição, depois de ser investido em outro cargo inacumulável, por fato praticado no exercício do posto efetivo anteriormente ocupado), já assentamos em edição anterior de nossa obra que não se poderia tolerar que a investidura em novo cargo público, na mesma esfera administrativa, servisse como meio de o servidor acusado tornar inócuo o direito da Administração Pública de puni-lo, mediante a exoneração do primeiro posto. No caso de aprovação em concurso público para provimento de outro cargo na mesma ou em outra carreira na esfera da própria Administração Pública a que adrede vinculado o servidor, seria incompatível com o princípio da inocência (conquanto norma de maior propriedade na seara do processo penal) impedir a investidura no novel posto pelo fato de o funcionário responder a

processo administrativo disciplinar; **todavia, deveria ser preservada, paralelamente, em nome do princípio da moralidade e do interesse público, a possibilidade de o Estado apenar ilícitos anteriormente perpetrados, inclusive por meio da exoneração do Segundo cargo (anulação da nomeação no segundo cargo por falta de idoneidade do servidor), na hipótese de a conduta apurada e comprovada ser grave o bastante para impedir a nova investidura, como nos casos de incompatibilização temporária ou definitiva para o desempenho de novos postos administrativos⁷⁰ (art. 137, caput e parágrafo único, Lei nº 8.112/90), ou por resultado negativo que teria sido induzido na pesquisa de investigação social. (Carvalho, Antonio Carlos Alencar, Manual de processo administrativo disciplinar e sindicância: à luz da jurisprudência dos Tribunais e da casuística da Administração Pública. 5 ed. rev. atual. E aum. Pág. 669- Belo Horizonte: Fórum, 2016.)**

Mesmo na hipótese da investidura no segundo cargo, deve ser mantida a possibilidade de posterior julgamento condenatório no processo com a consequente demissão do servidor. Nessa perspectiva, destacamos:

Em todo caso, na hipótese de admissão da investidura no segundo cargo, deve se mantida a possibilidade de posterior julgamento condenatório no processo administrativo disciplinar originário, ainda pendente de conclusão, resultado que também implica a demissão e perda do primeiro posto público, em cujo exercício foi consumada ilegalidade na conduta funcional, além de permitir a perda do segundo cargo, anulando-se a nomeação, porque não houve o atendimento a um dos pressupostos legais para provimento: a aprovação regular de investidura no prazo de cinco anos, contados de sua prática, salvo em

caso de m ou sindicância, ou se a malícia se manifesta de outra forma, quando não haverá ação na investigação social ou idoneidade moral para o preenchimento do posto, se previstos na Lei ora do acesso na carreira (art. 59, §1º, c.c. art. 10, par. único, da Lei 8.112/90 com nada pela Lei ne 9.527/97), o que permite a revisão do ato administrativo fé, coma declaração do servidor de que não respondia a processo administrativo disciplina incidência do prazo quinquenal para anulação da nomeação (art. 54, Lei Federal ne 9.784/99). (Carvalho, Antonio Carlos Alencar, Manual de processo administrativo disciplinar e sindicância: à luz da jurisprudência dos Tribunais e da casuística da Administração Pública. 5 ed. rev. atual. E aum. Pág. 670- Belo Horizonte: Fórum, 2016.).

No Julgado abaixo, o STF não chegou apreciar o mérito da (in) constitucionalidade do parágrafo único do artigo 137 da Lei 8.112/90. Vejamos:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. ATO DO MINISTRO DA FAZENDA. DEMISSÃO. LEGITIMIDADE DA PROVA EMPRESTADA. AÇÃO PENAL COMO SEDE ADEQUADA PARA ANÁLISE DAS ILEGALIDADES NA OBTENÇÃO DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. AUTORIDADE COMPETENTE PARA APLICAÇÃO DA PENA DE DEMISSÃO. OBSERVÂNCIA À LEI 8.112/1990. AUTORIA DA REVELAÇÃO DE INFORMAÇÕES SIGILOSAS. IMPOSSIBILIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA EM MANDADO DE SEGURANÇA. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA A QUE SE NEGA SEGUIMENTO. Decisão: Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança, interposto por Maria da Conceição de Medeiros, contra acórdão proferido pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça que

denegou o writ, em acórdão assim ementado, verbis: "ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. NULIDADES. NÃO CARACTERIZADAS. CONTROLE JURISDICIONAL. POSSIBILIDADE. UTILIZAÇÃO DE PROVA EMPRESTADA. PRECEDENTES. ARGUIÇÃO QUANTO A EVENTUAIS ILEGALIDADES NA OBTENÇÃO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. SEDE ADEQUADA: AÇÃO PENAL. DEMISSÃO DECORRENTE DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NÃO EXPRESSAMENTE TIPIFICADO NA LEI N.º 8.492/1992. PROCESSO JUDICIAL PRÉVIO PARA APLICAÇÃO DA PENA DE DEMISSÃO. DESNECESSIDADE. PREPONDERÂNCIA DA LEI N.º 8.112/90. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. OFENSA A ESSES POSTULADOS. INEXISTENTE. SUPOSTAS NULIDADES NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PRINCÍPIO DO PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. ALEGAÇÃO DE INOCÊNCIA QUANTO ÀS CONDUZAS IMPUTADAS. DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE NA VIA DO WRIT OF MANDAMUS.

[...] A Lei nº 8.112/1990 determina que: "Art. 117 Ao servidor é proibido: IX - valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública;"[...] Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos: [...] IV - improbidade administrativa; [...] IX - revelação de segredo do qual se apropriou em razão do cargo; XIII - transgressão dos incisos IX a XVI do art. 117." [...] Art. 137. A demissão ou a destituição de cargo em comissão, por infringência do art. 117, incisos IX e XI, incompatibiliza o ex-servidor para nova investidura em cargo público federal, pelo prazo de 5 (cinco) anos.

Parágrafo único. Não poderá retornar ao serviço público federal o servidor que for demitido ou destituído do cargo em comissão por infringência do art. 132, incisos I, IV, VIII, X e XI."Diante disso, verifico que o ato se deu em plena observância ao disposto na Lei nº 8.112/1990, não havendo, assim, que se falar em ofensa a Lei nº 8.429/1992, pelo fato de não ter sido a pena fixada pelo poder Judiciário. Quanto às alegações referentes à disponibilização e repasse de quatro telas do sistema informativo de uso da receita federal, a análise desta matéria exige dilação probatória e reexame de acervo probatório, o que não é permitido em sede de mandado de segurança. Nesse sentido: "EMENTA : RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PENA DE DEMISSÃO. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO. DILAÇÃO PROBATÓRIA. INADMISSIBILIDADE. DELEGAÇÃO DA DECISÃO A MINISTRO DE ESTADO. POSSIBILIDADE. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO. I Nas infrações puníveis com demissão, a ação disciplinar prescreve em cinco anos da data em que o fato se tornou conhecido. Assim, não há falar em prescrição entre o intervalo de 21/2/2002, data do conhecimento dos fatos pela Administração, e 4/5/2006, data da publicação da demissão. II - Improcedência da alegação de nulidade do ato de demissão pela existência de irregularidades na fase de sindicância. Precedentes. III Inviabilidade, em mandado de segurança, de reexame de prova. Precedentes . IV - Nada impede que a autoridade competente para a prática de um ato motive-o mediante remissão aos fundamentos de parecer ou relatório conclusivo elaborado por autoridade de menor hierarquia. Precedentes. V- Esta Corte firmou orientação no sentido da legitimidade de delegação a

Ministro de Estado da competência do Chefe do Executivo Federal para, nos termos do art. 84, XXV, e parágrafo único, da Constituição Federal, aplicar pena de demissão a servidores públicos federais. Precedentes. VI - Recurso a que se nega provimento. “ (RMS 28.047, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 19/12/2011) (Grifei) Ex positis, NEGO SEGUIMENTO ao recurso ordinário em mandado de segurança, na forma do art. 21, § 1º, do Regimento Interno desta Corte. Publique-se. Brasília, 18 de novembro de 2015. Ministro Luiz Fux Relator Documento assinado digitalmente. (STF - RMS: 31964 DF - DISTRITO FEDERAL 9954828-19.2013.1.00.0000, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 18/11/2015, Data de Publicação: DJe-235 23/11/2015)

Por outro lado, o STF afastou a incidência de norma quanto à pena de inabilitação permanente para os cargos de administração ou gerência de instituições financeiras impostas. Vejamos:

EMENTA: - DIREITO CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. PENA DE INABILITAÇÃO PERMANENTE PARA O EXERCÍCIO DE CARGOS DE ADMINISTRAÇÃO OU GERÊNCIA DE INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. INADMISSIBILIDADE: ART. 5 , XLVI, "e", XLVII, "b", E § 2 , DA C.F. REPRESENTAÇÃO DA UNIÃO, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO: LEGITIMIDADE PARA INTERPOSIÇÃO DO R.E. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. 1. À época da interposição do R.E., o Ministério Público federal ainda representava a União em Juízo e nos Tribunais. Ademais, em se tratando de Mandado de Segurança, o Ministério Público oficia no processo (art. 10 da Lei nº 1.533, de 31.12.51), e poderia recorrer, até, como "custos legis". Rejeita-se, pois, a preliminar suscitada nas contra-razões, no sentido de que lhe faltaria legitimidade para

a interposição. 2. No mérito, é de se manter o aresto, no ponto em que afastou o caráter permanente da pena de inabilitação imposta aos impetrantes, ora recorridos, em face do que dispõem o art. 5, XLVI, "e", XLVII, "b", e § 2 da C.F. 3. Não é caso, porém, de se anular a imposição de qualquer sanção, como resulta dos termos do pedido inicial e do próprio julgado que assim o deferiu. 4. Na verdade, o Mandado de Segurança é de ser deferido, apenas para se afastar o caráter permanente da pena de inabilitação, devendo, então, o Conselho Monetário Nacional prosseguir no julgamento do pedido de revisão, convertendo-a em inabilitação temporária ou noutra, menos grave, que lhe parecer adequada. 5. Nesses termos, o R.E. é conhecido, em parte, e, nessa parte, provido. (RE 154134, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Primeira Turma, julgado em 15/12/1998, DJ 29-10-1999 PP-00017 EMENT VOL-01969-01 PP-00191

Por sua vez, a Procuradoria Geral da República ajuizou uma ADI, sob o nº 2975, a qual ainda está pendente de julgamento, apontando a inconstitucionalidade do dispositivo em comento. Eis um trecho da exordial:

[...]

4. A norma aqui impugnada proíbe o retomo ao servidor público federal ocupante de cargo em comissão que for demitido ou destituído por prática de crime contra a Administração Pública, improbidade administrativa, aplicação irregular de dinheiro público, lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional e corrupção. O vício constante na norma repousa na ausência de prazo para a proibição imposta.

5. Determina a Carta da República que não haverá pena de caráter perpétuo, (art. 5º, XL VII, "b"), ou seja, "toda pena há de ser temporária, conforme dispuser a lei".

6. Deve-se salientar que "a proibição constitucional diz respeito ao caráter perpétuo de qualquer pena, e não somente no que concerne à privação perpétua da liberdade. Dentre as modalidades de penas passíveis de serem impostas no ordenamento jurídico brasileiro, elencadas na alínea "e" do inciso XL VI do art 5º da Constituição Federal inclui-se a pena de suspensão ou interdição de direitos. Resta inquestionável que a proibição de retomo ao serviço público, prevista no parágrafo único do art. 137 da Lei nº 8.112/90, constitui-se em pena de interdição de direitos, devendo, portanto, obedecer o comando de proibição de perpetuidade das penas.

7. Nesta esteira deste entendimento, leia-se o comentário de J. J. Gomes CANOTILHO sobre o art. 30º da Constituição Portuguesa, que veda a aplicação de penas de caráter perpétuo: "II O princípio da natureza temporária, limitada e definida das penas (bem como das medidas de segurança privativas ou restritivas da liberdade) (n 1) é expressão do direito à liberdade (art. 27), (da ideia de proibição de penas cruéis, degradantes ou desumanas (art. 2SO-2) e, finalmente, da ideia de proteção da segurança, ínsita no princípio do Estado de direito. O teor do preceito parece abranger (e a alteração da r revisão constitucional vai nesse sentido) todas as penas, não somente as privativas da liberdade (proibindo a prisão perpétua), mas também todas as outras (proibindo todas as que se traduzam em a restringir, perpetuamente a esfera de direitos das pessoas).

8. Desta forma, o parágrafo único do art. 137 da Lei nº 8.112/90, ao deixar de estipular prazo limite para a proibição de retomo ao serviço público dos servidores públicos federais demitidos do cargo em comissão por infringência do art. 132, I, IV, VIII, X e XI, da mesma Lei, criou sanção de caráter perpétuo,

devendo, portanto, ser declarada sua
inconstitucionalidade.

[...]

3- CONCLUSÃO

Portanto, resta ao Supremo Tribunal Federal decidir de forma definitiva sobre a legitimidade da norma em discussão. Pelos princípios da legalidade e da presunção de legitimidade, até o presente momento, a norma encontra-se vigente, devendo ser aplicada pela Administração Pública Federal.

4- REFERÊNCIAS

Carvalho, Antonio Carlos Alencar, Manual de processo administrativo disciplinar e sindicância: à luz da jurisprudência dos Tribunais e da casuística da Administração Pública. 5 ed. rev. atual. E aum. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SOBRE O DIREITO À CULTURA OU QUEM TEM DIREITO A ELA

LARA SOBRAL ARAGÃO: Acadêmica de Direito. Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe - FANESE.

Resumo: O artigo em questão visa promover o debate acerca dos Direitos Humanos, o acesso à Cultura e a sua importância nos movimentos sociais. Para tanto será tomado como ponto de referência o episódio em que ocorreu a proibição referente à realização do show de Caetano Veloso no dia 30 de outubro de 2017 que seria realizado na ocupação do MTST, Movimento dos Trabalhadores Sem Teto, em São Bernardo do Campo. Dessa forma, será exposta a Cultura como um direito e como instrumento de identificação social. Iniciando por um breve relato do fato acontecido, permeando pela descrição quanto à presença da Cultura como direito inerente à pessoa humana e sua posituação na legislação Brasileira e avaliando a cultura como instrumento de afirmação de cidadania e sua atuação dentro da sociedade brasileira. Para tanto será utilizado informações constantes na imprensa local além de referencial teórico pertinente.

Palavras chaves: Cultura. Movimentos sociais. Direitos humanos

Sumário: Introdução. A cultura como um direito. A Cultura na Sociedade . Conclusão.

Introdução

No dia 30 de outubro o Estado, através da 2ª Vara da Fazenda Pública de São Bernardo do Campo do estado de São Paulo, ratificou o que há muito já sabia-se: estamos em uma era de negação de direitos fundamentais à pessoa humana motivada por interesses políticos! Através de uma decisão judicial em atendimento a um pedido do Ministério Público, a referida vara proibiu a realização de um show de Caetano Veloso que ocorreria na ocupação Povo sem Medo em São Bernardo do Campo. Tal realização se daria como forma de incentivo aos ocupantes visto que os

mesmos, no dia posterior, realizaram uma marcha de 27 km do acampamento onde se encontram até o Palácio dos Bandeirantes, sede do governo de São Paulo, com o intuito de pressionar os legitimados a desapropriarem a área onde estão acampados e transformar o espaço com construção de moradia popular.

O MTST, Movimento dos Trabalhadores sem Teto, ocupam desde do dia 1º de setembro do corrente ano, uma área de 78 mil m² em São Bernardo do Campo. O terreno em questão pertence a construtora MZM Incorporação Limitada e encontrava-se abandonado há pelo menos 30 anos, acumulando inclusive uma dívida de 500 mil reais em IPTU atrasado. No local estão alojadas cerca de sete mil famílias em busca da possibilidade de conseguir a afirmação no que tange o direito à moradia.

No entanto, o objetivo desse artigo pauta-se no que se refere ao direito à cultura. E mostra-se pertinente ao analisarmos a situação colocada pelo paradigma de quem tem direito à cultura nessa sociedade em que se insere os atores envolvidos.

A cultura como um direito

O direito à Cultura encontra-se amparado no sistema legal mundial através da Declaração Universal dos Direitos Humanos, na qual no Artigo 27 determina que *“Toda a pessoa tem o direito de tomar parte livremente na vida cultural da comunidade, de fruir as artes ...”*. No Brasil, o posicionamento é ratificado na Constituição Federal de 1988 através do art. 215 em que temos *“O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional ...”*. Suscitando o art. 5º, *“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza ...”*, entende-se pelo Caput do art.215, CF, que cabe ao poder estatal promover meios de acesso à cultura, na sua integridade, como forma de afirmação de cidadania.

No livro Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional, Flávia Piovesan, salienta a importância de se saber que após um período de mais de 20 anos de ditadura militar ocorreu o processo de democratização do Brasil e que tal processo foi de grande importância para

as forças de oposição da sociedade civil já que essas alcançaram as importantes conquistas sociais do país como a consolidação das garantias e direitos fundamentais e a proteção para grupos vulneráveis o que deu à Constituição Federal de 1988 o título de Constituição Cidadã por estimular a plena cidadania.

A Carta de 1988 institucionaliza a instauração de um regime político democrático no Brasil. Introduz também indiscutível avanço na consolidação legislativa das garantias e direitos fundamentais e na proteção de setores vulneráveis da sociedade brasileira. A partir dela, os direitos humanos ganham relevo extraordinário (PIOVESAN, 2013, p.86).

Quando se fala de direito à cultura é necessário o entendimento de que esse se dá através do direito ao acesso, produção, fruição e gozo da cultura em todas as suas esferas e diversidade. Dessa forma, além do direito ao modo de viver, fazer, criar, formas de expressão, conjuntos urbanos de valor histórico, criações científicas e tecnológicas, tem-se também o direito de usufruir das artes e, dentre elas, da música, de acordo com o art. 216 da Constituição Federal/88. A cultura funciona também como instrumento agregador e identificador de um povo e possui um papel essencial na construção e desenvolvimento de uma nação.

No entanto o maior desafio no que tange aos Direitos Humanos atualmente não está em comprovar a sua existência e sim em buscar instrumentos para afirmação. Segundo Norberto Bobbio (1909), fundamentar a existência dos Direitos do Homem já não é o problema com o advento da Declaração Universal dos Direitos do Homem aprovada na Assembleia Geral da Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Nesse sentido ele defende:

A Declaração Universal dos Direitos do Homem representa a manifestação da única prova através da qual um sistema de valores pode ser considerado humanamente fundado e, portanto, reconhecido: e

essa prova é o consenso geral acerca da sua validade (BOBBIO, 1909, p.46).

A Cultura na Sociedade

A cultura popular, categoria na qual se inclui o show do caso em questão, serve como poderoso e dinâmico instrumento que dá forma e originalidade a uma determinada comunidade através da promoção de interações pessoais, sociais e políticas. No entanto, a elite brasileira ainda custa em insistir em confundi-la com a cultura letrada, e mais, busca a todo custo exterminá-la das raízes das comunidades no intuito de promover desagregação, estranhamento e falta de conexão entre os indivíduos.

No que tange à cultura individual, entende-se como a relação indivíduo-meio (sociedade) que se representa pela junção do conhecimento adquirido formalmente, como a educação escolar, e as experiências adquiridas individualmente. E a importância que aqui é colocada, reside no fato de que a cultura individual é responsável pela formação da tão necessária percepção, que vem a ser um importante instrumento de análise da sociedade onde se está inserido. As artes, nesse sentido, possuem papel fundamental pois agem como disseminadoras das ideias e ratificadoras de pontos de convergência social. Zigmund Bauman, no livro *Cultura Líquida*, nos coloca então tal ideia:

Segundo o conceito original, a cultura seria um agente da mudança do status quo, e não de sua preservação; ou, mais precisamente, um instrumento de navegação para orientar a evolução social rumo a uma condição humana universal (BAUMAN, 2013)

O termo cultura passou a possuir um entendimento de cultivo e cuidado do desenvolvimento humano a partir do século XVI durante o desenvolvimento do colonialismo fortalecendo a separação de culto e não culto. No século XVIII surge a cultura dividida em 3 categorias por Johann Gottfried von Herder: processo de desenvolvimento intelectual, espiritual e estético; referência a um povo, um grupo, um período; e obras e práticas

intelectuais e artísticas como a música, pintura, escultura, teatro e cinema. Foi durante o Iluminismo que a cultura passou a ser utilizada como instrumento de mudança com o intuito de elevação do homem na sua condição humana. O iluminismo via a cultura como uma alternativa milagrosa de aproximar o povo e a elite da sociedade eliminando classes através da paixão pela doçura e a luz que a cultura possui. Apesar dos esforços de artistas e filósofos durante o Iluminismo, a cultura sempre teve um papel de separação de classes, do letrado e do não letrado, do culto e do não culto. O culto, era aquele que possuía a educação formal e o acesso à educação cultural, entre essas a arte. Trata-se da cultura letrada. Nesse ponto, Bauman no livro *Modernidade Líquida* nos traz:

Em *La distinction*, de Bourdieu, a cultura manifestava-se acima de tudo como um dispositivo útil, conscientemente destinado a assinalar diferenças de classes e salvaguarda-las: como uma tecnologia inventada para a criação e proteção das divisões de classes e das hierarquias sociais (BAUMAN, 2014).

A cultura tem um grande poder de movimentação de massa e ao mesmo tempo na individualidade de cada ser, além de que, se bem utilizada, fortalece o cidadão dentro de sua cultura no conhecimento da sociedade e de si próprio. Assim Zygmunt Bawman (2013) nos contempla com a seguinte análise:

Desde os primórdios da cultura, e através de sua longa história, seu motor tem sido a necessidade de preencher o abismo que separa transitoriedade e eterno, finitude e infinito, vida mortal e imortalidade, ou o ímpeto de construir uma ponte que permita a passagem de uma extremidade à outra, ou o impulso de capacitar os mortais para imprimir na eternidade sua presença contínua, nela deixando a marca de nossa visita, ainda que breve (BAUMAN, 2014).

Nietzsche descreve a forma como a cultura pode determinar o comportamento de uma sociedade e, nesse sentido, ele utiliza exemplo do

uso da moral pela religião e a forma desvirtuada desse instituto como instrumento de alienação dos indivíduos. A intensão desse poder aprisionador conseguido através de dogmas morais, usando a cultura como instrumento, era transformar o indivíduo em um ser vulnerável e doente através do medo, da dor, do sofrimento e da fome. O pensamento de Nietzsche remete à necessária análise em relação a forma de como a cultura, ou a falta dela, pode ser utilizada para reduzir a liberdade de ser dos indivíduos.

Conclusão

Diante do colocado é possível identificar e explicar o comportamento da elite brasileira quando visa o escracho da cultura popular: busca confundi-la com a cultura letrada e pretende impedir sua ascensão dentro de uma sociedade. Isso se dá por três motivos principais:

Primeiro porque a cultura como instrumento agregador empodera e fortalece os vínculos dentro de um grupo, legitimando as demandas coletivas e incentivando a busca do desejado;

Segundo porque para essa elite é inaceitável que a plebe tenha direito a algo que lhes deem a condição de sentir-se iguais aos intocáveis burgueses. Negar-lhes à cultura é impedir-lhes de terem a efetivação da cidadania. E, na visão preconceituosa dessa sociedade, pobre não é cidadão, pobre é objeto a ser explorado, historicamente explorado, explorado pelo orgulho burguês em nome do capital. Utilizar a cultura letrada como objeto de reivindicação é o que lhes resta já que, diante do novo constitucionalismo, o princípio da Dignidade da Pessoa Humana já não lhes permite muito além disso. É um ato desesperado na tentativa de manter uma estrutura de privilégios.

Terceiro e mais importante no caso em questão, impedir a disseminação de manifestação cultural entre esse grupo é uma tentativa de impedir a organização. Busca-se o desestímulo à luta, à união, à esperança e à resistência diante dos já inúmeros obstáculos enfrentados.

Mesmo que a referida decisão de proibição da realização do show de Caetano Veloso na ocupação tenha um viés jurídico, é importante ressaltar que o mesmo também possui uma característica política de censura, já que, ao utilizar-se do argumento de manter a segurança dos envolvidos, visto que o local onde seria realizado o show não possuía a estrutura suficiente para atender a demanda de pessoas (certeza essa tomada através da presunção por não ter ocorrido visita ao local por qualquer dos órgãos responsáveis por tal avaliação técnica), o judiciário não mostra um comportamento isonômico se comparado com outras ocasiões. A preocupação com a segurança seria de uma nobreza relevante se utilizada em vários outros exemplos em que a segurança da população foi colocada em risco, como a queda do camarote em show sertanejo em Arandu/SP em março, a também queda do camarote em festa a fantasia em Aracaju/SE em outubro e o desabamento do palco durante apresentação de DJ em agosto em Presidente Prudente/SP só para citar alguns dos acidentes ocorridos no ano corrente. Ressalta-se aqui, que os eventos citados foram promovidos pela indústria cultural voltados para um público específico, no qual os Sem Teto ou Sem Terra ou Sem Trabalho ou Sem Dinheiro não tem lugar. Nesses casos, apesar da evidente e material falta de segurança, não houve impedimento para a realização dos shows.

Assim, visualiza-se então, que apesar das inúmeras reações populares através dos incontáveis movimentos sociais ativos no Brasil atualmente, na busca de igualdade de direitos e sua efetivação além da diminuição da extrema desigualdade social, esses mostram-se insuficientes quando se tem um poder legislativo corrupto, um judiciário corrompido e um executivo ilegítimo que pratica a espoliação de direitos dos cidadãos e ainda se mantem em exercício, apesar de uma margem de aprovação do plano de governo de apenas 4% por parte da população.

No entanto, é necessário suscitar que apesar de parecer insuficiente, tais lutas não são em vão. A resistência utilizada e a estruturação desses coletivos têm provocado um movimento de contra cultura que mostra-se altamente relevante quando no questionamento da conjuntura atual. Trata-se de um objetivo a médio e longo prazo, de mudança cultural da sociedade. Como dito, a cultura é dinâmica e

acompanha as mudanças comportamentais, assim como também as mudanças de entendimento quanto às estruturas. Insistir nessas mobilizações é insistir na esperança e na certeza de que não existe apatia e sim organização para uma mudança definitiva.

Bibliografia

BAUMAN, Zygmunt. **Cegueira moral**. A perda da sensibilidade na modernidade líquida. Rio de Janeiro: Zahar, 2014

_____. **A cultura no mundo líquido moderno**. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

BARBALHO, Alexandre. **Política Cultural**.

BOBBIO, Norberto, 1909. **A Era dos Direitos** - 9ª ed. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. – 3ª Reimpressão.

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

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm, 1844-1900. **Crepúsculo dos Ídolos**, ou, como se filosofa com o martelo - Porto Alegre, RS, 2014.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e direito constitucional internacional** – 14ª. Ed., ver. e atual, - São Paulo: Saraiva, 2013.

DISPARIDADE DE ARMAS QUE VIOLA O CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA

JONAS VIEIRA PRADO: Acadêmico do curso de Direito na Ufac.

Resumo: É de conhecimento notório que não apenas no Tribunal do Júri existe diferença no posicionamento do promotor e do advogado de defesa, mas o Tribunal do povo tem uma peculiaridade extra, dado que, a condenação ou não é de responsabilidade de um corpo de jurados que, em tese, desconhecem qualquer conteúdo acerca de análise de provas ou de imparcialidade.

Palavras-chave: Tribunal do Júri, Paridade de armas, devido processo legal.

Summary: It is well known that not only in the Court of Jury that there is difference in the position of the prosecutor and the defense lawyer, but the Court has a peculiarity, given that the conviction or not is the responsibility of a body of jurors who, in theory, do not know anything about evidence analysis or impartiality.

Key words: Court of the Jury, parity of arms, due process of law.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem pretensão de chamar a atenção para uma constante violação de direitos constitucionais, inseridos dentro do devido processo legal que é a paridade de armas no processo penal. Mas antes de tudo é defender os abdicados e apaixonados pela advocacia criminal, em especial a sua dedicação ao tribunal do júri, que mesmo no apogeu de um regime político felizmente suplantado, sempre demonstraram o profundo amor destes criminalistas pelo Tribunal do Povo, cem vezes ameaçado de extinção a cada golpe do poder contra as liberdades públicas.

O júri resistiu. Atravessou intacto outro negro período da história. Os criminalistas, cada um a seu modo, contribuíram valentemente para a intocabilidade da instituição. Dentro e fora do plenário fez-se ouvir sempre, sem peias, fosse qual fosse o regime político, a voz do defensor.

Mas que com a crescente onda da polarização em diversas esferas, e ameaçadoramente a do ministério público em sua sanha de condenação a qualquer custo, mais uma vez a advocacia criminalista deverá lutar com entusiasmo e devotamento para sustentar o sagrado direito ao contraditório em igualdade de armas, engrandecendo o Direito, e legando aos jovens, com esta conduta, o exemplo certo a seguir.

O Tribunal do júri é órgão especial do Poder Judiciário de primeira instância, sete cidadãos, que tem competência mínima para julgar os crimes dolosos praticados contra a vida. É temporário porque constituído para sessões periódicas e depois dissolvido, dotado de soberania quanto às suas decisões, tomadas de maneira sigilosa e íntima convicção, sem fundamentação, de seus integrantes leigos.

Para Cunha, muito mais que um princípio constitucional, o Tribunal do Júri é uma garantia “Considerando que, na classificação dos princípios constitucionais, os chamados princípios axiológico-fundamentais englobam as garantias para o cidadão, entre elas o juiz natural e o devido processo legal”, por conta disto, registra-se que o Júri e a soberania dos veredictos, de fato, devem ser compreendidos como direitos elementares no Estado Democrático de Direito.

Contudo convém ponderar que o Tribunal Popular é alvo de críticas, Aury Lopes inclusive pondera que “um dos graves problemas para a evolução de um determinado campo do saber é o repouso dogmático. Quando não se estuda mais e não se questiona as “verdades absolutas””. Há grande lapso temporal, com ausência total de doutrinadores que debatem a conveniência, bem como legitimidade da instituição.

Porquanto, diante destes apontamentos, com intuito de ter-se uma visão panorâmica sobre o Tribunal do Júri, apontando um olhar crítico de Aury Lopes sobre o instituto, passa-se a seguir para pontos mais específicos sobre tal instituição. Pode-se dizer que o princípio da isonomia é um dos mais conhecidos e utilizados, assim como o da dignidade da pessoa humana.

Irrefragável é que “O processo é uma luta. Significa dar as mesmas oportunidades e os mesmos instrumentos processuais para que possam fazer valer os seus direitos e pretensões, ajuizando ação, deduzindo resposta etc”. É bem verdade que “encontra-se inserido na nossa Constituição Federal no Artigo 5º, ele (sic) é considerado pelos

doutrinadores como um dos princípios fundamentais da democracia”, essencial para evitar regalias e superioridades não condizentes com o Estado de Direito. Bom é dizer que o princípio da paridade de armas “revela a identidade do judiciário brasileiro, sua forma declinada a uma igualdade de resultado entre os meios de conflito gerando garantias absolutas e democráticas”. Posta assim a questão, é de se dizer que não pode em qualquer hipótese, esquivar-se da observância de tal princípio, por medida da mais lúdima justiça.

Oportuno se torna mencionar que “Embora na ação penal pública o Estado se faça apresentar pelo Ministério Público, a parte pública não tem maiores poderes que a parte privada ré, o indivíduo”. Ou seja, cumpre observar que a igualdade das partes deve ser preservado mesmo perante o parquet, que em tese, é o fiscal da ordem jurídica na sociedade.

Nucci leciona que:

[...] o que se busca nos acusados em geral é a mais aberta possibilidade de defesa, valendo-se dos instrumentos e recursos previstos em lei e evitando-se qualquer forma de cerceamento. Aos réus, no Tribunal do Júri, quer-se a defesa perfeita, dentro, obviamente, das limitações naturais dos seres humanos.

O cerceamento de defesa se trata de instituto que, mediante qualquer meio, obste as partes de exercerem livremente sua defesa, com isto, ao longo desta pesquisa, ficará evidente que, a disposição dos lugares em plenário de julgamento popular em que defesa e acusação encontram-se em disparidade de assentos, pode ser obstáculo que privilegia o parquet nos julgamentos, como se verá inclusive por pesquisa da Universidade do Rio Grande do Sul.

Do exposto, não há que se olvidar da importância do princípio da plenitude da defesa, sendo que tal é ainda mais abrangente que a ampla defesa, visto que, o princípio é específico do Tribunal do Júri em que o acusado será julgado por seus semelhantes e não um juiz togado, podendo-se utilizar de mais variadas técnicas para a decisão encaminhar-se em um sentido ou outro.

Ademais, Luigi Ferrajoli expõe:

Para que a disputa se desenvolva lealmente e com paridade de armas, é necessária, por outro lado, a

perfeita igualdade entre as partes: em primeiro lugar, que a defesa seja dotada das mesmas capacidades e dos mesmos poderes da acusação; em segundo lugar, que o seu papel contraditor seja admitido em todo estado e grau do procedimento e em relação a cada ato probatório singular, das averiguações judiciárias e das periciais ao interrogatório do imputado, dos reconhecimentos aos testemunhos e às acusações.

Marques e Flores explanam que nos termos do princípio em comento, conforme “a lógica da garantia constitucional do sistema acusatório”, diante do Magistrado deve ser concretizada a equidistância das partes. Logo, nota-se que todos os atos do Poder Judiciário não podem em nenhum momento se afastar deste princípio, sob pena de estar infringindo a própria CF/88.

Por derradeiro, assinala-se que o Tribunal do Júri para ter sido materializado no atual cenário jurídico da CF/88, que possui como escopo a democracia e centraliza-se no princípio da dignidade da pessoa humana, passou por imensas mudanças que o tornaram cláusula pétreia.

Assinala-se que a palavra Júri provém do latim “*jurare*” que quer dizer fazer juramento e o instituto se difundiu na Europa em período de grande tumulto político na França, fase que destacou-se, em suma, pelo encerramento do governo absolutista, ou seja, Revolução Francesa após 1789. Convém dizer que na Inglaterra era adotado o método do *common law*, como ainda vigora neste país, por sinal, logo, o instituto diferia de muitos países.

É de conhecimento notório que não apenas no Tribunal do Júri que existe diferença no posicionamento do promotor e do advogado de defesa, mas o Tribunal tem uma peculiaridade, dado que, a condenação ou não é de responsabilidade de um corpo de jurados que, em tese, desconhecem qualquer conteúdo acerca de análise de provas ou de imparcialidade.

Nada obstante, conforme ensina Nucci, dos defensores da instituição do Júri apreende-se que trata-se de um julgamento democrático, tendo em vista ser através da participação popular, contudo, “Não se trata aqui de iniciar uma longa discussão do que seja ‘democracia’, mas com certeza o fato de sete jurados, aleatoriamente escolhidos, participarem de

um julgamento é uma leitura bastante reducionista do que seja democracia”.

Impõe-se dissecar que, os jurados podem ser facilmente influenciados no julgamento, pois carecedores, em tese, de análise técnica, possivelmente julgarão subjetivamente com seus valores e a partir do que melhor os convencer em plenário, acusação e defesa, logo, necessário esmiuçar os pontos abaixo.

Salienta-se que o assunto em comento, diferença física entre membro ministerial e defesa, tem sido alvo de crescentes discussões na doutrina, inclusive, Jader Marques expôs em sua obra:

Sem dúvida, é um equívoco pensar que esta desigualdade só pode ser verificada no plano eminentemente simbólico. Não há como negar o desconforto gerado para a defesa no momento da sessão de julgamento no Tribunal do Júri, quando acontece o cochicho, a troca de ideias em voz baixa, os comentários ao pé-de-ouvido, revelando uma ideia de companheirismo, de proximidade, de amizade, entre o acusador pode render-lhe o benefício de poder discutir questões relativas ao processo diretamente com o juiz, fazendo a argumentação em torno de alguma situação importante para seus interesses, o que acontecerá sem qualquer possibilidade.

Corroborar-se que depreende-se a discussão sobre a estrutura cênica diferenciadora de posições do Ministério Público diante do advogado de defesa, assim como da Defensoria Pública, também nas varas criminais comuns, não havendo *in casu*, contudo, a atuação do parquet como *custus legis*, segundo os advogados Thisen e Cerveira quando proferiram que no âmbito criminal não é órgão ministerial fiscal da lei, “atuando no processo como parte formal e imparcial, ou seja, a pretensão da sua atuação é a justiça e a legalidade, mas na prática percebemos o contrário, atuando como órgão acusador e perseguidor”.

O doutrinador Nucci, explanou em recente doutrina que em que pese a estrutura física do salão do Júri não ofender o princípio constitucional da plenitude da defesa, ou seja, “Não há qualquer privilégio para o órgão acusatório sentar-se à direita do magistrado, enquanto o Réu ocupa outra

tribuna, mais afastada e, na maioria dos casos, rebaixada fisicamente”, acredita que deve haver uma readequação da arquitetura no plenário, tendo em vista que deve ser resguardado ao acusado a máxima paridade perante o acusador, mencionado que deveria ser adotado a forma do sistema americano, priorizando igualdade entre membro ministerial e advogado de defesa, ambos de frente para o juiz togado.

Autenticando que tais fatos suscitados tem, de fato, influência nos jurados do Tribunal do Júri, aponta-se no presente a pesquisa realizada pela Universidade do Estado do Rio Grande do Sul em que teve no seu corpo os seguintes resultados:

[...] dos sete jurados entrevistados, logo após o julgamento pelo plenário do Tribunal do Júri, todos os sete afirmaram que observaram a posição panorâmica que as partes ocupavam no cenário de julgamento. Destes sete jurados, três observaram tal dado logo que se sentaram junto ao Conselho de Sentença, enquanto que quatro observaram tal aspecto durante o julgamento. No início do julgamento, pela manhã, os sete jurados afirmaram que o promotor de justiça transmitiu maior credibilidade. Desse modo, dentre os aspectos que tenham contribuído para a formação desta credibilidade nos argumentos do promotor de justiça, dos sete jurados entrevistados, dois referiram que tal aspecto adveio do fato de o promotor ficar ao lado do juiz durante o julgamento, e um jurado referiu que tal aspecto adveio de o advogado de defesa sentar-se ao lado do acusado.

O Instituto Lia Pires, famoso por lutar pelas prerrogativas da advocacia, sob este viés comparativo observa que:

Olhar a igualdade das partes e a equidistância perante o Juiz Presidente no Jury americano como exemplo, em comparação ao afastamento da Defesa no Júri brasileiro, no mínimo, evidencia que há sim uma grande diferença de tratamento. A equiparação da posição da Defesa em relação ao Ministério Público irá consagrar o devido processo legal no plano simbólico, o qual exerce indiscutível influência na forma de visualizar e

compreender a realidade e, portanto, na solução do caso penal. O Poder Judiciário e o Ministério Público nos Estados Unidos e na Inglaterra também são exercidos, guardadas as diferenças, por agentes do Estado. Em tais países, como ressaltado, há uma enorme preocupação com o resguardo da paridade entre acusação e defesa, inclusive na estrutura cênica dos tribunais.

Com efeito, chega a ser visível a assertiva de que “Os Estados Unidos são exemplos de País onde é grande a paixão pelo Tribunal do Júri, daí a constante produção de filmes, novelas, peças teatrais, abundante literatura e debate em série na televisão”.

Não se pode olvidar que o ponto crucial que diferencia o Júri nos EUA com o Brasil é o julgamento de causas civis. E insta, aliás, notar que nos EUA vigora o sistema acusatório puro, sendo de competência somente do Ministério Público, o ônus de provar fatos que demonstrem a culpabilidade do acusado, sempre em paridade de armas com a defesa e, “Os juízes togados exercem a função de direção dos debates, moderação dos interrogatórios e a decisão das questões de direito, presidindo a seção na função de guardião dos direitos consagrados”.

Cumpra obtemperar, todavia, que o Tribunal do Júri do Brasil é cláusula pétrea e obrigatória a imposição quando nos casos de crimes dolosos contra à vida, na forma tentada ou consumada. Em oposição ocorre nos EUA, sendo que, mesmo em casos que tenham como condenação a pena de morte, ainda assim pode o réu se esquivar de tal julgamento, cumprindo os pressupostos de estar acompanhado por um advogado para tomar tal decisão, bem como da anuência do membro ministerial e juiz.

Para corroborar toda a ideia em volta dos símbolos, cai a laço dizer que “nos Estados Unidos, busca-se preservar a imagem do Réu, permitindo-lhe que se sente ao lado do seu defensor no plenário sem o uso de algemas”, conforme proferiu Nucci. Desse modo, não se pode negar que o Tribunal do Júri é envolto de símbolos que devem ser minuciosamente analisados sob pena de causar a condenação ou absolvição indevida, afinal, roborando o assunto, têm-se pessoas leigas que muitas vezes irão julgar com base na mídia ou no que já vivenciou e não com base em provas concretas.

Destarte, nota-se nitidamente grandes diferenças do Tribunal do Júri americano e do brasileiro, não só na questão de posição das partes como também, salienta-se, o fato de julgarem causas cíveis nos EUA em plenário, e é importante tal comparação para analisarmos de forma crítica o assunto da disposição das cadeiras e aprofundarmos o presente estudo, como se fará em seguida.

Luigi Ferrajoli conceitua tal princípio pontuando que:

Para que a disputa se desenvolva lealmente e com paridade de armas, é necessária, [...], a perfeita igualdade entre as partes: em primeiro lugar, que a defesa seja dotada das mesmas capacidades e dos mesmos poderes da acusação; em segundo lugar, que o seu papel contraditor seja admitido em todo estado e grau do procedimento e em relação a cada ato probatório singular, das averiguações judiciais e das perícias ao interrogatório do imputado, dos reconhecimentos aos testemunhos e às acareações.

De modo geral, registra-se que o princípio do devido processo legal deve se fazer presente em todos os atos proferidos sobretudo pelo Poder Judiciário, tal princípio da mesma forma deve ser aplicado nas fases processuais do julgamento bifásico do Tribunal do Júri, fazendo *jus*, as partes participantes, que todos os atos dispostos na legislação sejam cumpridos, isto é, sem qualquer arbitrariedade.

Sabemos que os Jurados, antes de ouvirem quaisquer testemunhas, ou os debates, se orientam visualmente e em muitos dos casos, principalmente em comarcas pequenas do nosso Brasil, um réu sentado escoltado, em uma cadeira denota-se criminoso bandido perigoso. Não seria mais democrático o réu sentar-se ao lado de seu advogado, fornecendo-lhes informações para inquirir ou contraditar testemunhas enfim, para exercer o direito à plenitude de defesa e assegurar a aplicação do princípio da presunção inocência?

A nossa Constituição Federal nos garante uma série de garantias como o princípio da presunção de inocência, que se relaciona intimamente com a cadeira do réu. Ora se ele é considerado inocente até o transito em julgado o porque de o sentenciar a vista dos Jurados colocando em

posição desleal no Tribunal popular. O possível Direito do réu ao se sentar ao lado de Advogado encontra-se embasamento no princípio da ampla defesa, pois assim garantiríamos uma maior ampla defesa ao réu em poder se comunicar com seu Advogado durante a sessão.

Conforme já foi dito a respeito da questão visual dos Jurados, sem sombra de dúvida reflete-se no psicológico de cada julgador, a imagem do bandido criminoso sentado em um canto escoltado por policiais.

Conclusão

Em conformidade com todo o estudo feito, não se pode olvidar que de fato há a necessidade de aprofundar-se cada vez mais o tema no nosso ordenamento jurídico, pois qualquer indivíduo está sujeito a ser submetido aos jurados, a título exemplificativo menciona-se um cidadão que após sair embriagado de uma balada, sem intenção de matar, provoca acidente em que a vítima entra em óbito, sendo o condutor pronunciado por dolo eventual. Ora, a questão da simbologia que tem no Júri é inquestionável, prova disto são as discussões que existem se deve ou não o (a) acusado (a) vestir-se com a roupa laranja ou portar algemas.

Registra-se que inclusive em um Tribunal do Júri é comum, mesmo com a família de uma vítima que faleceu, sobretudo a acusação, utilizar-se das fotos do corpo para comover os jurados da gravidade que foi o crime, afinal, estes não precisam fundamentar suas decisões e, se não bastasse, são pessoas na maioria das vezes desconhecedoras do direito e influenciadas pela mídia quando o crime é de grande proporção. À luz do pensamento apresentado, têm-se nítido que os jurados podem sofrer influências de vários âmbitos no julgamento, sendo a posição da acusação, o Ministério Público, ao lado do Juiz, algo que também pode lhes fazer votar em um sentido ou outro, prova da importância disto é a própria pesquisa do Rio Grande do Sul citada no desenvolvimento, demonstrando que o assunto precisa ser cada vez mais aprofundado.

Afinal, apesar das teses que pregam a permanência de o Promotor assentar de mesmo plano com o Magistrado, sob fundamentações como a de que seria o órgão ministerial o protetor dos interesses públicos, no Júri o veredicto cabe aos jurados e, diante disso, estando acusação e

defesa, ambos na tentativa de convencer, deve haver igualdade inclusive na estrutura física.

Outrossim, assinala-se que demonstrou-se contradições inclusive legislativas sobre a questão, diante das leis de organização do Ministério Público e da Defensoria Pública, bem como envolvendo o Estatuto da OAB e princípios que também entram em confronto com a posição diferenciada do parquet em sede do Tribunal do Júri. Não se pode olvidar que, com a CF/88, deve-se levar em conta, neste tema central, os princípios da isonomia, paridade de armas e do devido processo legal, devidamente esmiuçados anteriormente.

Odiernamente as instituições representativas do ramo do direito tem se mostrado a favor de mudanças na composição física e na estrutura do tribunal do júri ressaltando ser o Brasil o único integrante da América latina com o modelo em questão tendo a Venezuela um modelo semelhante, porém com particularidades distintas. Assim vale o registro das manifestações dos operadores do direito que a longo e médio prazo pode fomentar medidas que venham trazer as mudanças tão necessárias que a sociedade almeja.

O ex presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Ophir Cavalcante Junior, acredita que a posição de desigualdade dos assentos é mais do que simbólica e pode sim influir no andamento do processo. “É uma agressão à imparcialidade. O cidadão, representado pelo advogado, não é menos importante do que o Estado, simbolizado pelo juiz ou pelo promotor. O Estado deve servir ao cidadão e não está acima da lei”, sustenta.

Ophir afirma que não vê problemas em o representante do Ministério Público sentar no mesmo plano do juiz quando ele não é parte no processo. Mas, quando é parte, deve ocupar o mesmo patamar que os defensores. “A realidade, o cotidiano dos foros tem mostrado que a proximidade do promotor com o juiz é muito maior do que a da parte, do advogado, com o magistrado. Logo, a possibilidade de que a tese da acusação seja acolhida é maior. Essa desproporção é que se quer corrigir”, conclui o presidente da OAB.

Segundo a Anamatra- Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho, “a observância da referida prerrogativa mesmo em hipóteses nas quais o Ministério Público atua como parte viola importantes

garantias constitucionais, tais como o devido processo legal e a igualdade entre as partes que lhe é inerente”. Ainda de acordo com a entidade, a prerrogativa de se sentar ombro a ombro com o juiz apenas poderia ser exercida quando o Ministério Público atuasse como fiscal da lei (custos legis), “para o fim de ressaltar e assegurar a imparcialidade que se espera do Ministério Público nesta condição”.

Para o defensor público Gabriel Faria Oliveira, presidente da Associação Nacional dos Defensores Públicos Federais (Anadef), o pedido deve ser acolhido pelo Supremo. De acordo com Oliveira, o Supremo já teve a oportunidade de decidir isso em um recurso julgado em 1994, em que o relator foi o ministro Marco Aurélio (RMS 21.884).

“Em seu voto, o ministro Marco Aurélio afirma expressamente que a prerrogativa do artigo 18 da Lei Orgânica do Ministério Público não pode levar, sob pena de ser até ridículo, a uma confusão entre os papéis do Ministério Público e do magistrado”, disse o defensor. “O Ministério Público, especialmente na ação penal, é parte. Tanto é parte que os recursos do Ministério Público, assim como os da Defensoria Pública, são julgados procedentes ou improcedentes”, reforça Gabriel Oliveira.

O presidente da Anadef sustenta que “colocar o representante do Ministério Público no mesmo plano que o defensor público ou que o advogado privado é o formato que melhor atende o devido processo legal, a igualdade entre as partes e, especialmente, o processo democrático em que o cidadão tenha as mesmas armas que o Estado e no qual o juiz possa ficar equidistante das partes para aferir, com imparcialidade, a verdade dos fatos”.

Para a juíza de Direito em São Paulo Kenarik Boujikian Felipe, ex-presidente da Associação dos Juízes para a Democracia, parece surreal que uma discussão como essa tenha que ocupar a agenda do Supremo Tribunal Federal para ser pacificada. “Não existem dúvidas de que as partes têm que ter tratamento igualitário. Não entendo como alguém pode se insurgir contra isso. O bom senso teria de bastar para resolver a questão”, afirma Kenarik.

A Magistrada reconhece a importância da discussão do ponto de vista da simbologia, mas entende que a solução é simples e encontra abrigo no que determina a Constituição Federal, que o princípio da igualdade deve prevalecer no curso do processo e em seu julgamento. “Definitivamente,

essa discussão não deveria chegar ao Supremo Tribunal Federal”, afirma, inconformada, a juíza.

De acordo com a juíza, o argumento de que o Ministério Público também exerce uma espécie de magistratura é equivocado: “Não exercemos os mesmos papéis. As atribuições do MP não são equivalentes nem similares às do Poder Judiciário. O Judiciário é um poder de Estado. MP e advocacia são essenciais à Justiça, mas não são poderes de Estado”.

REFERÊNCIAS

[1] RANGEL, Paulo. **Tribunal do Júri: visão linguística, histórica, social e jurídica**. 5. Ed. Rev. E atual. São Paulo: Atlas, 2015.

[2] SILVA, De Plácido e. *apud* MARQUES, Jarder. **Tribunal do júri: considerações críticas à Lei n. [11.689/08](#) de acordo com as Leis n. [11.690](#) e [11.719/08](#)**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

[3] BARROS, Francisco Dirceu. **Teoria e prática do novo Júri**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

[4] NUCCI, Guilherme de Souza. **Tribunal do Júri**. 6. Ed. Rev. Atual. E ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

[5] MAMELUQUE, Leopoldo. **Manual do novo júri: com as alterações processuais introduzidas pelas Leis n. [11.689](#), [11.690](#) e [11.719](#)**, de 2008, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

[6] DELMANTO, Dante. **Defesas que fiz no Júri**. 7. Ed. São Paulo. Renovar. 2008.

[7] LOPES JR., Aury. **Investigação Preliminar No Proc. Penal**. 6. Ed. revista, atual. e ampl. São Paulo: Saraiva. 2014

[8] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em Busca das Penas Perdidas: a Perda de Legitimidade do Sistema Penal**. Rio de Janeiro. Revan. 1991.

[9] WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma Nova Cultura no Direito**. 3. Ed. São Paulo: Alfa-Omega, 2001.

[10] PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

[11] PAUL VELASCO, Pilar. **El Tribunal del Jurado desde la Psicología Social**. Madrid: siglo veinti uno de espana, 1995.

[12] GUARNIERI, Giusepe. **Las partes en el proceso penal**. Trad. Constancio Bernaldo de Quirós. México: Jose M. Cajica, 1952.

[13] CARNELUCCI, Francesco. ***Poner em su puesto al Ministerio Público, Cuestiones sobre el proceso Penal.*** Trad. Santiago Santís Melendo. Buenos Aires: librería el Foro, 1960.

[14] ALEXY, Robert. ***Teoría de los Derechos Fudamentales.*** Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2001.

[15] FERRAJOLI, Luigi. ***Derecho y Razón- Teoría del garantismo Penal.*** 2. Ed. Madrid: Trotta, 1997.

[16] NUCCI, Guilherme de Souza. ***Manual de Direito Penal.*** 10 Ed. Rio de Janeiro. Forense, 2014.

[17] [LOREA, Roberto Arriada.](#) Os jurados "leigos" : uma antropologia do tribunal do júri. Ufrgs. Rio Grande do Sul. 2003. <http://hdl.handle.net/10183/3730>. acesso em 12/09/2017.

PRISÃO. UMA VISÃO CRÍTICA FRENTE AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA

MARCOS VINÍCIUS MEDRADO CARDOZO:
Bancário. Bacharelado do curso de direito da
Faculdade Católica do Tocantins.

ANTÔNIO CÉSAR MELLO

(Orientador)¹

RESUMO: O princípio da presunção da inocência é no Brasil um dos princípios basilares do Direito, responsável por tutelar a liberdade dos indivíduos, sobretudo na esfera penal, estando previsto no art. 5º, LVII da Constituição de 1988. Contudo, nossa Carta Magna deixa a salvo a prisão em caso de flagrante delito, sendo esta a única modalidade de prisão que é autorizada pela Constituição sem a necessidade de expedição de mandado de prisão pela autoridade judiciária competente. A limitação da liberdade do cidadão por meio da prisão no Direito brasileiro, principalmente após a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988 é medida excepcional e *ultima ratio* na aplicação de uma sanção às infrações penais. A necessidade de discussão sobre o tema surge da sua crescente relevância jurídica e social, sobretudo depois de recente julgado do STF onde se permitiu a prisão mesmo antes do trânsito em julgado, contrariando segundo alguns doutrinadores a nossa lei maior. Procura-se assim realizar estudo analítico com vistas à verificar quais os critérios estão sendo empregados para definir a inaplicação do princípio constitucional da presunção da inocência frente à lei penal em alguns casos específicos e a efetiva constitucionalidade de tais medidas.

Palavras-chave: Princípio da presunção da inocência. Prisão sem trânsito em julgado. Ordenamento jurídico brasileiro.

ABSTRACT: *The principle of the presumption of innocence is in Brazil one of the basic principles of the Law, responsible for protecting the freedom of individuals, especially in the criminal sphere, being foreseen in art. 5, LVII of the 1988 Constitution. However, our Magna Carta safeguards the arrest in case of flagrante delicto, being this the only modality of arrest that is authorized by the Constitution without the need of issuance of arrest warrant by the competent judicial authority. The limitation of the freedom of*

the citizen by imprisonment in Brazilian law, especially after the entry into force of the Federal Constitution of 1988, is an exceptional measure and last ratio in the application of a sanction to criminal offenses. The need for discussion on the subject arises from its growing legal and social relevance, especially after a recent STF judgment where it was allowed to be imprisoned even before the final res judicata, contrary to some of our legal writers. The aim is to carry out an analytical study aimed at verifying which criteria are being used to define the inapplicability of the constitutional principle of the presumption of innocence before the criminal law in some specific cases and the effective constitutionality of such measures.

Keywords: *Principle of presumption of innocence. Imprisonment without final res judicata. Brazilian legal system.*

SUMÁRIO: *1. Introdução; 2. Pena de prisão; 3. Princípio da intervenção mínima do Direito penal; 4. Princípio da presunção da inocência; 5. Prisão a partir da decisão de segunda instância; 6. Conclusão; 7. Referências.*

1. INTRODUÇÃO

O princípio da Presunção de Inocência é no Brasil um dos princípios basilares do Direito, responsável por tutelar a liberdade dos indivíduos sobretudo na esfera penal, estando previsto no art. 5º, LVII da Constituição de 1988, que diz: “ninguém será considerado culpado até transito em julgado de sentença penal condenatória”, também no art. 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) diz que “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa.” Tendo em vista que a Constituição Federal é nossa lei suprema, toda a legislação infraconstitucional deverá consequentemente absorver e obedecer tal princípio.

Contudo, nossa Carta Magna deixa a salvo a prisão em caso de flagrante delito. Esta é a única modalidade de prisão que é autorizada pela Constituição, precisamente em seu artigo 5º, LXI, sem a necessidade de expedição de mandado de prisão pela autoridade judiciária competente.

Existem ainda outros tipos de prisões previstas em leis infraconstitucionais, mas nenhuma delas torna o acusado culpado definitivamente, cabendo sempre recurso da decisão, estas têm quase sempre o condão de apenas resguardar a instrução criminal ou restringir a liberdade quando a locomoção de determinada pessoa põe em risco interesses maiores, e não para puni-la antecipadamente.

A escolha do tema surgiu devido a sua crescente relevância jurídica e social, sobretudo depois de recente julgado do STF onde se permitiu a prisão mesmo antes do trânsito em julgado, contrariando segundo alguns doutrinadores a nossa lei maior.

Procura-se assim realizar estudo analítico com vistas à verificar quais os critérios estão sendo empregados para definir a inaplicação do princípio constitucional da presunção da inocência frente à lei penal. E a efetiva necessidade de se tomar tal medida.

2. PENA DE PRISÃO

Antes da constituição do Estado moderno, considerado o detentor do poder de punir, a sociedade já se organizava em grupos. Mas apenas existiam famílias, clãs e tribos, com nível muito baixo de organização social (TELES, 2006, p. 20).

Da necessidade de estabelecer regras de convivência surgiram as sanções como meio de manter a comunidade unida e protegida, sendo elas uma das primeiras demonstrações de uma estrutura normativa de conduta, como preleciona Caldeira:

O ser humano sempre viveu agrupado, em virtude de seu nítido impulso associativo e lastreou, no seu semelhante, suas necessidades, anseios, conquistas, enfim, sua satisfação. E desde os primórdios, o ser humano violou as regras de convivência, ferindo os semelhantes e a própria comunidade onde vivia, tornando inexorável a aplicação de um castigo (sanção). No início, a punição era uma reação coletiva contra as ações antissociais (CALDEIRA, 2009, p. 260).

O fundamento do direito penal é proteger bens jurídicos fundamentais para que os seres humanos possam viver em harmonia. Cezar Roberto Bitencourt (2011, p.9) afirma que:

“O Direito Penal funciona, num primeiro plano, garantindo a segurança e a estabilidade do juízo ético-social da comunidade, e, em um segundo plano, reage, diante do caso concreto, contra a violação ao ordenamento jurídico-social com a imposição da pena correspondente. Orienta-se o Direito Penal segundo a escala de valores da vida em sociedade, destacando aquelas ações que contrariam essa escala social, definindo-as como comportamentos desvaliosos, apresentando, assim, os limites da liberdade do indivíduo na vida da comunidade.”

Corroborando com o entendimento de Bitencourt, nosso código penal em seu artigo 59, diz que as penas devem ser necessárias e suficientes à reprovação e prevenção do crime. Assim, a legislação dá à pena um caráter dúplice, devendo servir tanto como instrumento para prevenir futuras infrações, como para reprovar o mal produzido pela conduta praticada pelo agente, retribuindo-lhe o mal causado.

A dupla finalidade da pena classifica-se em duas teorias, absoluta e relativa. Onde segundo Ferrajoli (2001, p. 76):

são teorias absolutas todas aquelas que concebem a pena como um fim em si própria, ou seja como ‘castigo’, ‘reparação’ ou, ainda, ‘retribuição do crime, justificada por seu intrínseco valor axiológico, vale dizer, não um meio, e tampouco um custo, mas, sim, um dever ser metajurídico que possui em si seu próprio fundamento. São, ao contrário, ‘relativas’ todas as doutrinas utilitaristas, que consideram a pena enquanto meio para a realização do fim utilitário da prevenção de futuros delitos.

Do ponto de vista da prevenção, as premissas do Direito Penal são de prevenção geral e de prevenção especial. A prevenção geral almeja que as pessoas não venham a cometer crimes, pretendendo surtir efeitos em todos os cidadãos, já a prevenção especial objetiva evitar a reincidência do apenado. A prevenção tanto geral como especial se subdivide em positiva e negativa.

Prevenção geral negativa diz respeito à intimidação que a pena causa a toda a sociedade, já que a norma incriminadora apresenta uma respectiva sanção. Já a prevenção geral positiva está reafirmando a existência e eficiência do Direito Penal, não intimidando-os para se omitirem da prática do ilícito, mas para demonstrar que a pena por si só tem consequências severas. (NUCCI, 2004, p. 37). Nesse sentido, entende Beccaria (2012, p. 101) que: “é preferível prevenir os delitos a ter que puni-los; e todo legislador sábio deve antes procurar impedir o mal que repará-lo”.

Pela prevenção especial negativa existe a neutralização daquele que praticou a infração penal, com a sua segregação ao cárcere. Pela prevenção especial positiva segundo Roxin (1979 p. 85), “a missão da pena consiste unicamente em fazer com que o autor desista de cometer futuros delitos”.

Diante da exposição, fica bastante claro que a pena de prisão tem como finalidade última tanto a função de prevenir a prática de infrações como de reprimi-la concretamente. Em suma, a pena por muitos anos, possuiu a finalidade de repressão, passando, posteriormente, a ocupar uma função de prevenção. Atualmente, utiliza-se a repressão conjugada com a prevenção social, de forma que se tenta fazer com que o delinquente não volte a delinquir.

Para isso, o direito penal não deve ser considerado isoladamente, mas sim como parte de um sistema. Deve, sobretudo, ser analisado sob o ponto de vista dos princípios constitucionais, notadamente aquele princípio constitucional considerado o norteador de toda e qualquer atuação num Estado democrático de direito, qual seja, o princípio da dignidade da pessoa humana. Conforme Claus Roxin (1979, p. 83)

Não é lícito ressocializar com a ajuda de sanções jurídico-penais que não são culpadas das agressões insuportáveis contra a ordem dos bens jurídicos, por mais degeneradas e inadaptadas que sejam essas pessoas. Caso este ponto de vista seja ignorado, estaremos sob a ameaça do perigo de uma associação coletivista que oprime o livre desenvolvimento da personalidade. As consequências da garantia constitucional da autonomia

da pessoa devem, pois, respeitar-se igualmente na execução da pena. É proibindo um tratamento coativo que interfira com a estrutura da personalidade, mesmo que possua eficácia ressocializante.

Todas essas finalidades da sanção criminal devem, como ressaltam Zaffaroni e Pierangeli (2009,p. 103):

contribuir para diminuir os antagonismos, fomentar a integração e criar as condições para uma generalização comunitária do sentimento de segurança jurídica, que será maior na medida em que a estrutura social seja mais justa (maior grau de justiça social) e, em consequência, cada homem sinta que é maior o espaço social de que dispõe e a comunidade lhe garante ou, ao menos, deve procurar não aumentar os antagonismos e as contradições.

Hoje, esta ideia de prevenir o crime de maneira geral e especial de forma a não mais ferir a dignidade humana está bem concretizada no nosso ordenamento jurídico. Pois após longos anos de infundáveis discussões acerca de tal tema, observando que o preso ao voltar à vida social normalmente voltava a delinquir, entendeu-se necessário adequar o condenado ao seu retorno à sociedade. Deste ponto em diante, a pena passou a ser um mal necessário, através da reclusão do infrator ou da aplicação de medidas Neste diapasão, preleciona Cesare Beccaria (2012, p. 125) em seu livro *Dos Delitos e das Penas*:

É melhor prevenir os crimes do que ter de puni-los; e todo legislador sábio deve procurar antes impedir o mal do que repará-lo, pois uma boa legislação não é senão a arte de proporcionar aos homens o maior bem estar possível e preservá-los de todos os sofrimentos que lhes possam causar, segundo o cálculo dos bens e dos males da vida.

O sistema de progressão de regime das penas é um exemplo de evolução desse conceito. No nosso ordenamento jurídico, a função ressocializadora da pena pode ser observada através da concessão progressiva de privilégios ou liberdades e trabalhos sociais, para que o criminoso possa, aos poucos, readquirindo a confiança do Estado e da

sociedade, assegurando, mediante sua conduta, que está apto novamente ao convívio social.

3. PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA DO DIREITO PENAL

O Direito Penal advém da necessidade de garantir segurança para a sociedade, para tanto, conta com uma série de princípios norteadores para adequar-se aos ditames da Constituição Federal e de um Estado Democrático de Direito.

Conforme o princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*, o Direito Penal deve somente se preocupar com a proteção dos bens mais importantes, sendo assim, o mesmo assume um caráter subsidiário, intervindo somente quando as medidas civis ou administrativas mostrarem-se ineficazes.

“Cumpre asseverar que o reconhecimento da insignificância da conduta praticada pelo réu não conduz à extinção da punibilidade do ato, mas à atipicidade do crime e à consequente absolvição do acusado.” (STF, 2ª Turma, HC 98.152-6/MG, Rel. Min. Celso de Mello, j. 19/05/2009). Tal princípio afasta a tipicidade do crime por considerar que a conduta do agente não foi suficiente para agredir o bem juridicamente tutelado pelo ordenamento jurídico penal.

Embora se reconheça que o Brasil vive hoje uma época marcada pela insegurança, em que a sociedade cobra que a lei seja de fato cumprida, os tribunais brasileiros vêm utilizando cada vez mais o princípio da intervenção mínima para embasar decisões descriminalizando certas condutas como se depreende da jurisprudência a seguir:

Denúncia. Delito do art. 243 da lei 8.069/90 (oferecimento de bebida alcoólica). Rejeição. Mantida. Considerando os princípios da intervenção mínima do direito penal e da adequação social, mantém-se a rejeição da denúncia que imputou a um jovem de 19 anos de idade o crime do art. 243 da Lei 8.069/90, porque teria oferecido a outro jovem, este com 15 anos de idade, uma lata de cerveja, quando ambos se

encontravam no interior de um clube social. DECISÃO: Apelo ministerial desprovido. Unânime. (TJRS - AC 70019592260 - 7ª C. Cr. - Rel. Sylvio Baptista Neto - J.

A partir do princípio da intervenção mínima vários outros princípios surgem para corroborar o afastamento da pena. Exemplo é o princípio da insignificância ou bagatela que procura retirar da apreciação do judiciário crimes de pequena monta. Inclusive em recente julgado que ganhou grande repercussão nacional o Supremo Tribunal Federal aplicou o princípio da insignificância ao furto de um celular avaliado em 90 reais mesmo sendo o autor reincidente, conforme se depreende da sua ementa a seguir:

HC 138.697/STF. Penal. Habeas corpus. Paciente condenado pelo crime previsto no art. 155, caput, combinado com o art. 61, i e art. 65, iii, todos do código penal. Princípio da insignificância. Condenação anterior. Posse de entorpecentes para uso próprio. Art. 16 da lei 6.368/1976. Aplicação. Possibilidade. Ordem concedida.

Fernando Capez (2011, p. 81) a respeito do princípio da insignificância preleciona que,

Segundo tal preceito, não cabe ao Direito Penal preocupar-se com bagatelas, do mesmo modo que não podem ser admitidos tipos incriminadores que descrevam condutas totalmente inofensivas ou incapazes de lesar o bem jurídico." Ainda segundo o autor, o princípio não pode ser considerado em termos abstratos e exemplifica: "Desse modo, o referido preceito deverá ser verificado em cada caso concreto, de acordo com as suas especificidades. O furto, abstratamente, não é uma bagatela, mas a subtração de um chiclete pode ser.

É possível, assim, concluir que a norma penal em um Estado Democrático de Direito não é somente a que formalmente descreve um fato como infração penal, pouco importando se ele ofende ou não o sentimento social de justiça; ao contrário, sob pena de colidir com a Constituição Federal, o tipo incriminador deverá obrigatoriamente selecionar, dentre todos os comportamentos humanos, apenas aqueles

que realmente possuam lesividade social. Qualquer construção típica, cujo conteúdo contrariar e afrontar a dignidade humana será materialmente inconstitucional, posto que atentatória ao próprio fundamento da existência de nosso Estado.

4. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O princípio da presunção da inocência ou da não culpabilidade é um princípio relativamente recente se considerarmos o tempo de existência de leis que regem as relações interpessoais. Conforme os ensinamentos do saudoso penalista Guilherme de Souza Nucci (2004, p. 38), não há evidências do princípio da presunção da inocência na pré-história:

E desde os primórdios o ser humano violou as regras de convivência, ferindo semelhantes e a própria comunidade onde vivia tornando inexorável a aplicação de uma punição. Sem dúvida, não se entendiam as variadas formas de castigo como se fossem penas, no sentido técnico-jurídico que hoje possuem, embora não passassem de embriões do sistema vigente. Inicialmente, aplicava-se a sanção como fruto da libertação do clã da ira dos deuses, em face da infração cometida, quando a reprimenda consistia, como regra, na expulsão do agente da comunidade, expondo-o a própria sorte. Acreditava-se nas forças sobrenaturais, que, por vezes, não passavam de fenômenos da natureza, como a chuva ou o trovão, motivo pelo qual, quando a punição era concretizada, imaginava o povo primitivo que poderia acalmar os deuses (...). Não houvesse a sanção, acreditava-se que a ira dos deuses atingiria todo o grupo. Atingiu-se, em uma segunda fase, o que se convencionou chamar de vingança privada, como forma de razão da comunidade contra o infrator. Na realidade, a justiça pelas próprias mãos nunca teve sucesso, pois implicava, na essência, em autêntica forma de agressão. Diante disso, terminava gerando uma contra-reação e o círculo vicioso tendia a levar ao extermínio de clãs e grupos. O vínculo totêmico (ligação entre os indivíduos pela mística e magia) deu lugar ao vínculo de sangue, que implicava na reunião dos sujeitos que possuíam a mesma descendência. Vislumbrando a tendência destruidora da vingança privada, adveio o que se convencionou denominar de vingança pública, quando o chefe da tribo ou da clã assumiu a tarefa punitiva. A centralização de poder fez nascer

uma forma mais segura de repressão, sem dar margem ao contra-ataque. Nessa época, prevalecia o critério do talião (...), acreditando-se que o malfeitor deveria padecer o mesmo mal que causara a outrem. Não é preciso ressaltar que as sanções eram brutais, cruéis e sem qualquer finalidade útil, a não ser apaziguar os ânimos da comunidade, acirrados pela prática da infração grave. (...).

Como se vê, prevalecia neste período, em virtude das circunstâncias remotas em que viviam as pessoas, a mentalidade da época no que tange a crença nos poderes e castigos divinos, bem como a odiosa vingança privada, que se caracterizava pela ausência de juiz distinto das partes e a imposição da decisão por uma das partes à outra, geralmente a mais forte. Não havia que se falar, portanto, em presunção de inocência.

Já na idade média, período marcado pela força dominante da igreja, que se confundia com o próprio poder real, prevaleceu o Sistema Inquisitivo, sistema esse que possuía a finalidade de investigar e punir aqueles que praticavam, professavam doutrinas contrárias aos dogmas concebidos pela igreja da época, apresentava algumas características próprias, a saber:

(a) o julgamento é feito por magistrado ou juiz permanente, que sempre é um funcionário do rei ou da autoridade subordinada ao poder governamental; (b) o juiz tem a tarefa de acusar, defender e julgar, sempre se sobrepondo à pessoa do acusado; (c) a acusação, que sempre é *ex officio*, permite que a denúncia seja feita de forma secreta; (d) o procedimento é escrito, secreto e não admite o contraditório e, conseqüentemente, a ampla defesa; (e) o julgamento é feito com base na prova tarifada; (f) a regra era a prisão preventiva do réu; (g) a decisão jamais transita formalmente em julgado, podendo o processo ser reaberto a qualquer tempo.

Nesse sistema, o direito de defesa do acusado nem sempre era observado em sua plenitude em virtude de seus requerimentos serem julgados pelo próprio órgão acusador. Aqui, surge a ideia de prisão preventiva, no entanto, tal instituto é usado indiscriminadamente se

tratando no caso concreto mais uma regra do que excessão. Ou seja, na dúvida, prisão provisória!

O princípio da presunção da inocência surge justamente para frear o poder absoluto do Estado, em uma época onde o monarca era considerado o próprio Estado, ditando e fazendo cumprir a própria lei.

Posteriormente, ocorre a ascensão da burguesia e o advento do movimento iluminista, movimento onde ideais liberais tomam envergadura e o Processo Penal estava no centro dessas novas perspectivas. Destaque para obra do ilustre Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria, denominada Dos Delitos e Das Penas, que trouxe importantes e valiosas lições sobre o Princípio da Presunção de Inocência:

“Um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz; e a sociedade apenas lhe pode retirar a proteção pública depois que seja decidido que ele tenha violado as normas em que tal proteção lhe foi dada”. (BECCARIA, 2012, p. 105)

A partir de então, o Princípio da Presunção de Inocência passou a compor o sistema processual de diversas nações.

O princípio se positivou pela primeira vez no artigo 9º da Declaração do Direitos do Homem e do Cidadão em data de 26 de agosto de 1.789. Inspirado na razão iluminista de intelectuais como Voltaire e Rousseau. Posteriormente foi reafirmado no artigo 26 da Declaração Americana de Direitos e Deveres, em 22 de maio de 1948. E no artigo 11 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, na Assembléia das Nações Unidas, em 10 de dezembro do ano de 1948.

Com o princípio da presunção da inocência, conforme preceitua LENZA (2016, pág. 67):

O Estado, ente soberano que é, tem o poder de ditar as regras de convivência e, para isso, pode aprovar normas que tenham por finalidade manter a paz e garantir a proteção aos bens jurídicos considerados relevantes: vida, incolumidade física, honra, saúde pública, patrimônio, fé pública, patrimônio público, meio ambiente, direitos do consumidor etc.

Essas normas, de caráter penal, estabelecem previamente punições para os infratores. Assim, no exato instante em que ela é desrespeitada pela prática concreta do delito, surge para o Estado o direito de punir (jus puniendi). Este, entretanto, não pode impor imediata e arbitrariamente uma pena, sem conferir ao acusado as devidas oportunidades de defesa. Ao contrário, é necessário que os órgãos estatais incumbidos da persecução penal obtenham provas da prática do crime e de sua autoria e que as demonstrem perante o Poder Judiciário, que, só ao final, poderá declarar o réu culpado e condená-lo a determinada espécie de pena.

No direito brasileiro, a norma está positivada na Constituição Federal em seu rol de direitos e garantias constitucionais de forma como pode-se observar:

Art. 5. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.(EC nº 45/2004)

LVII- ninguém será culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

De acordo com Moraes, em regra, direitos constitucionais definidos como direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia e aplicabilidade imediata. E a própria Constituição Federal, em uma norma síntese, determina esse fato, expressando que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (MORAES, 2007).

O instituto é atualmente uma das mais importantes garantias, onde o acusado pela prática de uma infração penal deixa de ser um simples componente de uma relação jurídica processual e torna-se um sujeito detentor de direitos e garantias. O mesmo também está previsto no artigo 283 do Código de Processo Penal que assim determina:

Art.283 - Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em

decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

. Deste princípio, vários outros surgem em favor do réu. Tais como o contraditório, a ampla defesa, o devido processo legal dentre outros.

5. PRISÃO A PARTIR DA DECISÃO DE SEGUNDA INSTÂNCIA

Em decisão apertada por 6 a 5 votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu recentemente em julgamento proferido em 17 de fevereiro de 2016 que o artigo 283 do Código de Processo Penal (CPP) não impede o início da execução da pena após condenação em segunda instância e indeferiu liminares pleiteadas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43 e 44.

Tal decisão ganhou grande repercussão uma vez que afronta diretamente o princípio da presunção de inocência insculpida tanto na Carta Magna quanto no próprio Código de Processo Penal que só permite o cumprimento da pena após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

O ministro Teori Zavascki, relator do HC 126.292, sustentou que a manutenção da sentença penal pela segunda instância encerra a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado, autorizando o início da execução da pena. Segundo Zavascki, a presunção da inocência impera até a confirmação em segundo grau da sentença penal condenatória, sendo que, após esse momento, exaure-se o princípio da não culpabilidade, e o réu passa, então, a presumir-se culpado.

A linha de raciocínio do ministro está ancorada no argumento de que os recursos cabíveis da decisão de segundo grau, ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal, não se destinam à discussão de fatos e provas, mas apenas matéria de direito, razão pela qual a formação da culpa lato sensu já se encontra sedimentada. Nessa linha, Zavascki frisou em seu voto que, “ressalvada a estreita via da revisão criminal, é no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame

dos fatos e das provas, e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado”.

O problema, neste caso, é que a norma constitucional é “expressa e clara” ao estabelecer o momento em que a presunção de inocência deve ser derrubada, qual seja, com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Atente-se para o fato de que não se questiona ser justa ou injusta a execução provisória da sentença penal condenatória. O questionamento está no fato de ser ela autorizada ou não dentro do nosso sistema constitucional. E como verificado, de fato não o é.

Apesar de que se reconheça que o Brasil vive hoje uma época marcada pela insegurança, em que a sociedade cobra que a lei seja de fato cumprida, os tribunais brasileiros não podem modificar a constituição ao seu bel prazer. Com efeito, a julgar pelos argumentos lançados, o “bem” que a decisão do Supremo Tribunal Federal promove ao restabelecer a efetividade das sentenças penais, prestigiando a manutenção da decisão condenatória em segundo grau e permitindo a execução provisória da pena, não supera o “mal” de desconsiderar uma norma constitucional cujo conteúdo é exposto, claro e objetivo.

6. CONCLUSÃO

Por fim, é necessário que não esqueçamos que a pena de prisão no Brasil tem caráter provisório, uma vez que nosso ordenamento jurídico proíbe as penas de natureza perpétua. Torna-se basilar com isso, que a pena tenha um caráter de reeducação do criminoso para a vida em sociedade.

A insanidade reside em acreditar que o criminalizado aprenderá a viver em sociedade sendo retirado dela. Zaffaroni assevera que a regressão é a característica principal da prisão explicando que “na realidade, o preso está submerso em um meio completamente artificial, introduzido em uma sociedade com valores que nada têm haver com os da

vida em liberdade e que parece uma escola de crianças grandes bastante complicadas” (ZAFFARONI, 2009, p. 448).

Enfim, é natural concluir que a pena de prisão não é um meio para resolver questões que estão ligadas a carências acarretadas pela ausência de políticas públicas, uma vez que os “governos vêm se rendendo à tentação de recorrer à polícia, aos tribunais e à prisão para estancar as desordens geradas pelo desemprego em massa, pela generalização do trabalho assalariado precário e pelo encolhimento da proteção social” (WACQUANT, 2011, p. 19).

Diante do exposto, é salutar que a pena de prisão tenha caráter subsidiário, constituindo ultima ratio para resolução de conflitos, uma vez que a finalidade reeducativa da pena pretende em suma reinserir o criminoso ao convívio em sociedade. Sendo possível a recuperação do apenado por outro meio, esse deve ser o escolhido. Pois é sabido que nosso sistema prisional é um fracasso quando o assunto é reinserir um criminoso ao convívio em sociedade. Ao revés através dela cresce “substancialmente as probabilidades de reincidência” (BITENCOURT, 2011, p. 91). Por isso a presunção da inocência se mostra tão importante e faz-se necessário não ser diminuída a sua abrangência.

7. REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. 3ª ed. São Paulo: Edijur, 2012.

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

BRASIL. **Código de Processo Penal**. decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 29 de outubro de 2017, 16:25:00.

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

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CALDEIRA, Felipe Machado. **A evolução histórica, filosófica e teórica da pena**. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, nº45, v.12, 2009.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

Declaração Universal dos Direitos Humanos, ONU, 1948.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecs y garantías - La ley del más débil**. Madri: Trotta, 2001.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 4 edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.36-37.

Organização dos Estados Americanos, **Convenção Americana de Direitos Humanos** ("Pacto de San José de Costa Rica"), 1969.

ROXIN, Claus. **Teoría del tipo penal**. Buenos Aires: Delpalma, 1979.

TELES, Ney Moura. **Direito Penal Parte Geral: Arts. 1º a 120**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

[1]Professor da Faculdade Católica do Tocantins; Doutor em direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

ATOS DE GERÊNCIA OU ADMINISTRAÇÃO DE SOCIEDADE PRIVADA PRATICADOS PELO SERVIDOR

ELIARDO SOARES MORAES:
Advogado da União.

RESUMO: Da infrações ao estatuto dos servidores civis da União, será o tema específico deste artigo, a que está prescrita no artigo 117, inciso X, da Lei nº 8.112/90.

Palavras-chave: Servidor. Artigo 117, inciso X, da Lei nº 8.112/90.

1- DA INTRODUÇÃO

Neste artigo iremos traçamos as regras e os aspectos gerais da infração administrativa configurada no artigo inciso X, da Lei nº 8.112/90, à luz doutrina e da jurisprudência.

2- PARTICIPAR DE GERÊNCIA OU ADMINISTRAÇÃO DE SOCIEDADE PRIVADA, PERSONIFICADA OU NÃO PERSONIFICADA, EXERCER O COMÉRCIO, EXCETO NA QUALIDADE DE ACIONISTA, COTISTA OU COMANDITÁRIO.

Prescreve o artigo 117, inciso X, da Lei nº 8.112/90, que ao servidor é proibido:

Participar de gerência ou administração de sociedade privada, personificada ou não personificada, exercer o comércio, exceto na qualidade de acionista, cotista ou comanditário.

Esclarece-se, por oportuno, que a Apostila de Texto da Controladoria-Geral da União – CGU, nos orienta que **não basta apenas o fato** de ser gerente ou administrador de uma sociedade para estar violando a proibição do artigo 117, X, da Lei nº 8.112/90. *In verbis*^[1]:

O aplicador de qualquer norma, antes de se debruçar sobre detalhes de sua literalidade, deve encará-la de forma global para tentar extrair de imediato a sua inteligência

sistemática. Nesse rumo, de imediato se deve esclarecer que, independentemente de nuances literais, passíveis de interpretação, o que esse dispositivo legal quer tutelar, em essência, além da questão de controle da prestação integral da jornada de trabalho e de dedicação ao cargo, é sobretudo, evitar conflito de interesses público e privado, ou seja, coibir a possibilidade de a sociedade obter qualquer beneficiamento, vantagem ou diferenciação pelo fato de que seu administrador ou gerente é um servidor, dotado de prerrogativas. Em outras palavras, a principal inteligência da norma é evitar que, por ser servidor, o administrador ou gerente de uma sociedade atue em seu próprio favor de forma inescrupulosa.

Daí porque o mandamento da primeira parte do art. 117, X, da Lei nº 8.112, de 11/12/90, deve ser entendido com um certo grau restritivo e cauteloso, configurando-se apenas com a comprovação da administração ou da gerência de fato, não bastando figurar de direito no contrato social, no estatuto social ou no mero acordo entre sócios ou em qualquer outro ato da sociedade ou ainda perante órgãos tributários. Em outras palavras, esse enquadramento é precipuamente fático e não apenas de direito. Para que se cogite do enquadramento em tela, necessário que a comissão comprove nos autos a efetiva atuação do servidor como administrador ou como gerente da sociedade.

(...)

Ademais, de se verificar da literalidade, que emprega a ação verbal “participar”, que aqui também se exige, além da efetividade da conduta fática, algum grau de reiteração e repetição ao longo do tempo, não se configurando a prática vedada com apenas algum(ns) ato(s) isolado(s).

(...)

Mas, ainda que o servidor não tenha cuidado de formalmente sair da posição de mando ou, se for o caso, de

encerrar a sociedade, se esta nunca operou ou não opera ou na prática opera com outra pessoa como administrador ou gerente desde que o servidor foi investido no cargo público, pode-se inferir que não haverá afronta à tutela da impessoalidade se, apenas de direito e não de fato, ele figurar em alguma daquelas duas posições de mando, visto que, na prática, não se cogitará de vantagem indevida, tanto a ele mesmo quanto à sociedade.

Por outro norte, ainda que o servidor esteja designado no contrato social como sócio gerente ou administrador, cumpre à Administração **comprovar efetivamente** os atos de gerência e administração para que ele seja responsabilizado. Neste sentido, é oportuna a transcrição do Enunciado nº 09 da Controladoria-Geral da União:

Enunciado CGU n.º 09, de 30 de outubro de 2015. ILÍCITO SÓCIO-GERÊNCIA – ATUAÇÃO FÁTICA E REITERADA. Para restar configurada a infração disciplinar capitulada no inciso X do art. 117 da Lei nº 8.112/90, é preciso que o servidor, necessariamente, **tenha atuado de fato e de forma reiterada** como gerente ou administrador de sociedade privada.

É oportuno destacar o também entendimento segundo o qual um ou poucos atos de gestão não configuram a infração em comento, tendo em vista a interpretação que se extrai da palavra “participar de gerência ou administração de sociedade privada”. Neste sentido:

Parecer-PGFN/CJU/CED nº 1.237/2009: 148. É interessante notar que os verbos típicos que compõem a proibição administrativo-disciplinar, “participar” e “exercer”, no âmbito penal estão normalmente identificados àquilo que a doutrina e a jurisprudência qualificam como crime habitual, o qual é caracterizado por abalizada doutrina com os seguintes contornos: [...]

152. No caso da proibição administrativo-disciplinar em análise - embora a imprevisível realidade social possa

eventualmente demonstrar o contrário - pode-se dizer que, ao menos em regra, um ato único ou mesmo os atos dispersos e esporádicos de gestão, distribuídos ao longo de cinco anos, dificilmente atingiriam de maneira especialmente grave a regularidade do serviço e a indisponibilidade do serviço público, legitimando a aplicação da ultima ratio no âmbito administrativo.

Além da já citada exceção de o servidor poder participar de cooperativa constituída para prestar serviços a seus membros, o parágrafo único do art. 117 também excepciona as situações em que o servidor participa dos “conselhos de administração e fiscal de empresas ou entidades em que a União detenha, direta ou indiretamente, participação no capital social”, ou quando o servidor participa da gerência ou administração de sociedade comercial ou exerce o comércio quando em “gozo de licença para o trato de interesses particulares”, na forma do art. 91 desta lei, observada a legislação sobre conflito de interesses (Lei nº 12.813/2013).

Assim, para que se cogite do enquadramento em tela, necessário que a comissão processante comprove nos autos a efetiva e habitual atuação do servidor como administrador ou como gerente da sociedade privada.

Além disso, caso o servidor esteja em licença para tratamento de saúde não o desonera de observar a proibição em comento, sendo certo que a vedação da prática da conduta prevista no art. 117, X, da Lei n. 8.112/1990 só é legalmente excetuada na hipótese de gozo de licença para o trato de interesses particulares

Eis o entendimento do STJ:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO.
MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO.
PROCESSO DISCIPLINAR. PROVA EMPRESTADA.
UTILIZAÇÃO.

ACAREAÇÃO ENTRE ACUSADOS.
OBRIGATORIEDADE. INEXISTÊNCIA. COMISSÃO
PROCESSANTE. SUBSTITUIÇÃO DE MEMBROS.
POSSIBILIDADE. IMPARCIALIDADE.

AUSÊNCIA. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA.
INOCORRÊNCIA. CONTROLE JURISDICIONAL.
LIMITES. CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA.

CONSTITUCIONALIDADE. LICENÇA MÉDICA.
GERÊNCIA OU ADMINISTRAÇÃO DE SOCIEDADE
PRIVADA. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA
PENA.

DISCRICIONARIEDADE. AUSÊNCIA.

1. No processo administrativo disciplinar, admite-se a utilização de prova emprestada, extraída de feito em curso na esfera criminal, desde que haja autorização judicial para tanto e sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa. 2. Hipótese em que o compartilhamento do conteúdo probatório existente na esfera penal foi regularmente autorizado pelo Juízo competente, sendo assegurados, na esfera administrativa, o contraditório e a ampla defesa, já que o impetrante teve oportunidade, durante todas as suas manifestações no processo disciplinar, de analisar o conteúdo probatório em questão e tecer considerações sobre ele. 3. O STJ já se manifestou no sentido de que a acareação prevista na Lei n.

8.112/1990 não é obrigatória, devendo ser realizada quando os depoimentos forem colidentes e a comissão processante não dispuser de outros meios para apuração dos fatos, sendo certo que o juízo sobre tal necessidade é exclusivo da comissão, que poderá dispensar o procedimento quando entender que este é desnecessário ou protelatório. 4. Sendo a comissão do processo administrativo disciplinar, desde a sua

instauração, regularmente composta por três servidores, com observância do disposto no art. 149 da Lei n.

8.112/1990, não há a configuração de nulidade do procedimento. 5.

Esta Corte possui o entendimento de que não é vedada a substituição dos membros da comissão processante, desde que os novos integrantes preencham os requisitos legalmente estabelecidos.

6. Nos termos do art. 150 da Lei n. 8.112/1990, a comissão disciplinar exercerá suas atividades com independência e imparcialidade, assegurado o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da administração, apenas se admitindo o reconhecimento da ausência de imparcialidade de membros da comissão processante se for comprovada a eventual emissão de juízo de valor prévio ou o prejulgamento acerca das irregularidades. 7. Caso em que as alegações do impetrante são meras ilações desprovidas de qualquer comprovação, não existindo elementos mínimos que possam ensejar a sua conclusão de que os membros da comissão teriam conduzido o procedimento de forma parcial. 8. Em sede de mandado de segurança, é indispensável que a prova do direito seja pré-constituída, sendo inviável a dilação probatória.

9. No controle jurisdicional do processo administrativo, a atuação do Poder Judiciário limita-se ao campo da regularidade do procedimento, bem como à legalidade do ato, não sendo possível nenhuma incursão no mérito administrativo a fim de aferir o grau de conveniência e oportunidade, de modo que se mostra inviável a análise das provas constantes no processo disciplinar a fim de adotar conclusão diversa

daquela à qual chegou a autoridade administrativa competente. 10. Não é possível a análise de todas as provas produzidas no compêndio administrativo a fim de afastar as conclusões de que a Associação Brasileira de Integração para Proteção Pessoal e Patrimonial (PROTEP), presidida pelo impetrante, era, na verdade, uma empresa de seguros travestida de associação.

11. São despiciendas as considerações acerca da natureza jurídica do Programa de Proteção Veicular, bem como sobre a diferença entre as associações e as empresas, tendo em vista que o servidor não foi punido pela prática de gerência de associação sem fins lucrativos, e sim pela gerência de empresa de venda de seguros travestida de associação. 12. Conclusões realizadas na esfera administrativa que não diferem daquelas ocorridas no desfecho da ação penal referente aos mesmos fatos, na qual foi proferida sentença em que expressamente consignado que, não obstante a constituição da PROTEP como associação, todos os elementos probatórios ensejaram o entendimento de que se tratava de "pessoa jurídica captadora ou administradora de seguros", motivo pelo qual o servidor foi condenado pela prática do crime previsto no art. 16 da Lei n.

7492/1986 - fazer operar, sem a devida autorização, ou com autorização obtida mediante declaração falsa, instituição financeira, inclusive de distribuição de valores mobiliários ou de câmbio. 13. É firme o posicionamento do Supremo Tribunal Federal e deste Superior Tribunal de que é constitucional a pena de cassação de aposentadoria prevista nos arts. 127, IV, e 134 da Lei n.

8.112/1990, não obstante o caráter contributivo de que se reveste o benefício previdenciário. Precedentes.

14. O fato de o servidor estar em licença para tratamento de saúde não o desonera de observar os deveres funcionais e proibições, sendo certo que a vedação da prática da conduta prevista no art. 117, X, da Lei n. 8.112/1990 - participar de gerência ou administração de sociedade privada, personificada ou não personificada, exercer o comércio, exceto na qualidade de acionista, cotista ou comanditário - só é legalmente excetuada na hipótese de gozo de licença para o trato de interesses particulares.

15. Acerca da proporcionalidade e razoabilidade na aplicação da pena de cassação de aposentadoria, é tranquila a posição desta Corte Superior de Justiça de que, caracterizada conduta para a qual a lei estabelece, peremptoriamente, a aplicação de determinada penalidade, não há para o administrador discricionariedade a autorizar a aplicação de sanção diversa.

16. Processo administrativo no qual as provas produzidas convergiram no sentido da prática do ilícito disciplinar previsto no art. 117, X, da Lei n. 8.112/1990, não restando à autoridade apontada como coatora outra opção, senão a de aplicar a sanção de cassação de aposentadoria ao servidor, conforme previsto na lei em comento.

17. Ordem denegada.

(MS 22.828/DF, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/09/2017, DJe 21/09/2017)

3-DA CONCLUSÃO

Desse modo, para a caracterização do ilícito em questão, deverá restar presente a habitualidade da conduta a qual poderá ser demonstrada por meio de evidências de que a prática envolva a organização de

insumos, mão-de-obra e fatores de produção e que tenha por finalidade a obtenção de lucro, e não apenas a administração eventual em situações excepcionais.

4- REFERÊNCIAS

1 Manual de Processo Administrativo Disciplinar CGU, páginas 416/418, disponível em http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ApostiladeTextoCGU.htm#_Toc298316684.

Nota:

^[1] Manual de Processo Administrativo Disciplinar CGU, páginas 416/418, disponível em http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ApostiladeTextoCGU.htm#_Toc298316684.

O TERMO INICIAL NA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO ESTATAL EXECUTÓRIA

DIOGO ALEXANDRE RESTANI:
Assistente Jurídico do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, pós-graduado pela Escola Paulista da Magistratura, especialista em Direito Penal.

Resumo: Análise acerca do termo inicial da prescrição da pretensão estatal executória, que se vincula, apenas, ao trânsito em julgado da condenação para a acusação.

O artigo 112, inciso I, do Código Penal, dispõe expressamente que ***“no caso do art. 110 deste Código, a prescrição começa a correr: I – do dia em que transita em julgado a sentença condenatória, para a acusação, ou a que revoga a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional”***.

A sentença condenatória, sabe-se, só se torna imutável após o trânsito em julgado para as partes, mas, para efeitos de prescrição da pretensão executória, o termo inicial é a data em que se dá o trânsito em julgado para a acusação (aqui entendido não só o Ministério Público, mas também o querelante e o assistente da acusação).

Julio Fabbrini Mirabete prelecionava que ***“o termo inicial do prazo da prescrição da pretensão executória não é o do trânsito em julgado para ambas as partes, como na legislação anterior, mas o trânsito em julgado para a acusação. Passando em julgado a sentença condenatória para a acusação, a pena não mais pode ser aumentada, por não ser possível a revisão ‘pro societate, e assim, começa a ser contado o prazo da prescrição da condenação, quer para a pena privativa de liberdade, quer para a pena restritiva de direito (arts. 44 e 109, parágrafo único), ou para a multa, quando esta for a única aplicada (art. 114, I)”***.^[1]

Guilherme de Souza Nucci, criticando a disposição, conclui que o termo inicial da prescrição da pretensão executória **“...é a data do trânsito em julgado da sentença condenatória, para a acusação”**.^[2]

Cezar Roberto Bitencourt, cuidando do tema, assenta que **“...o prazo começa a correr do dia em que transitar em julgado a sentença condenatória para a acusação, mas o ‘pressuposto básico’ para essa espécie de prescrição é o trânsito em julgado para acusação e defesa, pois, enquanto não transitar em julgado para a defesa, a prescrição poderá ser intercorrente”**.^[3]

O Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em casos análogos, vem reiteradamente decidindo:

“Habeas Corpus. Impetração pleiteando o reconhecimento da prescrição da pretensão executória e fixação de regime aberto. Não localização do paciente para início de cumprimento das reprimendas. Unificação das penas. Termo inicial. Data do trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação. Inteligência dos artigos 110, §1º, e 112, inciso I, do Código Penal. Precedentes do STJ. Prescrição da pretensão executória. Ordem parcialmente concedida.” (5ª Câmara de Direito Criminal, HC nº 2166564-42.2017.8.26.0000, Rel. Des. Damião Cogan, DJ 28.09.2017)

“Execução Penal. Pleito de reconhecimento da prescrição da pretensão executória. Indeferimento. Contagem do termo inicial a partir da data do trânsito em julgado para a acusação. Inteligência do artigo 112, inciso I, do Código Penal. Recurso provido, com determinação.” (5ª Câmara de Direito Criminal, RESE nº 0059560-68.2010.8.26.0050, Rel. Des. Pinheiro Franco, DJ 31.08.2017)

“Agravo relativo a execução penal. Conversão de pena restritiva de direito em privativa de liberdade. Hipótese na qual determinada a expedição de mandado de prisão com prazo a ser contado a partir do trânsito em julgado para as

partes. Impossibilidade. Termo inicial para prescrição da pretensão executória que corresponde à data do trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação. Inteligência do artigo 112, I, do Código Penal. Recurso provido, portanto.” (15ª Câmara de Direito Criminal, AE nº 7001309-88.2017.8.26.0050, Rel. Des. Encinas Manfré, DJ 31.08.2017)

O Colendo Superior Tribunal de Justiça não destoia do referido entendimento:

“1. O relator, monocraticamente, poderá dar ou negar provimento ao recurso especial quando houver entendimento dominante acerca do tema. Súmula n. 568 do STJ. 2. Consoante a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, o termo a quo para a contagem da prescrição da pretensão executória consiste no trânsito em julgado para a acusação, consoante exegese do art. 112, I, do Código Penal. 3. Agravo regimental não provido.” (6ª Turma, AgRg no REsp nº 1471505/SP, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, DJe 27.09.2017)

O Excelso Supremo Tribunal Federal também já teve oportunidade de decidir:

“1. A prescrição regula-se pela pena aplicada depois de proferida a sentença condenatória, sendo que, cuidando-se de execução da pena, o lapso prescricional flui do dia em que transitado em julgado para a acusação, conforme previsto no artigo 112 combinado com o artigo 110 do Código Penal. Precedentes: HC 113.715, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe 28/5/2013, HC 110.133, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 19/4/2012, ARE 758.903, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe de 24/9/2013. 2. In casu, o acórdão recorrido assentou: ‘AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. MARCO INICIAL DO PRAZO. TRÂNSITO EM

JULGADO PARA A ACUSAÇÃO.’ 3. Agravo regimental DESPROVIDO.” (1ª Turma, ARE nº 764385/DF AgR, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 28.05.2014)

Pois bem.

Logo, a partir da data em que a sentença condenatória passa em julgado para a acusação, já se inicia a contagem da prescrição da pretensão executória, ainda que pendente o trânsito em julgado para o réu e sua defesa técnica, malgrado a decisão só se torne definitiva na ocorrência deste último.

Vê-se, pela análise conjunta dos termos do artigo 112, inciso I^[4], c.c. o artigo 110, *caput*^[5], ambos do Código Penal, que na hipótese de condenação do réu pode haver a fluência paralela de dois prazos de prescrição: da pretensão punitiva intercorrente (por eventual interposição de recurso, por exemplo) e da pretensão executória.

Explica-se, exemplificando-se: Réu, em 06.10.2000, é condenado ao cumprimento de dois anos de reclusão. A sentença é publicada em cartório em 10.10.2000. O Ministério Público não recorre, transitando a condenação, para a acusação, em 30.10.2000. O réu, intimado, apela e, na sessão de julgamento ocorrida em 08.10.2004, tem seu recurso desprovido pelo Tribunal de Justiça, sucedendo-lhe o trânsito em julgado em 03.11.2004.

Nessa amostra, verifica-se que a fluidez do prazo prescricional da prescrição da pretensão punitiva intercorrente (que iniciou no dia 10.10.2000) e da prescrição da pretensão executória (que começou no dia 30.10.2000) transcorre simultaneamente a partir do dia 30.10.2000 até o dia 09 de outubro de 2004, data em que se dará a prescrição da pretensão punitiva intercorrente.

Urge destacar, a propósito, a irrelevância da data da publicação do acórdão (ou a do trânsito em julgado para a acusação em relação a este), pois a interrupção do lapso prescricional inserta no artigo 117, inciso IV, do Código Penal^[6], relaciona-se apenas e tão somente ao curso da prescrição da pretensão estatal punitiva, não da executória.

Registre-se, por fim, que a imposição do trânsito em julgado para a promoção da execução das penas restritivas de direito, prevista no artigo 147, da Lei nº 7.210/1984^[7], não tem o condão de alterar o desate aqui materialmente adotado.

Ora, exigir o trânsito para ambas as partes como termo inicial da contagem do lapso prescritivo da pretensão executória, em desacordo com o texto expresso de lei, constituiria a inauguração de novo marco interruptivo da prescrição, não previsto no rol taxativo do artigo 117, do Código Penal, em intolerável afronta ao princípio da reserva legal e à vedação da aplicação de qualquer analogia em prejuízo do acusado.

Notas:

^[1] in “Código Penal Interpretado”, Ed. Atlas, 9ª edição, 2015, pág. 706.

^[2] in “Código Penal Comentado”, Ed. Forense, 14ª edição, 2014, pág. 626.

^[3] in “Tratado de Direito Penal”, Ed. Saraiva, 10ª edição, 2006, pág. 883.

^[4] No caso do art. 110 deste Código, a prescrição começa a correr: (I) do dia em que transita em julgado a sentença condenatória, para a acusação, ou a que revoga a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional.

^[5] A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente.

^[6] O curso da prescrição interrompe-se: (IV) pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis.

^[7] Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares.

REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO: ADSTRIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL AO LEADING CASE

MILENA TENÓRIO DE LEMOS: Conciliadora no Tribunal de Justiça de Pernambuco. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (2014). Pós-graduada em Direito Público pela Universidade Anhanguera-Uniderp (2016). Pós-graduanda em Direito Constitucional pelo Instituto Elpídio Donizetti (2017).

RESUMO: O presente estudo se destina a analisar o instituto da repercussão geral, criado pela EC nº 45/2004, que inseriu o §3º no art. 102 da CF/88, o qual foi posteriormente detalhado pela Lei nº 11.418/2006. Dessa maneira, estuda-se o referido instituto jurídico no âmbito da propositura e julgamento do recurso extraordinário interposto perante o Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: This study aims to analyze the institute of general repercussion, created by EC nº 45/2004, which added §3 in art. 102 of CF/88, which was later regulated by Law 11.418/2006. In this way, the aforementioned legal institute is studied in the scope of the filing and judgment of the extraordinary appeal filed before the Federal Supreme Court.

1. INTRODUÇÃO

Como inegável forma de reconhecimento da crescente objetivização do controle concreto, o instituto da repercussão geral se traduz como um requisito de admissibilidade do recurso extraordinário dirigido ao Supremo Tribunal Federal e se fundamenta na necessidade fática existente de que a Corte Suprema se limite a julgar as causas que verdadeiramente possuam relevância jurídica, política, social e econômica. Dessa forma, tais causas transcendem os simples interesses individuais em prol da celeridade, economia processual e razoável duração do processo face a uma sociedade complexa com multiplicidade de demandas e desejos. Nesse contexto, questiona-se a adstrição do STF ao leading

case em que houve a deliberação pela repercussão geral no julgamento de mérito de repercussão geral deliberada em recurso extraordinário.

2. DESENVOLVIMENTO

A repercussão geral das questões constitucionais deliberadas para conhecimento do recurso extraordinário é instrumento pelo qual o STF seleciona um caso concreto para julgamento e o decidido ali valerá para outras causas similares de modo que a solução tomada consista numa uniformização da interpretação, resultando em resolução célere das demais causas paralelas (efeitos vinculantes). Em outras palavras, a Magna Corte não julga mais todos os recursos os quais lhe forem dirigidos, mas apenas a tese que for apresentada nos recursos representativos. Dessa maneira, o tratamento dos casos como standards ou temas (leading cases) possibilita a libertação do paradigma de processo subjetivo, sobressaindo, da aparência de um processo de partes que termina sendo apenas um pretexto para atuação do Tribunal Constitucional avaliar o seu tema em geral, tal qual em um processo objetivo.^[1]

Embora seja garantido constitucionalmente a todos os cidadãos o acesso à justiça, essa importante regra evita que o STF seja sobrecarregado e acabe por julgar brigas particulares de vizinhos como, por exemplo, “furto” de galinhas, as quais anteriormente já foram examinadas pela mais alta Corte do país. Dessa forma, resta desafogado o trâmite processual e é possibilitado o exame de causas mais importantes e urgentes para a sociedade como um todo.^[2]

Por outro lado, vige no ordenamento jurídico brasileiro o princípio da demanda, nos ditames do qual o juiz deve julgar nos limites do que lhe é pedido e apresentado nos autos. Não poderia, assim, proferir um julgamento nem aquém (citra petita) nem além (ultra petita). Não obstante, essa limitação processual vai de encontro a sistemática atualmente posta para julgamento dos recursos extraordinários, uma vez que não é razoável deixar sobrestados vários processos, os quais contém questões subjetivas completamente diferentes e deveriam se pôr ao jugo ao sucesso do processo considerado representativo da controvérsia. Além disso, tal forma de julgamento terminaria por não cumprir sua missão, qual seja a pacificação célere dos conflitos, já que a imprescindibilidade de similaridade de questões subjetivas impossibilitaria os julgamentos.

Nesse sentido, tem-se que o STF não fica adstrito a considerar somente a controvérsia colocada no caso em análise. A Corte Magna tem a faculdade de controlar a constitucionalidade de uma norma de modo mais amplo e abstrato, indo além do caso concreto examinado. Dessa maneira, é mister que não haja vinculação ao *leading case*. Tal posicionamento foi encampado pelo STF no RE nº. 579.951/RN, no qual foi analisada o caso de nepotismo ocorrido entre um motorista terceirizado e um secretário de município. Esse era o *leading case* que deu azo ao debate. Contudo, devido a evidente relevância social, a decisão não apenas envolveu a matéria, mas também foi além e meditou sobre o nepotismo no âmbito dentro da administração pública de Municípios, Estados e União, bem como no que tange aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, ensejando a edição a Súmula Vinculante nº. 13.^[3]

Nessa toada, a doutrina também entende que é assegurado ao STF ir além do *leading case* em que foi deliberada a repercussão geral, uma vez que se até os fatos podem ultrapassar a lide, conclui-se que o julgamento do mérito da controvérsia pode correr em causa distinta daquela decidida pela repercussão geral, mormente caso as questões em jogo forem idênticas ou muito similares.^[4]

3. CONCLUSÃO

Ex positis, conclui-se que o requisito de admissibilidade da repercussão geral para os recursos extraordinários dirigidos ao STF constitui um instrumento de objetivação, ou abstrativização do controle de constitucionalidade difuso. Nessa toada, em nome da celeridade processual, da segurança jurídica e da razoável duração do processo, é possível falar em extrapolação dos efeitos da decisão, não restando essa limitado ao caso concreto. Por outro lado, em outras palavras, é possível afirmar que o STF não estaria adstrito ao *leading case* em que for deliberada a repercussão geral.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. Forense: Rio de Janeiro. 2008.

AQUINO, Marcela A. **No julgamento de mérito de repercussão geral, está o STF adstrito ao *leading case* em que houve a deliberação**

pelo seu reconhecimento? Disponível em <
<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,no-julgamento-de-merito-de-repercussao-geral-esta-o-stf-adstrito-ao-leading-case-em-que-houve-a-deliberacao-pe,47102.html>> Acesso em 18 set 2017.

COSTA, Marcelo Bacchi Corrêa da. **Recurso Extraordinário com manifestação pela Repercussão Geral. Possibilidade de julgamento do mérito da repercussão em outro caso semelhante.** Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11327>. Acesso 19 set 2017.

CUNHA JÚNIOR , Dirley. **Curso de Direito Constitucional.** 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SCHREIBER, Rafael. [No mérito de repercussão geral, STF está adstrito ao leading case?](#). **Revista Jus Navigandi**, Teresina, [ano 19, n. 4162, 23 nov. 2014](#). Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/30751> Acesso em 18 set 2017.

Notas:

[1] AQUINO, Marcela A. **No julgamento de mérito de repercussão geral, está o STF adstrito ao leading case em que houve a deliberação pelo seu reconhecimento?**

Disponível em < <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,no-julgamento-de-merito-de-repercussao-geral-esta-o-stf-adstrito-ao-leading-case-em-que-houve-a-deliberacao-pe,47102.html>> Acesso em 18 set 2017.

[2] LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 1016.

[3] SCHREIBER, Rafael. [No mérito de repercussão geral, STF está adstrito ao leading case?](#). **Revista Jus Navigandi**, Teresina, [ano 19, n.](#)

[4162](#), [23 nov. 2014](#). Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/30751>>. Acesso em: 18 set. 2017.

[4] COSTA, Marcelo Bacchi Corrêa da. **Recurso Extraordinário com manifestação pela Repercussão Geral. Possibilidade de julgamento do mérito da repercussão em outro caso semelhante**. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11327>. Acesso 19 set 2017.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO COM ENFOQUE NOS PRESÍDIOS BRASILEIROS

LAÍS NUNES DE OLIVEIRA

RESUMO: O presente trabalho tem por escopo a análise da responsabilidade civil do Estado no que se refere às más condições dos presídios brasileiros, com fulcro na Teoria do Risco Criado. Com fundamento na responsabilidade civil objetiva do Poder Público, este tem o dever não só de indenizar o detento em razão da ofensa à sua integridade física e moral, mas também de reformar e contruir novos presídios, com a devida previsão orçamentária. Demonstrar-se-á, nesse desiderato, a sucumbência da reserva do possível em face do princípio da dignidade da pessoa humana, se não comprovada objetivamente a insuficiência de recursos públicos. Para isso, proceder-se-á à uma análise jurisprudencial acerca do tema, com o intuito de atestar a progressiva judicialização do tema, com vistas a reverter o atual “Estado de Coisas Inconstitucionais” em que se encontra o sistema penitenciário brasileiro, com massiva violação dos direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Presídios; más condições; Estado; responsabilidade objetiva; jurisprudência.

ABSTRACTThe present work aims to analyse the civil responsibility of the State, regarding to the bad conditions of brazilian prisons, with a focus on the Risk Theory. Based on the objective civil responsibility of the Public Power, it has the duty not only to indemnify the detainee because of his physical and moral strength, but also to reform and build new prisons, with the proper budgetary forecast. It will be demonstrated, in this objective, a fallacy of the reserve of the possible in the face of the principle of the dignity of the human person, if it is not proved objectively the insufficiency of public resources. To this end, a case-law analysis will be carried out on the subject, with the aim of verifying a progressive judicialization of the subject, with a view to reversing the current "State of Unconstitutional Things" in which it is in the Brazilian penitentiary system, with massive Violation of fundamental rights.

KEY WORDS: Jail; bad conditions; State; objective responsibility; jurisprudence.

SUMÁRIO: Introdução. Desenvolvimento. 1. Responsabilidade civil: aspectos gerais. 2. Responsabilidade do Estado. 2.1. Aspectos gerais. 2.2. Evolução histórica da responsabilidade do Estado. 2.3. Caracterização e pressupostos da responsabilidade do Estado. 3. Responsabilidade estatal quanto à situação dos presídios. 3.1. A reserva do possível em contraposição ao mínimo existencial. 3.2. Controle judicial das políticas públicas: inafastabilidade da jurisdição. 3.3. Da análise jurisprudencial do tema. 3.3.1. Possibilidade de o Judiciário impor a realização de obras em presídios para garantir direitos fundamentais (RE 592581/RS). 3.3.2. Dever do Estado de indenizar o preso que se encontra em situação degradante (RE 580252/MS). Conclusão. Referências.

Introdução

A responsabilidade civil do Estado no ordenamento jurídico brasileiro é disciplinada no art. 37, §6º, CF/88, o qual impõe às pessoas jurídicas de direito público e às de direito privado prestadoras de serviços públicos a responsabilização objetiva, isto é, independente de culpa, pelos danos causados a terceiros.

No entendimento da doutrina majoritária, essa responsabilidade é guiada pela Teoria do Risco Administrativo, que, diferentemente da Teoria do Risco Integral, admite excludentes de responsabilidade. No caso da omissão estatal, entretanto, a responsabilidade é em regra subjetiva, devendo o interessado demonstrar a má prestação do serviço (“faute du service”).

Mas a omissão estatal, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, pode ser objetiva em determinadas circunstâncias em que o Estado cria situações de risco sem as quais não ocorreria o dano, assumindo, pois, grande risco de gerar dano a particulares. É o que ocorre no caso dos detentos de presídio, no qual se aplica a teoria do Risco

Criado (risco suscitado), em que há responsabilidade objetiva do Estado pelos danos causados ao custodiado.

No âmbito dos presídios brasileiros, destarte, vigora um “Estado de Coisas Inconstitucional”, diante da existência de um quadro de violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais, causado pela inércia das autoridades públicas em modificar a conjuntura, tornando necessárias transformações estruturais da atuação do Poder Público e a atuação das autoridades para modificar a situação inconstitucional.

Nesse diapasão, buscar-se-á, neste trabalho, uma reflexão crítica sobre a questão, em contraponto com argumentos apontados pelo Estado nas ações judiciais contra ele intentadas, afim de demonstrar a necessidade de promoção dos direitos fundamentais do preso, não obstante as limitações financeiras do Poder Público.

1. Responsabilidade civil: aspectos gerais

Na forma consagrada pelo Código Civil de 2002, em seu art. 186, “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. São quatro, pois, os elementos caracterizadores da responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro: ação ou omissão, culpa ou dolo do agente, nexo de causalidade e dano a outrem.

No que concerne à responsabilidade civil, ademais, pode esta se apresentar em duas diferentes modalidades: contratual e extracontratual (também chamada “aquiliana”). Quando deriva da prévia relação contratual existente entre as partes, seja em razão de inadimplemento total, seja por ocorrência de mora no cumprimento do estabelecido entre as partes, fala-se em responsabilidade contratual. Por outro lado, havendo tão somente a infringência de um dever legal, inexistindo vínculo jurídico entre a vítima e o causador, ocorre a responsabilidade extracontratual, alvo deste trabalho.

Em conformidade com as disposições do Código Civil, a culpa, em regra, é necessária para caracterização da responsabilidade, juntamente

com o dano e o nexo causal entre este e a conduta. Não obstante, estabelece o parágrafo único do art. 927, CC/02 que:

Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

O supracitado dispositivo legal trata da chamada responsabilidade objetiva, na qual, para que haja o dever de indenizar, basta a comprovação da conduta e do nexo de causalidade entre esta e o dano, independentemente do elemento subjetivo do agente.

Para justificar a responsabilidade objetiva, a doutrina expõe a teoria do risco, segundo a qual determinadas atividades, quando exercidas, criam, por esse fato, risco de dano a terceiros, havendo o dever de indenizar ainda que a conduta seja desprovida de culpa. Assim explica Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 49):

A responsabilidade civil desloca-se da noção de culpa para a ideia de risco, ora encarada como “risco-proveito”, que se funda no princípio segundo o qual é reparável o dano causado a outrem em consequência de uma atividade realizada em benefício do responsável (*ubi emolumentum, ibi onus*); ora mais genericamente como “risco criado”, a que se subordina todo aquele que, sem indagação de culpa, expuser alguém a suportá-lo.

Importa ressaltar que a Constituição Federal de 1988 não adotou a teoria da responsabilidade objetiva sob a modalidade do risco integral como regra. Portanto, mesmo havendo responsabilidade objetiva, a existência de excludentes de responsabilidade afasta o dever de indenizar

no caso concreto, como ocorre com as hipóteses de culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, força maior, caso fortuito.

2. Responsabilidade do Estado

2.1. Aspectos gerais

A responsabilidade do Estado, diferentemente daquelas correntemente destacadas no Código Civil, direcionada aos particulares, é pautada por princípios específicos, os quais decorrem da posição jurídica que ocupa na sociedade, motivo pelo qual se afigura mais abrangente do que a responsabilidade decorrente de atos de pessoas privadas.

Esse dever do Estado de indenizar os particulares pelos danos causados em decorrência de sua atuação decorre da já explicitada responsabilidade extracontratual, vez que não advém de qualquer contrato ou vínculo jurídico prévio com a vítima.

Percebe-se a produção de danos mais intensos, quando ocasionados por atividades estatais, decorrentes, ainda, de situações corriqueiramente distintas das ensejadoras de responsabilidade civil dos particulares. A esse respeito, merecem transcrição as palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Com efeito: seja porque os deveres públicos do Estado o colocam permanentemente na posição de obrigado a prestações multifárias das quais não se pode furtar, pena de ofender o Direito ou omitir-se em sua missão própria, seja porque dispõe do uso normal de força, seja porque seu contato onímodo e constante com os administrados lhe propicia acarretar prejuízos em escala macroscópica, o certo é que a responsabilidade estatal por danos há de possuir fisionomia própria, que reflita a singularidade de sua

posição jurídica. Sem isto, o acobertamento dos particulares contra os riscos da ação pública seria irrisório e por inteiro insuficiente para resguardo de seus interesses e bens jurídicos (2013, p. 1013).

Igualmente, destaca-se que os particulares não dispõem de poder suficiente para impedir os efeitos da atuação danosa do Estado sobre seus bens, direitos e interesses, vez que a este cabe definir seus parâmetros de atuação e as correspondentes consequências jurídicas, a serem suportadas por aqueles em face do princípio da supremacia do interesse público, que pauta o regime jurídico-administrativo a que rege o Poder Público.

Assevera-se, ainda, que os danos causados pelo Estado são provenientes de sua atuação na satisfação do interesse público, isto é, seu desempenho em prol da coletividade em geral, em conformidade com seu interesse primário. Não se mostra justo, desse modo, que apenas algum ou alguns dos administrados sofram as consequências negativas das atividades desenvolvidas pelo Poder Público em proveito de todos.

Pelos motivos expostos, a responsabilidade do Estado obedece a regras próprias, que visam compatibilizar as peculiaridades da pessoa jurídica de direito público com os possíveis danos advindos de suas atividades, resguardando-se, o quanto possível, o patrimônio privado em face dos riscos ligados às ações e omissões estatais.

Ante o exposto, verifica-se, na história brasileira e no direito comparado, uma evolução da responsabilidade estatal, com sua progressiva ampliação, visando proteger, cada vez mais, os interesses privados lesados pelos atos públicos.

Atualmente, reconhece-se a responsabilidade do Estado até mesmo em face de atos legislativos, quando de efeitos concretos ou, no caso de leis formais, ou materiais, declaradas inconstitucionais, por

controle concentrado de constitucionalidade, ensejando dano específico a alguém.

Até mesmo atos jurisdicionais podem ocasionar o dever de indenizar por parte do Estado, como no caso de erro judiciário, conforme expressa previsão constitucional no art. 5º, LXXV (“o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”).

Com a evolução da responsabilidade do Estado, conforme será demonstrado a seguir, passou-se da absoluta irresponsabilidade estatal e posterior responsabilidade subjetiva à responsabilidade objetiva, que, conforme explicitado anteriormente, independe da comprovação de dolo ou culpa, sendo bastante a conduta e o nexo de causalidade entre esta e o dano para a obrigação de indenizar a vítima.

2.2. Evolução histórica da responsabilidade do Estado

De fato, durante o século XIX, prevalecia a ideia de que o Estado era destituído de responsabilidade pelos atos praticados por seus agentes, com a imposição absoluta do princípio da soberania. Vigorava a frase “*the king can do no wrong*”, isto é, o rei não comete erros, de forma que a atuação estatal era considerada sempre legítima, independentemente dos danos causados aos particulares.

Alguns países, como a França, foram admitindo a responsabilização do Estado quando leis específicas a previssem explicitamente, não mais representando, pois, completa desproteção dos administrados em face dos comportamentos estatais. Impera ressaltar que, nesse período, admitia-se o dever estatal de indenizar tão somente quando houvesse expressa previsão legal para o caso em espeque. Caso contrário, prevalecia a impunidade do governante.

Com o tempo foi-se abandonando a teoria da irresponsabilidade do Estado e surgindo a responsabilidade estatal por ação culposa do agente, na chamada doutrina civilista da culpa. Aqui, mostrava-se importante a distinção entre atos de império e atos de gestão, de modo que estes se assemelham aos atos privados, ao passo que aqueles decorrem da soberania estatal.

No caso da prática de atos de gestão, seria possível a responsabilização do Estado, se demonstrada culpa na atuação do agente, mas se a hipótese fosse de ato de império, continuava a inexistir a responsabilidade estatal, em atenção às regras tradicionais de direito público.

Evoluiu-se, então, para a teoria da culpa administrativa, na qual não mais se mostrava necessária a identificação do agente específico causador do dano, sendo suficiente a comprovação do mau funcionamento do serviço público. É a chamada culpa anônima ou falta do serviço, ainda hoje vigente para casos de omissão estatal. Acerca da matéria, explica José dos Santos Carvalho Filho:

A falta do serviço podia consumir-se de três maneiras: a inexistência do serviço, o mau funcionamento do serviço ou o retardamento o serviço. Em qualquer dessas formas, a falta do serviço implicava o reconhecimento da existência de culpa, ainda que atribuída ao serviço da Administração. Por esse motivo, para que o lesado pudesse exercer seu direito à reparação dos prejuízos, era necessário que comprovasse que o fato danoso se originava do mau funcionamento do serviço e que, em consequência, teria o Estado atuado culposamente. Cabia-lhe, ainda, o ônus de provar o elemento culpa (2014, p. 556).

Por fim, passou-se a consagrar a responsabilidade objetiva do Estado, dispensando-se aferimento de culpa ou dolo por parte do agente para reconhecimento do dever estatal de indenizar. Não obstante, ressalta-se a possibilidade de exclusão da responsabilidade por eventos que rompam o nexo de causalidade, como ocorre com a culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, força maior ou caso fortuito.

2.3. Caracterização e pressupostos da responsabilidade do Estado

Em decorrência de fundamentos políticos e jurídicos, relacionados à supremacia do Estado em face dos particulares, alastrou-se a teoria da reponsabilidade objetiva no âmbito do direito público. Nesse sentido, esclarece José dos Santos Carvalho Filho:

Esses fundamentos vieram à tona na medida em que se tornou plenamente perceptível que o Estado tem maior poder e mais sensíveis prerrogativas do que o administrado. É realmente o sujeito jurídica, política e economicamente mais poderoso. O indivíduo, ao contrário, tem posição de subordinação, mesmo que protegido por inúmeras normas do ordenamento jurídico. Sendo assim, não seria justo que, diante dos prejuízos oriundos da atividade estatal, tivesse ele que se empenhar demasiadamente para conquistar o direito à reparação de danos.

Em face desse poder conferido ao Estado, teria ele que arcar com os riscos decorrentes de suas atividades, em consonância com a teoria do risco administrativo, que fundamenta a responsabilidade objetiva do Poder Público. Diferencia-se essa teoria da do risco integral, pois nesta não se admite excludentes de responsabilidade, tal como ocorre no âmbito dos danos ao meio ambiente.

Outrossim, verifica-se a repartição de encargos como fundamento, também, da responsabilidade objetiva do Estado, uma vez que este, ao ser condenado à reparação de determinado prejuízo, se utilizaria dos valores provenientes das contribuições da sociedade, a qual, afinal, é a beneficiária dos poderes e das prerrogativas estatais.

Nesse sentido, dispõe o CC/02, em seu art. 43:

As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado o direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

Da mesma forma, a CF/88, no art. 37, §6º, estabelece:

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

Desses dispositivos depreendem-se os pressupostos básicos para caracterização da responsabilidade do Estado. De início, verifica-se que este só pode ser obrigado a reparar o dano caso o agente tenha agido nessa qualidade, isto é, no exercício de suas funções ou, ao menos, a pretexto de exercê-la. Caso contrário, a responsabilidade seria pessoal do agente e regida pelo direito civil, não havendo de ser imputada ao Estado.

Nesse caso, não importa, para fins de responsabilidade estatal, se o agente agiu de forma culposa ou dolosa, mas apenas se a sua qualidade de agente público fora determinante para a conduta lesiva. O elemento

subjetivo da conduta do agente tem relevância apenas para eventual ação de regresso do Estado em face deste, pois que necessária a comprovação de culpa ou dolo na hipótese.

Tem-se como pressuposto, ademais, da responsabilidade objetiva do Estado, a ocorrência de fato administrativo, consubstanciado em conduta comissiva ou omissiva, legítima ou ilegítima do Poder Público, por meio do agente que atua como tal. Além disso, requer-se a prova do prejuízo, já que se o lesado não provar que a conduta estatal tenha lhe causado dano, inexistente reparação a ser postulada. Por fim, deve ser demonstrada a relação de causalidade entre o fato administrativo e o dano.

Assim, existindo fatos imprevisíveis que rompam o nexo de causalidade, ou, ainda, participação do lesado, de maneira que, se ele tiver sido o único causador de seu próprio prejuízo, ou caso tenha contribuído de alguma forma para a ocorrência do dano, pode-se excluir ou atenuar a responsabilidade estatal por sua reparação.

Por fim, impera destacar que, para a responsabilização do Estado, é necessário que a vítima, ao propor ação reparatória, se desincumba do ônus de provar suas alegações, comprovando a presença, no caso, dos pressupostos essenciais caracterizadores da responsabilidade do Poder Público (conduta, nexo causal e dano). Ao Estado, por sua vez, cabe a contraprova de tais alegações.

3. Responsabilidade estatal quanto à situação dos presídios

Quando o Estado recolhe um indivíduo ao presídio, passa a ter responsabilidade sob sua guarda, na condição de garantidor, devendo-lhe assegurar condições de segurança e saúde. Assim, torna-se obrigatória uma atuação estatal positiva, assegurando os direitos dos presidiários, inclusive no que concerne à estrutura do estabelecimento prisional, a fim de que não lhes ofenda o mínimo existencial inerente à sua dignidade.

O Estado, portanto, deve garantir ao preso sua integridade física e moral durante a segregação, conforme art. 5º, inciso XLIX, CF/88, o que se mostra incompatível com celas superlotadas e destituídas de mínimas condições de higiene. Não sendo cumprido o dever estatal, haverá sua responsabilização.

3.1. A reserva do possível em contraposição ao mínimo existencial

O mínimo existencial decorre diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana, princípio fundamental e informador de todo o ordenamento jurídico brasileiro, elencado no art. 1º, III da Constituição Federal de 1988 como fundamento da República Federativa do Brasil. Inviabiliza-se, em razão dele, atuação estatal lesiva injustificada violadora dos direitos fundamentais.

Esse postulado, pois, vem sendo alegado constantemente em demandas judiciais para questionar as condições em que vivem os detentos nos presídios brasileiros. Requer-se do Estado, nesse âmbito, a realização de reformas em presídios e a indenização de presos por submeterem-se a condições degradantes, tudo com vistas à proteção do mínimo existencial destes.

Conforme exposto, a preservação da dignidade dos presidiários, essencial à satisfação dos preceitos constitucionais, deve ser garantida. Não obstante, merece destaque também a chamada “reserva do possível”, alegada pelo Estado em defesa à busca judicial pela melhoria das condições dos presídios.

Trata-se de uma barreira à plena satisfação de todas as necessidades sociais pelo Estado, uma vez que a prestação positiva por parte deste encontra limite naquilo que se pode razoavelmente dele esperar. O Poder Público, nesse ínterim, não possui disponibilidade financeira suficiente para arcar com todo e qualquer gasto, devendo haver uma seleção daqueles considerados mais essenciais à sociedade.

Destarte, a reserva do possível tem seu fundamento básico na Lei 4.320/64, que estatui as normas gerais do direito financeiro e veda que o

Estado proceda à realização de receitas e despesas não contidas previamente nas leis orçamentárias. Visa-se, com isso, impedir que a deterioração do erário com valores imprevistos.

De fato, com a crescente valorização dos direitos fundamentais e do ideal da dignidade da pessoa humana, a falta de recursos do Estado se mostrou como uma barreira à plena satisfação das necessidades individuais e coletivas. Haveria, nesse sentido, uma limitação à satisfação dos direitos fundamentais prestacionais.

Por evidente, essa barreira fundada na capacidade econômica do Estado não há de ser desconsiderada, uma vez que este não pode, a partir de sua reserva orçamentária, atender a toda e qualquer situação de necessidade dos indivíduos, numa espécie de meta utópica de universalidade. Esta, invariavelmente, encontrará seu teto na reserva do possível.

Deve haver por parte do Estado, destarte, uma organização financeira, com a devida previsão orçamentária, de modo a garantir, na forma determinada pela Constituição Federal, a proteção dos direitos fundamentais dos detentos. Não o fazendo, cabe ao Poder Judiciário intervir, para satisfazer os direitos que, de forma inconstitucional, foram desconsiderados.

3.2. Controle judicial das políticas públicas: inafastabilidade da jurisdição

Nesse âmbito, é comum falar-se na atuação excessiva do Judiciário no que tange à criação de políticas públicas, em substituição ao Poder Executivo, alegando este que aquele estaria desrespeitando a esfera de discricionariedade administrativa, área na qual não deveria se imiscuir, diante da separação dos poderes. A satisfação do mínimo existencial dos detentos, entretanto, justifica a intervenção judicial no caso.

No julgamento do RE 592581, que será analisado em seguida, o ministro relator Ricardo Lewandowski, explica, sobre o tema:

Basta lembrar, nesse sentido, que uma das garantias basilares para a efetivação dos direitos fundamentais é o princípio da inafastabilidade da jurisdição, abrigado no art. 5º, XXXV, de nossa Constituição, segundo o qual “a lei não subtrairá à apreciação do poder judiciário qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito”.

[...]

Ora, salta aos olhos que, ao contrário do que conclui o mencionado aresto, existe todo um complexo normativo de índole interna e internacional, que exige a pronta ação do Judiciário para recompor a ordem jurídica violada, em especial para fazer valer os direitos fundamentais - de eficácia plena e aplicabilidade imediata - daqueles que se encontram, temporariamente, repita-se, sob a custódia do Estado.

Não se defende, importa destacar, a implementação das políticas públicas diretamente pelo Poder Judiciário, em clara ofensa à separação dos poderes, mas sim de dar concretização aos direitos fundamentais, expostos na Constituição da República, ante a omissão do Poder Público na satisfação das necessidades básicas detentos. Ao contrário, como exposto, vem-lhes sendo impostas condições desumanas nos presídios, com celas superlotadas e sem padrão mínimo de higiene.

Destarte, devidamente provocados, cabe aos magistrados atuar na garantia de direitos fundamentais básicos ignorados pelo Estado, não se transmudando, aqueles, em administradores públicos, mas tão somente exercendo sua atribuição constitucionalmente garantida, de satisfação das pretensões resistidas postas em litígio. Para isso, cabe ao Poder Judiciário determinar ao Poder Público a inclusão orçamentária das reformas nos presídios.

3.3. Da análise jurisprudencial do tema

Postas essas questões, passar-se-á a uma análise jurisprudencial do tema, de acórdãos recentes do Supremo Tribunal Federal, em que se resolveu pela possibilidade de o Judiciário impor a realização de reformas em presídios, bem como determinar a indenização ao presidiário, pelo Estado, em razão das condições degradantes destes.

Nesse âmbito, verificar-se-ão os conceitos de mínimo existencial em contraposição à reserva do possível, aliados à questão da interferência do Judiciário na satisfação dos direitos fundamentais dos presidiários.

3.3.1. Possibilidade de o Judiciário impor a realização de obras em presídios para garantir direitos fundamentais (RE 592581/RS)

O recurso extraordinário 592581 foi interposto pelo MP/RS contra acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul no âmbito de Ação Civil Pública, que entendeu pela impossibilidade de o Poder Judiciário adentrar em matéria reservada à Administração Pública, não podendo aquele determinar a esta a realização de obras em estabelecimento prisional, sob pena de indevida invasão em seu campo decisório.

Não obstante o reconhecimento, por parte do TJ local, de que a precariedade das condições a que estão submetidos os detentos do Albergue Estadual de Uruguaiana, alvo da ação, constitui violação de sua integridade física e moral, atentando contra os princípios constitucionais, decidiram os julgadores por manter entendimento jurisprudencial até então prevalecente, no sentido exposto.

Segundo o acórdão em questão, embora o texto constitucional disponha sobre os direitos fundamentais do preso, deve-se destacar a dificuldade na técnica de efetivação desses direitos, a saber se a obrigação imposta ao Estado constitui norma programática ou impositiva. Segundo o referido TJ, trata-se de disposição não autoexecutável, não cabendo ao Judiciário determinar ao Poder Executivo a realização de obras em prol do direito constitucional do preso, sob pena de substituir o administrador em sua atuação, de forma indevida.

A reserva do possível, no entendimento do supracitado tribunal, no que diz respeito aos direitos de natureza meramente programática, relaciona-se à possibilidade material do Estado e, ainda, com o poder de disposição por parte da Administração, no âmbito de sua discricionariedade.

Segundo o MP/RS, entretanto, a reserva do possível não se mostra como justificativa suficiente para o Executivo abster-se de suas obrigações constitucionais. Para alegar tal cláusula, seria necessária a demonstração de justo motivo, devendo, por outro lado, ser ela afastada quando implicar violação ao núcleo essencial dos direitos fundamentais. No caso concreto, não havendo sido contestado o péssimo estado de conservação do albergue, nem demonstrada a inexistência de recursos orçamentários, não merece prosperar alegação de insuficiência de recursos do Estado.

Nesse mesmo sentido foi fixada a tese de repercussão geral no STF, em 2015, no seguinte sentido:

É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes. (RE 592581, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 13/08/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016).

3.3.2. Dever do Estado de indenizar o preso que se encontre em situação degradante (RE 580252/MS)

O Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário 580252/MS, reconheceu a responsabilidade civil do Estado por danos

morais comprovadamente causados aos presos em razão da superlotação prisional e do encarceramento em circunstâncias desumanas ou degradantes. O descumprimento do dever estatal na garantia de condições dignas de encarceramento relaciona-se a uma deficiência crônica de políticas públicas, a qual há e ser suprida pelo Judiciário.

Segundo entendimento da Suprema Corte, o princípio da reserva do possível não pode ser considerado no âmbito da responsabilidade civil do Estado, mas apenas em hipóteses de concretização de direitos fundamentais prestacionais, dependentes da atuação positiva do Estado.

Nesse âmbito, não se poderia manter a impunidade das constantes violações aos direitos básicos dos presos, sob fundamento de que a indenização seria incapaz de eliminar o problema prisional, uma vez que tal argumento teria por consequência tão somente consolidar a situação desumana em que se encontram os presidiários no país.

Considerando-se, pois, que é dever do Estado a manutenção dos presídios conforme padrões mínimos de humanidade, configura responsabilidade sua, na forma do art. 37, § 6º da Constituição da República, o ressarcimento dos danos materiais e morais causados aos detentos ante a falta de condições legais de encarceramento.

A alegação da teoria da reserva do possível implicaria, no caso, uma negativa aos presos de direitos inerentes à integridade física e moral, como a proibição do tratamento desumano ou degradante, bem como das penas cruéis, conforme a CF de 1988. Ademais, não merece ser alegada a reserva do possível em casos que levem à anulação de direitos fundamentais conferidos pela Constituição.

Entendimento contrário ao esposado na tese fixada em repercussão geral opõe-se à indenização dos presidiários em face das condições precárias das penitenciárias, por não constituir resposta efetiva aos danos morais por eles suportados, uma vez que o detento permanecerá submetido às condições desumanas após a condenação do Estado.

Outrossim, tal como alegam os estados e municípios em suas defesas, a reparação monetária tem o condão de acarretar a multiplicação de demandas idênticas, levando a sucessivas condenações no mesmo sentido, agravando e perpetuando a violação à dignidade humana dos presos, ante a escassez dos recursos estatais.

Verifica-se, da análise de ambos os posicionamentos estampados, que a salvaguarda dos direitos fundamentais dos detentos de fato não será garantida por meio de indenizações pelas más condições dos presídios. Os escassos recursos do Estado devem ser direcionados a reformas efetivas dos presídios, na forma determinada pela tese fixada no recurso extraordinário 592581, anteriormente analisado, a fim de promover mudanças efetivas nas suas condições, privilegiando a dignidade dos presidiários.

O pagamento de indenização a indivíduos determinados, além de ofender o princípio da autonomia, impõe ao Estado a posição de garantidor universal, a qual não pode ser sustentada, ante a impossibilidade material deste de arcar com todo e qualquer dano sofrido por particulares.

Afigura-se necessário, pois, analisar detidamente a natureza e a gravidade da situação carcerária no país, para trilhar soluções que efetivamente garantam aos presos condições adequadas, conforme os padrões da Constituição Federal.

Conclusão

Diante do “Estado de Coisas Inconstitucional” atualmente vigente no país, reconhecido pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, verifica-se, no âmbito dos presídios brasileiros, uma violação massiva e generalizada dos direitos fundamentais de um número incontável de pessoas, ocasionada pela persistente omissão da Administração Pública no cumprimento de suas obrigações constitucionais.

É, por conseguinte, dever do Estado se organizar financeiramente para arcar com os custos das melhorias substanciais a que fazem jus os presídios brasileiros, com vistas à proteção dos direitos fundamentais dos

detento. Sendo omissa a atuação do Poder Público, é possível ao Judiciário intervir, excepcionalmente, no âmbito de atuação daquele, para garantir o mínimo existencial dos carcerários.

Não se visa sustentar, por meio deste trabalho, a substituição da Administração Pública pelo Judiciário na implementação das políticas públicas, o que ofenderia o princípio da separação dos poderes, mas tão somente a satisfação do mínimo constitucional aos detentos, para satisfação de suas necessidades essenciais. Para isso, busca-se a efetivação de medidas estruturais, a fim de que haja uma mudança substancial no quadro de violação generalizada que domina os presídios no país.

Referências

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 30ª ed. São Paulo: Método, 2013.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 24. Ed ver. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

FILHO, José dos Santos Carvalho Filho. **Manual de Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PIRES, Antônio. Mínimo existencial x Reserva do possível. Disponível em: < <http://antoniopires.jusbrasil.com.br/artigos/121940660/minimo-existencial-x-reserva-do-possive> |> Acesso em: 11/07/2017.

Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 11/07/2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 10° ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional.** 3. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário 592581/RS. Relator: Ministro Ricardo Lewandoswski. Acórdão eletrônico, Repercussão Geral – Publicado em 01-02-2016. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/592581.pdf> >. Acesso em: 12 jul. 2017.

A IDENTIDADE DE GÊNERO NO CENÁRIO JURÍDICO-SOCIAL

RENATA MOURA TUPINAMBÁ: graduada em Direito (Universidade Federal do Rio de Janeiro); pós-graduada em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Cândido Mendes; pós-graduanda pela Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro; aprovada nos Concursos para os cargos de Analista do Ministério Público do estado do Rio de Janeiro e Defensor Público Substituto do estado da Bahia.

RESUMO: A nova ótica constitucional, de valorização do indivíduo em sua essência, levanta debates recentes e atuais – entre eles, a questão da identidade de gênero. O tema não se limita às subjetividades do sentimento humano; é necessário que os juristas discutam a implementação de mecanismos que permitam o amplo exercício da Dignidade da Pessoa Humana – entre eles, a possibilidade de receber assistência pelo Sistema Único de saúde (SUS) e de ter o nome civil em compasso com a auto-percepção. É certo que não bastam os esforços para a efetivação das diversas medidas cabíveis – se faz necessário maior conscientização da sociedade como um todo.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Civil. Direito Constitucional. Identidade de gênero. Transgenitalização. Direitos da personalidade.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. A TRANSGENITALIZAÇÃO NO ATUAL CONTEXTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS; 3. ALGUMAS QUESTÕES QUE MERECEM REFLEXÃO; 4. O NOME COMO DIREITO FUNDAMENTAL; 5. CONCLUSÃO; 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

A redesignação de sexo está diretamente ligada à medicina como ciência, uma vez que dela dependem as pessoas que querem fazer alterações físicas, não importando para aquelas que não possuem essa necessidade. São várias as cirurgias a que o indivíduo transgênero mulher

tem acesso: desde a raspagem do “pomo de Adão”, passando pelo afinamento da cintura, até constituição do órgão genital feminino. O objetivo é fazer com que o aspecto físico desse indivíduo fique de acordo com o que ele espera de si próprio e com o que se apresenta e é conhecido em seu meio social e/ou familiar.

Mas não é só.

A transgenitalização não significa, necessariamente, apenas a alteração da genitália. Muitos são as pessoas transgêneros que não se submetem a esse tipo de intervenção, ou seja, realizam diversas cirurgias, mas não alteram a genitália. O tratamento hormonal, por vezes, já satisfaz o indivíduo quanto aos seus aspectos físicos, e reduz a números baixos os casos dos que recorrem à cirurgia.

Conforme agasalhado pela jurisprudência, e, recentemente, pelo STJ^[1], não permitir a mudança registral de sexo com base em uma condicionante meramente cirúrgica equivale a prender a liberdade desejada pelo transexual às amarras de uma lógica formal que não permite a realização daquele como forma de ser reconhecido por terceiros, mas principalmente a sua auto percepção de si próprio, construída ao longo de anos de muito sofrimento e preconceito.

2. A TRANSGENITALIZAÇÃO NO ATUAL CONTEXTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

No que tange aos direitos humanos fundamentais, inicialmente, o bem jurídico que inicialmente preponderava era o da propriedade e a liberdade de querer ser proprietário de alguma coisa. Em um segundo momento, o que preponderou foram os direitos públicos e de cidadania, isto é, o povo começou a querer ter voz. Em um terceiro momento, o foco passou a ser o direito às liberdades individuais. Vida privada e intimidade passaram a categoria de direito fundamental de todo ser humano.

Dessa forma, foram-se escalonando os direitos fundamentais até os dias de hoje, em que o amplo direito à dignidade engloba todos os anteriores. O direito da personalidade é um direito nato, intrínseco, aquele que o cidadão já traz com ele ao nascer: o direito a viver com dignidade,

receber tratamento digno, de dizer quem é e de expressar sua personalidade. Essa questão, então, se insere dentro de um contexto familiar e o que se busca hoje em dia é despatrimonializar a família, as relações de afeto e os direitos de liberdade sexual.

O movimento social para despatrimonialização do casamento ganhou força para fazer prevalecer questões emocionais, sentimentais e amorosas, reduzindo as imposições externas tanto para casar quanto para descasar. O divórcio, nesse contexto, virou direito potestativo de busca pela felicidade.

À despatrimonialização, somou-se a igualdade e a dignidade da família. Os papéis muito bem definidos de marido e esposa foram suplantadas pela igualdade de gênero e das condutas sociais, retirando-se o caráter desigual de dentro das famílias brasileiras. As comunidades conservadoras julgam que a luta por essa igualdade dentro do seio familiar prenuncia seu fim, o que não traduz a realidade, visto que os novos modelos de família se somam aos já existem e não os excluem do cenário.

A família continua sendo a célula mater da sociedade e, independentemente da sua formação (seja anaparental, pluriparental, adoção, etc.), mantém seu papel de núcleo, detentor do potencial dever de transmitir aos seus descendentes as primeiras regras de hierarquia, respeito e boas práticas de convivência social. Os direitos humanos da família buscam, exatamente, sobrepor o caráter humano ao patrimonialismo, às imposições e às desigualdades, fazendo prevalecer o direito à liberdade e felicidade junto à comunidade. Dessa forma, expande-se o conceito de família para uma unidade de afeto.

Barreiras culturais imprimiram ritmo lento à implementação dos princípios gerais de Liberdade, Igualdade e Dignidade. Todos os indivíduos, portanto, nascem livres, iguais e têm direito à dignidade. No Brasil, já foram criadas inúmeras leis que priorizam tais valores no ordenamento jurídico, como a lei que proíbe o racismo, e agora estamos à espera da lei contra a homofobia. Ainda lutamos contra grupos religiosos que se opõem a essa causa e admitem e até incentivam a homofobia,

desconsiderando o crescente número de casos de violência e mortes provocados pelos mais radicais.

3. ALGUMAS QUESTÕES QUE MERECEM REFLEXÃO

Nesse contexto, é fundamental entender a diferença entre homossexuais e transexuais. Esses últimos dizem respeito à questão de identidade de gênero, que é a convicção íntima de pertencer ao gênero feminino ou masculino, independentemente de como o outro quer que o indivíduo se sinta. É como ele se percebe. Já a homossexualidade tem relação com o sentimento; a quem o sentimento e o desejo sexual é direcionado. Por isso, não pode ser chamada de “opção” sexual, já que não se escolhe o sentimento: ele aflora, é algo natural que não se escolhe.

O Código Internacional de Doenças (CID), elaborado pela Organização Mundial da Saúde (OMS), traz a transexualidade como doença psiquiátrica. Todas as disfunções físicas e biológicas estão incluídas nesse código. A homossexualidade foi tratada como doença pelo CID até 1990. Quando foi retirada do código, em 17 de maio, a data ficou conhecida como Dia do Orgulho Gay (LGBT). A luta atual dos indivíduos transgênero é pelo reconhecimento da transgeneridade sem caráter patológico. Diversas associações médicas e psiquiátricas já retiraram a transexualidade do rol das doenças mentais, mas o Código Internacional de Doenças, que é mundialmente utilizado, permanece inalterado, o que acaba por perpetuar o preconceito já existente nas sociedades.

O processo transexualizador inclui várias etapas e procedimentos que se iniciam com acompanhamento psicológico, seguido por tratamento hormonal e cirurgias eletivas. O Sistema Único de Saúde (SUS) prevê atendimento a essas pessoas, sendo pacífico o entendimento da doutrina e jurisprudência sobre a possibilidade de custeio da cirurgia de transgenitalização pelo Estado, por meio do SUS.

Existe uma discordância no grupo transexual entre os que temem a saída da transexualidade do CID e a eventual perda dos direitos públicos e os que apoiam a retirada da classificação de doença por entenderem que o direito ao atendimento está assegurado dentro do direito à saúde sexual – devendo essa visão ser amplamente difundida entre os diversos setores da

sociedade, e, também, nos espaços de poder. É preciso conscientizar a opinião pública acerca do dever de respeito à identidade como direito individual fundamental, um dos vetores de uma vida digna.

Algumas crianças transgênero têm o privilégio de ter pais que buscam esclarecimento, e conseguem lidar com a situação de uma forma pacífica, compreensiva e acolhedora, mas a maioria, infelizmente, ainda têm desfechos cruéis, senão fatais, precedidos por atos de violência física e psicológica, episódios de agressão e abandono.

4. O NOME COMO DIREITO FUNDAMENTAL

O CNJ garante a desnecessidade da cirurgia de transgenitalização para alteração de nome e retificação de sexo jurídico no registro civil, respectivamente. Recentemente, o STJ, em decisão inovadora e condizente os novos rumos tomados pelo ordenamento jurídico brasileiro pós Constituição de 1988, dispensou qualquer tipo de obrigatoriedade de cirurgia para modificação dos assentos civis das pessoas. Este julgado se apresenta como um importante precedente na seara dos direitos individuais e da personalidade.

O que se observa é que a designação sexual assentada no primeiro registro leva em consideração somente a observação física, que, com o tempo, pode ser suplantada pelo aspecto do sexo psicológico; pela real identidade e representação de gênero dos indivíduos que buscam a retificação civil de seu nome e a redesignação sexual como meio de promoção de sua dignidade, cidadania e bem estar. A falha primária acometida sobre a transexualidade é um engano no primeiro registro do tipo sexual, determinado ao nascer, e apenas em observância dos fatores biológicos, mas que, com o passar dos anos, demonstra-se incoerente com o aspecto do sexo psicológico e da real identidade de gênero. A busca é pela reparação desse engano; para que adquira sua real identidade registral, podendo ser identificado publicamente através de seus registros civis em total coerência com sua representação de gênero e nome frente à sociedade.

O entendimento foi firmado pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao acolher pedido de modificação de prenome e de gênero de transexual que apresentou avaliação psicológica pericial para demonstrar identificação social como mulher. Para o colegiado, o direito dos transexuais à retificação do registro não pode ser condicionado à realização de cirurgia, que pode inclusive ser inviável do ponto de vista financeiro ou por impedimento médico.

No pedido de retificação de registro, a autora afirmou que, apesar de não ter se submetido à operação de transgenitalização, realizou intervenções hormonais e cirúrgicas para adequar sua aparência física à realidade psíquica, o que gerou dissonância evidente entre sua imagem e os dados constantes do assentamento civil. Tal decisão é de tamanha importância para conjuntura atual de preconceito e homofobia em que vivemos, que cabe aqui colocá-la na íntegra:

Ação de retificação de registro de nascimento. Troca de prenome e do sexo (gênero). Pessoa transexual. Cirurgia de transgenitalização. Desnecessidade. **DESTAQUE** O direito dos transexuais à retificação do prenome e do sexo/gênero no registro civil não é condicionado à exigência de realização da cirurgia de transgenitalização. **INFORMAÇÕES DO INTEIRO TEOR** A controvérsia está em definir se é possível a alteração de gênero no assento de registro civil de pessoa transexual, independentemente da realização da cirurgia de transgenitalização (também chamada de cirurgia de redesignação ou adequação sexual). Inicialmente, e no que diz respeito aos aspectos jurídicos da questão, infere-se, da interpretação dos arts. 55, 57 e 58 da Lei n. 6.015/73 (Lei de Registros Públicos), que o princípio da imutabilidade do nome, conquanto de ordem pública, pode ser mitigado quando sobressair o interesse individual ou o benefício social da alteração, o que reclamará, em todo caso, autorização judicial, devidamente

motivada, após audiência do Ministério Público. Quanto ao ponto, cabe destacar ser incontroversa a possibilidade de alteração do prenome, na medida em que o Tribunal de origem manteve a sentença que rejeitou tão somente o pedido de alteração do gênero registral da transexual mulher. Ocorre que a mera alteração do prenome das pessoas transexuais, não alcança o escopo protetivo encartado na norma jurídica infralegal, além de descurar da imperiosa exigência de concretização do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Isso porque, se a mudança do prenome configura alteração de gênero (masculino para feminino ou vice-versa), a manutenção do sexo constante no registro civil preservará a incongruência entre os dados assentados e a identidade de gênero da pessoa, a qual continuará suscetível a toda sorte de constrangimentos na vida civil, configurando-se flagrante atentado a direito existencial inerente à personalidade. Nesse contexto, o STJ, ao julgar casos nos quais realizada a cirurgia de transgenitalização, adotou orientação jurisprudencial no sentido de ser possível a alteração do nome e do sexo/gênero das pessoas transexuais no registro civil – entendimento este que merece evolução tendo em vista que a recusa de modificação do gênero nas hipóteses em que não realizado tal procedimento cirúrgico ofende a cláusula geral de proteção à dignidade da pessoa humana. Vale lembrar que, sob a ótica civilista, os direitos fundamentais relacionados com a dimensão existencial da subjetividade humana são também denominados de direitos de personalidade. Desse modo, a análise do tema reclama o exame de direitos humanos (ou de personalidade) que guardam significativa interdependência, quais sejam: direito à liberdade,

direito à identidade, direito ao reconhecimento perante a lei, direito à intimidade e à privacidade, direito à igualdade e à não discriminação, direito à saúde e direito à felicidade. Assim, conclui-se que, em atenção à cláusula geral de dignidade da pessoa humana, a jurisprudência desta Corte deve avançar para autorizar a retificação do sexo do indivíduo transexual no registro civil, independentemente da realização da cirurgia de adequação sexual, desde que dos autos se extraia a comprovação da alteração no mundo fenomênico (como é o caso presente, atestado por laudo incontroverso), cuja averbação, nos termos do § 6º do artigo 109 da Lei de Registros Públicos, deve ser efetuada no assentamento de nascimento original, vedada a inclusão, ainda que sigilosa, da expressão transexual ou do sexo biológico.

REsp 1.626.739-RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, por maioria, julgado em 9/5/2017, DJe 1/8/2017.

O relator do referido recurso especial, ministro Luis Felipe Salomão, lembrou em seu voto inicialmente que, como Tribunal da Cidadania, cabe ao STJ levar em consideração as modificações de hábitos e costumes sociais no julgamento de questões relevantes, observados os princípios constitucionais e a legislação vigente. Além disso, na hipótese específica dos transexuais, o ministro entendeu que a simples modificação de nome não seria suficiente para a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana e que também seriam violados o direito à identidade, o direito à não discriminação e o direito fundamental à felicidade. [2]

Pode-se dizer, então, que o nome registral de um indivíduo é um elemento de identificação. O nome no registro civil, se presta a duas funções sociais, ambas identificadoras: o indivíduo se identificar e fazer com que a sociedade o identifique. A partir do momento que esse registro passa a não cumprir essa função social, é preciso revê-lo juridicamente.

Quanto aos argumentos no sentido de que a alteração do nome poderia ocultar aqueles que desejam finalidades ilícitas, é certo que nome não configura mais um fator determinante na segurança pública. Na verdade, é de somenos importância quando se dispõe de tantos outros recursos como a digital, a íris, a curvatura da mão e o reconhecimento facial. A tecnologia é que traz segurança e não o nome, que é um fator de relevância enquanto vetor de inclusão social.

A identidade é, portanto, um fator de inclusão social, mas não de segurança pública, uma vez que somente o nome é alterado, os números dos documentos como CPF e carteira de identidade continuam os mesmos.

Nas palavras do ministro Salomão: “ademais, impende lembrar que o princípio geral da presunção de boa-fé vigora no ordenamento jurídico. Assim, eventuais questões novas deverão ser sopesadas, futuramente, em cada caso concreto aportado ao Poder Judiciário, não podendo ser invocados receios ou medos fundados meramente em conjecturas dissociadas da realidade concreta”.

Ainda sobre esse aspecto, o direito ao segredo de justiça preserva a privacidade do indivíduo transgênero sem que represente qualquer perigo para a sociedade, restringindo o assunto ao âmbito dos diretamente interessados. Dessa forma, ampliam-se as chances de integrá-lo e mantê-lo resguardado de qualquer tipo de discriminação.

5. CONCLUSÃO:

Reconhecer o indivíduo frente à sua própria identidade é respeitá-lo enquanto pessoa e cidadão - e não trará nenhum prejuízo à sociedade, gerando, ao contrário, enorme bem-estar, dignidade e sentimento de justiça, conduzindo à uma convivência harmônica e respeitosa entre todos que a compõem, com todas as suas diversidades raciais, sexuais, étnicas, etc.

Sem ter uma identidade civil compatível com a aparência, torna-se impossível desfrutar de tratamento igualitário em uma sociedade já marcada por traços de ódio e preconceito.

Além das questões jurídicas que envolvem o tema, e que devem ser debatidas para que o Direito acompanhe a evolução da sociedade, existe a premente necessidade alarmante de promover a conscientização coletiva, de modo que o indivíduo se sinta acolhido no meio em que vive.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Problemas de Gênero – Feminismo e Subversão da Identidade. Judith Butler. Acessível em <http://erosdita.ne10.uol.com.br/2015/10/18-textos-essenciais-para-estudos-e-pesquisas-sobre-genero-e-sexualidade-para-ler-e-baixar/> (acesso em 04 de novembro de 2017);

Curso de Direito Constitucional Contemporâneo - 5ª Ed. 2015; Barroso, Luis Roberto; Saraiva;

Temas de Direito Civil - 4ª Ed.; Tepedino, Gustavo; Renovar.

Site **STJ** -
http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Transexuais-t%C3%AAm-direito-%C3%A0-altera%C3%A7%C3%A3o-do-registro-civil-sem-realiza%C3%A7%C3%A3o-de-cirurgia (acesso em 04 de novembro de 2017)

Notas:

[1] Número de processo não divulgado por ser segredo de justiça.

[2] O número deste processo não é divulgado em razão de segredo judicial.

O SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO E SUA INEFICIÊNCIA QUANTO AOS FINS DA PENA

JACY RIBEIRO DE ANDRADE

CRISTIANE DORST
MEZZAROBA[1]

RESUMO: Este trabalho decorre de uma análise do sistema carcerário brasileiro e sua ineficiência quanto aos fins da pena. Mostrando os aspectos da realidade brasileira das unidades penitenciárias. O objetivo principal deste trabalho é apresentar a problematização com relação à ineficiência de penas do sistema carcerário no Brasil e oferecer algumas soluções. Por meio de um estudo fundamentado nos aspectos históricos, sociais e jurídicos da pena, busca-se apresentar em que aspectos ocorre a ineficácia da pena quanto aos seus fins. Observou-se que muitos aspectos impedem que o caráter preventivo e ressocializador das penas sejam alcançados. A superlotação das unidades prisionais, as péssimas condições de infraestrutura colaboram para a reincidência dos presos em novos delitos. Desse modo, percebe-se que o papel simultâneo do Estado de punir e reeducar os presos dos sistemas prisionais não estão sendo executados devido aos diversos fatores expostos que não contribuem com o caráter preventivo e ressocializador descrito do Código Penal Brasileiro. Conclui-se então, na tentativa de responder ao problema proposto, que o Estado possui um pequeno índice de reeducação dos presos dentro das unidades penitenciárias que reflete diretamente no elevado índice de reincidência, mostrando a falibilidade do sistema carcerário no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Pena de prisão; Sistema prisional brasileiro; Ressocialização.

ABSTRACT: This work stems from an analysis of the Brazilian prison system and its inefficiency regarding the purpose of the sentence. Showing the aspects of the Brazilian reality of the penitentiary units. The main objective of this work is to present the problematization regarding the inefficiency of penalties of the prison system in Brazil and to offer some solutions. Through a study based on the historical, social and legal aspects

of the sentence, it is sought to present in which aspects the ineffectiveness of the sentence regarding its purposes occurs. It has been observed that many aspects prevent the preventive and resocializing nature of penalties from being achieved. The overcrowding of the prison units, the poor infrastructure conditions contribute to the recidivism of the prisoners in new crimes. Thus, it can be seen that the simultaneous role of the State in punishing and re-educating prisoners of prison systems is not being implemented due to the various factors that do not contribute to the preventive and social character described in the Brazilian Penal Code. It is concluded that the State has a small index of re-education of prisoners within the penitentiary units that directly reflects the high rate of recidivism, showing the fallibility of the prison system in Brazil.

KEYWORDS: Imprisonment; Brazilian Prison; Resocialization.

1. INTRODUÇÃO

O Estado condena uma pessoa por meio de uma pena restritiva de liberdade e supõe-se que após o cumprimento da pena esse indivíduo esteja apto a voltar a viver em sociedade, mas isso não ocorre na maioria das vezes.

O objetivo do sistema prisional é retribuir a punição ao ato cometido e ainda prevenir outro delito bem como ressocializar o indivíduo que cometeu delito. Mas, no momento atual da realidade carcerária do país apenas o aspecto retributivo vem sendo alcançado. Muitos aspectos impedem que o caráter preventivo e ressocializador das penas sejam alcançados.

A despeito da legislação, existe a burocracia e rigidez no Sistema Penitenciário. A lei poderá encontrar dissenso entre o que se é determinado e a prática nas prisões e o preso não recebe o investimento necessário na educação ou em cursos profissionalizantes. É notório que a ressocialização, teoricamente, constitui o instituto capaz de tornar o sujeito preso capaz de viver harmoniosamente no ambiente social, de forma que a sua conduta seja condizente com o comportamento socialmente aceito.

Teria aquela, a finalidade de reverter os atos criminosos e nocivos cometidos pelos condenados contra a sociedade e bens juridicamente tutelados.

Como metodologia, optou-se pela pesquisa bibliográfica, constituída fundamentalmente por textos legais, obras doutrinárias, artigos científicos, documentos oficiais, dentre outros, os quais deram o embasamento teórico-científico necessário para discutir a tema ora proposto, aspectos históricos, jurídicos e sociais.

2. FINS DA PENA: **aspectos históricos**

O nome pena surgiu do grego '*poiné*', e no latim '*poena*', significando nos dois idiomas: aflição, castigo e uma forma de reprimir e prevenir delitos, o que subtende-se um ato educativo e corretivo dos que não seguem as leis (CALDAS; CARLES, 2009).

De acordo com o dicionário Aurélio o conceito de pena significa "Punição ou castigo imposto por lei a algum crime, delito ou contravenção" (FERREIRA, 2008).

A palavra pena significa, na acepção ética e jurídica mais comum, um sofrimento ou privação de bens infligido pela autoridade legítima ao autor de um delito [...] a) a pena implica sofrimento ou outras consequências normalmente consideradas indesejáveis; b) a pena é infligida em razão de uma violação das normas jurídicas, um delito (ação ou omissão); c) a pena é infligida ao autor, real ou suposto, do delito; d) a pena é infligida por outrem, e de modo intencional; e) a pena é infligida por uma autoridade instituída pelo ordenamento jurídico a que pertencem as normas violadas (VELOSO, 1986, p. 519-520).

A civilização sempre teve problemas em conhecer qual o melhor tipo de pena para os infratores da lei, àqueles que cometeram um crime perante a sociedade. Com isso, já houve penas de banimento, tortura e a privação de liberdade (FAYET, 2006 apud ARRUDA et al., 2015).

A pena pode ser interpretada de duas maneiras, como uma prevenção geral negativa ou uma intimidação, isto é, intimando as pessoas e causando sofrimento ao criminoso. Diante disso, este teria medo de cometer crimes, pois seria punido e com uma prevenção geral positiva ou de integração, ou seja, uma forma de o Estado manter a confiança na comunidade na validade e na força de vigência das duas normas de tutela aos bens jurídicos, sendo vista no ordenamento jurídico-penal como um instrumento com a finalidade de demonstrar a todos a inviolabilidade da ordem jurídica (DIAS, 1999, p.51).

Assim, entende-se que a pena seja um castigo legal para que o indivíduo praticante de um ato infrator tenha certo tipo de sofrimento, angústia para que não volte a cometer delitos.

2.1 ASPECTOS SOCIOLÓGICOS E JURÍDICOS DA PENA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

Beccaria (2006) em sua obra *Dos Delitos e Das Penas* observa que as leis surgiram com o intuito de extinguir as guerras e conflitos. Para isso, usava-se da restrição de liberdade individual para garantir segurança e tranquilidade, nesse processo solidifica-se a função do soberano, do estado que é responsável pela segurança e harmonia da sociedade.

Assim, aquele que infringe as leis sancionadas pelo poder legislativo do Estado sofre uma sanção punitiva, onde:

[...] Eis, então, sobre o que se funda o direito de punir os delitos: sobre a necessidade de defender o depósito do bem comum das usurpações particulares; e tanto mais justas são as penas quanto mais

sagrada e inviolável é a segurança e maior a liberdade que o soberano garante aos súditos (BECCARIA, 2006, p. 42).

A pena pode ser interpretada de dois pontos de vista, como uma prevenção geral negativa, ou seja, intimando os indivíduos e causando sofrimento ao infrator. Com isso, o infrator teria medo de cometer novos crimes, onde entra o segundo ponto de vista que seria um modo de prevenir outros crimes e o Estado garantiria a segurança e bem estar à sociedade, tendo em vista o ordenamento jurídico-penal como um instrumento com o objetivo de convencer a todos a inviolabilidade da ordem jurídica.

Para Capez, o conceito de pena é mais amplo:

Sanção penal de caráter aflitivo, imposta pelo Estado, em execução de uma sentença, ao culpado pela prática de uma infração penal, consistente na restrição ou privação de um bem jurídico, cuja finalidade é aplicar a retribuição punitiva ao delinquente, promover a sua readaptação social e prevenir novas transgressões pela intimidação dirigida à coletividade (CAPEZ, 2008, p. 358-359).

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - CRFB/88 - dispõe sobre o direito penal em diferentes aspectos. Logo, em seu artigo 1º, inciso III, foi apresentado o princípio da dignidade da pessoa humana, que tem íntima relação como o direito penal, como fundamento da República Federativa do Brasil.

O artigo quinto da CRFB/88 apresenta os direitos e garantias fundamentais, de onde podem ser extraídos os principais princípios como garantias fundamentais, onde muitos refletem diretamente na esfera criminal, merecendo destaque:

Princípio da Legalidade e da Retroatividade da Lei mais Benéfica ou da Irretroatividade da Lei

Penal: Art. 5º XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

Princípio da Personalidade: Art. 5º XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;

Princípio da Individualização da Pena: Art. 5º XLVI - a lei regulará a individualização da pena.

Princípio da Humanidade: Art. 5º, III, XLVI, XLVII e XLIX

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis;

XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral.

Como resultado, a Constituição Brasileira proibiu as penas de morte, perpétua, de banimento, cruel e de trabalho forçado, nos termos do artigo 5º, inciso XLVII. E ainda prevê a aplicação de penas restritivas de direitos onde o poder legislativo infraconstitucional é responsável pela normatização da individualização das penas (art. 5º, inciso XLVI). Essas proibições se enquadram no princípio de limitação das penas e de humanidade já que o direito penal deve assegurar o bem estar de toda a sociedade, dispensando tratamento humanizado inclusive àqueles que

cometem crimes. Ambos os princípios anteriores são derivados do princípio da dignidade da pessoa humana.

O Princípio das limitações da pena consiste em uma garantia fundamental previsto no artigo 5º, inciso XLVII, da Constituição Federal, que não permite que no Brasil haja pena de morte. Bem como, as penas perpétuas, em que não se pode atribuir penas muito longas aos acusados, porque impediriam o condenado de viver em sociedade, uma vez que a pena tem como uma de suas finalidades a reeducação do condenado, e penas perpétuas não exprimem o interesse social, além de serem desumanas.

Por iguais razões se proíbe a pena de trabalhos forçados, que é diferente do trabalho com finalidade educacional e do trabalho remunerado no estabelecimento prisional. Neste passo, também se incluí a pena de banimento, por sua vez constitui-se em privação dos direitos de cidadania e proibição perpétua de habitar o território da nação. Por último as penas cruéis que afetem a integridade física ou moral (SILVA, CASAGRANDE, 2010, p. 5).

O princípio da legalidade descrito no Artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal e Artigo 1º do Código Penal regulamentam que “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Ou seja, uma pessoa só pode ser caracterizada como infratora e assim ser punida por determinada conduta se esta já estiver prevista em lei.

Este dispositivo legal também insere o princípio de anterioridade que se caracteriza diante da necessidade de existência de lei penal incriminadora anterior à prática da conduta delituosa. A criação de uma lei que incrimina o agente após a ocorrência do fato ofende a segurança jurídica e as garantias individuais dos cidadãos.

O princípio da legalidade é base do Direito Penal, e constitui-se ainda, amparo às liberdades individuais, ademais os crimes e penas não podem ser criados por medida provisória nem mesmo por meio de lei delegada, com efeito a trazer ao direito maior segurança jurídica. A lei penal deve ser clara, exata e precisa, só existindo crime se houver um fato lesivo a um bem jurídico (SILVA; CASAGRANDE, 2010, p. 4).

O princípio da legalidade assegura o princípio da dignidade humana, garantindo a defesa da dignidade do ser humano, protegendo o indivíduo de ações arbitrárias e indevidas por parte do Estado.

O princípio da presunção de inocência é no Brasil um dos princípios fundamentais do Direito que tutela a liberdade dos indivíduos, sendo regulamentado pelo artigo 5º, LVII da Constituição de 1988, que determina: “ninguém será considerado culpado até transito em julgado de sentença penal condenatória”. Assim, diante de um delito o Estado deve assegurar ampla defesa ao autor do ato ilícito oferecendo-lhe todas as garantias constitucionais. Enquanto não houver uma sentença transitada em julgado, em que o Estado prove a culpabilidade do autor, este será presumidamente inocente.

Aliado a esse dispositivo constitucional está o princípio do contraditório e ampla defesa em que esses direitos devem dar ciência dos atos praticados aos infratores, que é proveniente do direito de informação previsto no art. 5º, XIV, da CRFB/88. Juntamente com a ampla defesa onde podem ser utilizados meios e recursos disponíveis e a ela inerentes (art. 5º, LV, CRFB/88), sendo, inclusive, dever do Estado “prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos” (art. 5º, LXXIV, CRFB/88).

O princípio de individualização da pena consiste em analisar o condenado de modo individual diante de suas características para que a reintegração seja mais eficiente.

A esse respeito Nucci (2015, p. 27) esclarece:

A Lei de Execução Penal dispõe da seguinte maneira: “a cada sentenciado, conhecida a sua personalidade e analisado o fato cometido, corresponda o tratamento penitenciário adequado”. A individualização da pena é a busca da readaptação do condenado ao convívio social. O processo de individualização da pena é um caminho para a resposta do Estado, com isso, desenvolvendo-se três momentos: o legislativo, judicial e executório.

Com base na individualização judiciária, o artigo 59 do Código Penal dispõe:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime (BRASIL, 1940).

Então, o princípio da individualização da pena está fortemente ligado ao princípio da proporcionalidade que conforme estabelece a Constituição Federal do Brasil em seu artigo 5º, inciso XLVI, uma garantia de aplicação de uma pena mais justa de acordo com o caso concreto, tornando a pena proporcional à gravidade da lesão ao bem jurídico imputado.

Conforme Gomes (2017, p.4) ao legislador compete evitar a desproporcionalidade por excesso punitivo. Proíbe-se, todavia, tanto o excesso quanto a proteção deficiente, de modo a não se permitir a ineficácia da prestação legislativa, culminando na ausência de proteção a bens jurídicos essenciais.

Por fim, o princípio da personalidade/responsabilidade pessoal fundamentado nos termos disciplinados pela Constituição Federal afere que nenhuma pena passará da pessoa do condenado (art. 5º, XLV).

Artigo 5º XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens serem, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.

No caso de sanção penal na forma de multa se o condenado vier a falecer, não poderá ser cobrado o valor dos herdeiros ou ascendentes de forma alguma, mesmo que haja herança que contemple tal valor. Com isso, o juiz julga extinta a punibilidade do executado (NUCCI, 2014).

Diante dos princípios apresentados percebe-se a relação entre o direito penal e o direito constitucional, tais como, conceitos de Estado, direitos individuais, políticos e sociais, até mesmo porque se houver diferença entre ambos seria inconstitucional. Então, o cerne do direito penal e constitucional é o respeito aos direitos humanos que deve respeitar a individualidade de cada um de seus cidadãos.

2.2 FINALIDADES DAS PENAS

O artigo 59 do Código Penal Brasileiro e o artigo 1.º da Lei de Execuções Penais adotam a pena com finalidade retributivas, preventivas, e de ressocialização. Para isso, o Código Penal Brasileiro, em seu artigo 32, regulamenta as formas punitivas permitidas em nosso ordenamento jurídico, que são as de privação de liberdade, restritivas de direitos e de multa.

A justificação das penas para um bom convívio entre a sociedade, bem como suas finalidades são abordadas conforme três teorias, a Teoria Relativa ou Preventiva, Absoluta ou Retributiva e a Teoria Mista ou Eclética.

A Teoria Absoluta ou Retributiva trata da pena que resulta da reação à lesão realizada pelo bem juridicamente tutelado. Segundo Nucci (2015) a base para a função da pena retributiva está relacionada com a ética, já que o sujeito possui livre arbítrio para escolher, assim é justo que ele tenha um castigo conforme sua transgressão.

Capez observa que a finalidade da pena que se refere à teoria absoluta é punir o infrator penal, uma vez que “a pena é a retribuição do mal injusto, praticado pelo criminoso, pelo mal injusto previsto no ordenamento jurídico [...]” (CAPEZ, 2008, p. 359).

Assim, o objetivo central da Teoria Absoluta consiste na imposição de uma pena pelo Estado como forma de retribuir ao agente o mal que praticou.

Roxin (2005) comenta a respeito da função e concepção da Teoria Absoluta da pena:

A teoria retribuição não encontra o sentido da pena na perspectiva de algum fim socialmente útil, se não em que mediante a imposição de um mal merecidamente se retribui, equilibra e expia a culpabilidade do autor pelo fato cometido. Se fala aqui de uma teoria absoluta porque para ela o fim da pena é independente, desvinculado do seu efeito social. A concepção da pena como retribuição compensatória realmente já é conhecida desde a antiguidade e permanece viva na consciência dos profanos com uma certa naturalidade; a pena deve ser justa isso pressupõe que se corresponda em sua duração e intensidade com a gravidade do delito, que compense (ROXIN, 2005, p.81-82).

Segundo Caldas e Carles (2009) a teoria Absoluta baseia-se nos pensamentos de Kant e Hegel, onde a pena se trata apenas de um castigo e que muitas vezes está associado à vingança, como exemplo tem-se o Código de Talião que concerne à vingança privada.

Então, com base nos fatores apresentados a ideologia da Teoria Absoluta se refere à imposição de uma pena correspondente ao tipo de crime cometido pelo criminoso.

Enquanto a Teoria Relativa ou Preventiva aborda o reconhecimento da pena como meio de prevenção dos delitos e tem por finalidade prevenir a ocorrência de novas infrações penais.

Greco (2014) coloca que a Teoria Relativa ou Preventiva pode ser classificada de duas formas: geral e específica. A geral pode ainda ser classificada em negativa e positiva. A prevenção geral negativa pretende intimidar outras pessoas a cometer certos delitos com base na pena sancionada ao condenado. Já a prevenção geral positiva visa produzir, diante da sociedade, um valor de respeito ao direito para a lealdade a certos valores.

A pena tem um fim prático e imediato de prevenção geral ou especial do crime (*punitur ne peccetur*). A prevenção é especial porque a pena objetiva a readaptação e a segregação social do criminoso como meios de impedi-lo de voltar a delinquir. A prevenção geral é representada pela intimidação dirigida ao ambiente social - as pessoas não delinquem porque têm medo de receber a mesma punição (CAPEZ, 2008, p. 359).

Desse modo, o resultado do crime é reduzido e solidifica o ordenamento jurídico no modo de pensar da sociedade. Percebe-se que diferentemente do que a Teoria Absoluta objetiva a Teoria Preventiva se preocupa com as ações futuras decorrentes dos fatores positivos e negativos supramencionados.

[...] a concepção preventiva geral da pena busca sua justificação na produção de efeitos inibitórios a realização de condutas delituosas, nos cidadãos em geral, de maneira que deixarão de praticar atos ilícitos em razão do temor de sofrer a aplicação de uma sanção penal. Em resumo, a prevenção geral tem como destinatária a totalidade dos indivíduos que integram a sociedade, e se orienta para o futuro, com

o escopo de evitar a prática de delitos por qualquer integrante do corpo social (BECCARIA, 2006, p. 28).

Assim, a finalidade da Teoria Preventiva é intimidar e reduzir as infrações por meio da pena visando punir o infrator e que este sirva de modelo para a sociedade que não deseja ter a mesma pena.

Já a Teoria Mista ou Eclética une as duas teorias anteriormente mencionadas. Sua finalidade é, simultaneamente, imputar a pena ao agente infrator o mal por ele causado (retribuição), e desencorajar à prática de novos atos ilícitos (prevenção), conforme tratado pelo doutrinador Bitencourt (2004).

Falconi aponta a teoria Mista ou Unificadora como uma pena de dupla via, pois:

[..] visa o reaproveitamento social daquele que um dia delinuiu. A isso chamamos de 'teorias mistas'. Aceitam a pena como 'retribuição', pois o criminoso praticou ato lesivo; não citam a pena apenas como 'prevenção', mas como meio próprio de reeducação do criminoso (FALCONI, 2002, p. 250).

Noronha (2000, p. 223) destaca que "as teorias mistas conciliam as precedentes. A pena tem índole retributiva, porém objetiva os fins da reeducação do criminoso e de intimidação geral. Afirma, pois, o caráter de retribuição da pena, mas aceita sua função utilitária".

Nesse aspecto, "[...] o direito penal tem por finalidade não só retribuir com a pena o fato passado ou prevenir novos delitos, mas também corrigir o corrigível e neutralizar ou tornar inofensivos os que não são corrigíveis nem intimidáveis." (BOSCHI, 2014, p. 97).

Além disso, a Teoria Mista direciona de forma mais ampla os fins da pena:

A teoria mista permitiria orientar, sucessivamente, os fins da pena estatal para a proteção da sociedade,

fidelidade ao direito, retribuição da pena como um mal moral em resposta à violação do preceito normativo, proteção de bens jurídicos, intimidação dos potenciais infratores, bem como a ressocialização do delinquente. Esta concepção aceita a retribuição e o princípio da culpabilidade como critérios limitadores da intervenção penal e da sanção jurídico-penal, onde a punição não deve ultrapassar a responsabilidade pelo fato criminoso, devendo-se também alcançar os fins preventivos especiais e gerais (SOUZA, 2006, p. 85).

Pelo exposto, a teoria Mista possui três objetivos de pena: a retribuição, a prevenção e a ressocialização. E o ordenamento jurídico brasileiro adota a Teoria Mista pensando em atingir as três finalidades da pena, ou seja, retribui ao condenado o mal causado, busca prevenir que o condenado cometa novas condutas criminosas e ainda almeja a reinserção do infrator na sociedade.

3 FALÊNCIA DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

O Brasil possui mais de 700.000 encarcerados, considerando os que cumprem pena em definitivo e os provisórios. Mais especificamente, embora o número sofra variações diárias, de acordo com os dados do Conselho Nacional de Justiça, em novembro de 2017, são 421.070 presos definitivos e 242.703 provisórios^[2], caracterizando assim a terceira maior população prisional do mundo, em termos absolutos, então o Brasil fica atrás somente dos Estados Unidos (2,2 milhões) e da China (1,6 milhões), conforme o Conselho Nacional de Justiça (2015)^[3].

De acordo com o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen), o Brasil teve um aumento de 267,32% nos últimos 14 anos com relação à população do sistema prisional. O Infopen destaca também que o número de presos provisórios é quase igual à deficiência de vagas no sistema, que chega a 250.318 vagas (GALLI, 2016).

Cumprido ressaltar que o estado do Tocantins coaduna da realidade nacional, em novembro de 2017, tendo por referência as estatísticas do

CNJ, há 2744 reeducandos cumprindo pena em definitivo e 1340 encarcerados provisoriamente, totalizando 4084[4].

Do mesmo modo, também há carência no número de vagas, visto serem ofertadas em todo o sistema tocantinense 2082 vagas, ou seja, um déficit de 1328 vagas.

Com isso, chega-se ao primeiro grande problema do sistema penitenciário brasileiro, qual seja, a superlotação, que influencia diretamente no descumprimento estatal dos fins da pena.

Infelizmente, o modelo de encarceramento no Brasil não atinge sua função de ressocialização, uma vez que potencializa o ciclo de violência, já tão comum no sistema carcerário, que acaba por refletir suas consequências em toda a sociedade.

Os presos ficam acomodados em prisões superlotadas, onde não possuem infraestrutura e locais de convivência adequados e sem condições ideais de higienização e saúde. O tratamento digno e com respeito de presos é imprescindível para mostrar a realidade da sociedade para tentar ressocializar aqueles que cometeram algum tipo de crime, além de ser um direito legal do preso, seja para manutenção do seu direito constitucional à dignidade humana, não tolhido por ter cometido uma conduta criminosa, seja pelo disposto na própria legislação de Execução Penal - Lei n. 7.210/1984, especialmente o seu artigo 10: “A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade”.

O artigo 88 da Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/1984) dispõe que “o condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório”, mas isso não ocorre na prática, já que os presos ficam “amontoados” em celas com superlotação, sem condições mínimas de higiene propensos à diversas doenças.

Rossini (2014) apresenta que no Brasil, em média, uma cela que tem capacidade para dez presos contém cerca de 17 presos. A superlotação pode estar ligada a inúmeros fatores como a morosidade do

judiciário com os julgamentos de processos e a omissão do Estado no desenvolvimento de soluções que proporcionem reintegração do preso na sociedade. A demora no julgamento de prisões provisórias ou/e preventivas aumenta a superlotação de forma significativa, pois esses indivíduos podem não ser condenados.

O aumento da quantidade de prisões efetuadas no país está diretamente ligada às condições sociais injustas encontradas do lado de fora das prisões que além de auxiliar no retorno do detento a criminalidade leva muitos daqueles que nunca praticaram delito algum a se envolverem na prática de crimes.

O fracasso da progressão de regime devido à falta de assistência jurídica, a escassez de juízes para processar os pedidos e o número pequeno de colônias agrícolas, industriais e casas de albergado, também contribui para a superlotação das penitenciárias e cadeias públicas, que são obrigadas a abrigarem o detento até o aparecimento de alguma vaga no estabelecimento apropriado (Rossini, 2014, p. 1).

Como reflexo da superlotação tem-se as rebeliões e greves nos sistemas prisionais no país.

Os maiores massacres brasileiros em presídios devido às péssimas condições de infraestrutura, condições de espaço, higiene, saúde estão cada vez mais presentes no sistema prisional brasileiro. Dados explicitados pela Folha de São Paulo (2017) demonstram que somente em 2017 foram 126 mortes em unidades prisionais decorrentes de rebeliões provocadas pelos próprios internos, sendo assim excluídos as mortes diárias que ocorrem em unidades de todo o país pelos mais variados motivos.

Ainda de acordo com a Folha de São Paulo (2017), de forma mais específica, de 1987 a 2017, mereceram destaque os seguintes cenários:

1987 - Penitenciária do Estado, São Paulo (SP) com 31 mortos;

1989 - 42º Distrito Policial de São Paulo (SP) com 18 mortos;

1992 - Massacre do Carandiru, São Paulo (SP) com 111 mortos;

2002 - Presídio Urso Branco, Porto Velho (RO) com 27 mortos;

2004 - Casa de Custódia de Benfica, Rio de Janeiro (RJ) com 31 mortos;

2010 - Complexo Penitenciário de Pedrinhas, São Luís (MA) com 18 mortos;

2017- Massacre em Manaus, Amazonas com 67 mortos;

2017 - Penitenciária Agrícola de Monte Cristo, Boa Vista (RR) com 33 mortos;

2017 - Penitenciária de Alcaçuz, Nísia Floresta (RN) com 26 mortos.

Com essa realidade, o sistema penitenciário brasileiro não consegue alcançar sua principal finalidade, que é a ressocialização de seus internos. A lotação excessiva das prisões e a realidade de suas instalações físicas são alguns dos fatores que contribuem para o fracasso desse sistema (SANTOS; MENEZES, 2016).

A falta de tratamento humanitário aos detentos cria uma realidade paralela dentro das unidades prisionais que o Estado não consegue controlar gerando outro problema que resulta na falência da finalidade do sistema prisional brasileiro: a criminalização dentro dos presídios.

Para Medeiros (2017) este problema influencia diretamente no papel de ressocialização da prisão, atuando de forma contrária, onde os presos se enquadram ainda mais numa sequência de delitos dentro e fora da penitenciária.

[...] Os grupos criados desenvolvem uma hierarquia que atua não somente dentro das penitenciárias, mas também no mundo “livre”, comandando atividades criminosas. Os detentos se fazem obrigados a se filiar a uma das facções existentes e, conseqüentemente, seguir os ditames de seus comandantes para buscar a própria proteção e assistência. Com o tempo, o preso vai adquirindo novos hábitos, uma nova forma de se vestir e de falar, por fim, assimila uma nova cultura e forma de pensar, que representam sua nova identidade surgida com o status de presidiário, por meio da “prisionização”. Desta forma, o reeducando perde sua identidade e não aprenderá a viver em sociedade, mas incorporará o modo de vida próprio das prisões (MEDEIROS, 2017, p. 8-9).

Desse modo, o acúmulo desses fatores gera além da superlotação e a reincidência da criminalização uma série de efeitos negativos dentro das penitenciárias, impedindo a tentativa de ressocialização do preso, ou seja, afetando diretamente o cumprimento dos objetivos da pena.

Então, os direitos e deveres característicos dos presos que deveriam ser cumpridos pelo estado para que o indivíduo que comete crime possa também cumprir seus deveres, conforme os Artigos 38 e 39 da Lei de Execução Penal não são atingidos:

Art. 38. Cumpre ao condenado, além das obrigações legais inerentes ao seu estado, submeter-se às normas de execução da pena.

Art. 39. Constituem deveres do condenado:

I – comportamento disciplinado e cumprimento fiel da sentença;

II – obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se;

III – urbanidade e respeito no trato com os demais condenados;

IV – conduta oposta aos movimentos individuais ou coletivos de fuga ou de subversão à ordem ou à disciplina;

V – execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas;

VI – submissão à sanção disciplinar imposta;

VII – indenização à vítima ou aos seus sucessores;

VIII – indenização ao Estado, quando possível, das despesas realizadas com a sua manutenção, mediante desconto proporcional da remuneração do trabalho;

IX – higiene pessoal e asseio da cela ou alojamento;

X – conservação dos objetos de uso pessoal.

Parágrafo único. Aplica-se ao preso provisório, no que couber, o disposto neste artigo.

Percebe-se que o trabalho penitenciário está relacionado à dignidade e ética do presidiário como finalidade de ressocialização do preso, no entanto, a maior parte das penitenciárias brasileiras não oferecem nenhum tipo de projeto a esse respeito deixando os reeducandos sem nenhuma atividade e assim acabam voltando aos atos criminosos, inclusive dentro das prisões (CABRAL; SILVA, 2010).

A reincidência criminal no Brasil é constante devido a incapacidade das unidades prisionais de ressocializar o condenado. Autores como Bitencourt (2007) e Peter Filho (2011) citados no Relatório de Pesquisa sobre a Reincidência Criminal no Brasil (2015, p. 13)^[5] observam que:

Os ataques mais severos advêm dos adeptos da criminologia crítica, que censuram a ressocialização por implicar a violação do livre-arbítrio e da autonomia do sujeito, uma vez que a ideia de “tratamento” ou correção do indivíduo que sustenta essa perspectiva pressupõe que se deva anular a sua personalidade, suas ideologias e suas escalas de valores para adequá-lo aos valores sociais tidos como legítimos. Haveria ainda um paradoxo: como esperar que indivíduos desviantes se adequem às regras sociais segregando-os completamente da sociedade e inserindo-os em um microcosmo prisional com suas próprias regras e cultura?

Percebe-se que o governo e a sociedade excluem os condenados que não conseguem se reabilitar devido à ausência de reintegração social. Quando os reeducando ficam reclusos nas unidades prisionais se adaptam às condições precárias do cárcere e de tortura impostas por outros condenados e até mesmo por operadores do sistema, tornando suas vidas dolorosas e prejudiciais, fato contrário ao que dita a CRFB/88 em seu artigo 5º, III que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”. No entanto, o sistema carcerário nacional é, certamente, um dos lugares em que essas práticas vicejam com relativa abundância, como diz o Conselho Nacional de Justiça (2017)^[6].

Além das condições precárias, o sistema prisional não oferece formas de reeducação do condenado, a começar pela falta de trabalho aos condenados que passam o tempo de cárcere de modo ocioso, sem realizar nenhuma atividade que traga dignidade humana.

Por tudo isso, o condenado volta a cometer crimes, e conforme o Conselho Nacional de Justiça, isso ocorre muitas vezes porque a

sociedade não está preparada para acolher os ex-condenados e ainda pelo fato da desestruturação familiar dos presos que ao saírem das unidades prisionais se encontram à margem da própria família e assim o indivíduo volta a cometer novos crimes[7].

O Relatório de Pesquisa sobre a Reincidência Criminal no Brasil (2015, p. 115)[8].

O estigma de preso e/ou ex-presidiário foi apontado como um dos problemas centrais que inviabilizam o processo de reintegração social e dificultam a efetivação dos direitos e assistências, tais como o trabalho e a saúde. Faz-se necessário estimular e conscientizar a sociedade acerca da importância de se acolher no convívio social os indivíduos que um dia estiveram presos, para que não voltem a cometer crimes. A aproximação cárcere e sociedade pode ser viável, por meio dos conselhos de comunidade instalados nas Vara de execução de Penas, a fim de verificar e intervir no funcionamento das políticas prisionais em cada estado, fomentando valores relacionados a cidadania e dignidade humana, ao mesmo tempo que estimula a participação social.

Então, o papel simultâneo de punir e reeducar os presos dos sistemas prisionais não está sendo executado devido aos diversos fatores expostos que não contribuem com o caráter preventivo e ressocializador descrito do Código Penal Brasileiro.

Acerca dessa ineficiência Bittencourt (2001, p. 143) observou que:

Considera-se que o ambiente carcerário, pelo fato de se opor à sociedade que se encontra em liberdade, tende a se converter num universo que foge aos padrões, um meio não natural, no qual não se tornam possíveis a realização e a concretização de ações de reabilitação do preso.

Difícilmente, pode-se deixar de considerar que a ressocialização de indivíduos que são encarcerados tornou-se uma utopia atualmente, pois estes foram marcados como antissociais no momento em que foram retirados do meio em que conviviam os homens livres e dispostos em um local onde se encontram outros indivíduos antissociais.

Os presos passam por muitas situações de estresse dentro das unidades prisionais seja pelas condições precárias de saúde e assistência seja pela hierarquia dentro do cárcere, como expõe Clemente:

1. Falta de poder: os presos se situam em uma hierarquia em que tem sua vida totalmente regulada. Devem permanecer atentos a quaisquer situações problemáticas possíveis de ocorrer e ao cumprimento de regras que visam somente a mantê-los em um regime de disciplina cruel;
2. Falta de normas: há um conflito de normas no qual os objetivos de tratamento existentes de modo tradicional em uma instituição carcerária punitiva se tornam contraditórios;
3. Falta de sentido: torna intolerável de ser suportada a vida nas penitenciárias; com raras exceções, é rotineiro o isolamento;
4. Isolamento social: com o intento de minimizar o risco e a tensão, define-se uma conduta individualizada para os presos, isolando-os dos demais, para que se enfraqueça a percepção de união ou de solidariedade entre todos;
5. Autoexílio: a natureza da vida na prisão dificulta a possibilidade de experiências positivas e, por conseguinte, são nulos os incentivos para que o

preso possa empregar em si mesmo qualquer possibilidade de modificar-se;

6. Estressores particulares: os detentos vivem em um ambiente em que é constante o risco de agressões e rebeliões (CLEMENTE, 1998, p. 223-224).

Assim, se o objetivo do estado é reeducar o preso como ele o limita a um ambiente que o degrada sua dignidade e não oferece formas de reeducação? Aos invés de ressocializar, o Estado acaba indo no sentido contrário a tal finalidade. Se o preso é exposto a mais violência a tendência é que quando retorne à sociedade ele devolva a violência que lhe foi imposta.

Desse modo, o sistema altera o estado emocional do preso, o que reflete no seu desequilíbrio mental, momentâneo ou de caráter definitivo. Isto ocorre devido às mudanças na vida do preso com relação ao seu comportamento, convívio social, familiar, rotina, entre outros, sendo submetido a condições de vida anormais.

Para Nunes (2005, p. 38) o ideal seria que os sistemas prisionais apresentassem condições de: manter a segurança; prevenir fugas; minimizar o sofrimento humano; maximizar a moral; ajudar a manter o funcionamento organizacional.

Embora, muito se tem discutido acerca das formas de efetivar o caráter de preventivo e de ressocialização da pena não tem-se uma receita definitiva, mas sim planos de ação. O primeiro passo a ser dado pelo Estado é fornecer suporte educacional, familiar ou religiosos aos presos que juntamente com condições adequadas dentro das unidades prisionais possam proporcionar atividade de ressocialização para que o preso não se sinta excluído da sociedade e assim não volte a cometer novos delitos, a reincidir no crime.

Pelo exposto, a maior falha observada no sistema penitenciário brasileiro está em não conseguir promover de forma plena a ressocialização, a readaptação, reeducação entre outras ações

importantes para o cumprimento do aspecto preventivo da pena. Assim, prevalece apenas o sistema retributivo caracterizado no Código Penal Brasileiro e não o fim preventivo e ressocializador imposto pelo Supremo Tribunal Federal (BRIZZI; PINHEIRO, 2008).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho realizou uma breve abordagem sobre o sistema carcerário brasileiro, considerando a atual realidade desse sistema realizando um paralelo com os aspectos que acarretam a sua ineficiência com relação à finalidade da pena.

O desenvolvimento do trabalho ocorre, primeiramente, com a apresentação do conceito de pena, bem como os seus aspectos históricos, sociológicos e jurídicos para expor sua problematização, seus princípios e formas de execução.

Posteriormente, discute-se acerca das finalidades da pena, foco central deste trabalho. É apresentado as três teorias que norteiam os fins da pena.

A ineficácia com relação aos fins da pena decorre do fato que o sistema carcerário brasileiro não consegue alcançar o objetivo de ressocializar o preso, o sistema atua de modo contrário ao invés de reeducar o preso ao convívio com a sociedade ele acaba por potencializá-lo à criminalidade, a reincidir no crime.

Isso ocorre por inúmeros fatores, como a estrutura precária das unidades penitenciárias, a superlotação, à falta de assistência aos presos ou ainda pela ausência de capacitação ou mesmo trabalho laboral, para que quando o egresso da unidade prisional tenha um novo ofício e não seja marginalizado pela sociedade.

Cabe ressaltar também que a sociedade atua diretamente na reincidência do preso, pois o segrega, isso aumenta ainda mais a violência e conseqüentemente a criminalidade no país.

Conclui-se então, na tentativa de responder ao problema proposto, que o Estado possui um pequeno índice de reeducação dos presos dentro das unidades penitenciárias que reflete diretamente no elevado índice de reincidência, mostrando a falibilidade do sistema carcerário no Brasil.

Assim, os estabelecimentos penais colaboram para a exclusão dos presos perante a sociedade já que não realiza a reeducação com o objetivo de prevenir crimes futuros e ainda ressocializar, características essas fundamentais aos fins da pena, portanto, percebe-se a ineficácia da pena com relação à esses dois efeitos.

5. REFERÊNCIAS

ARRUDA, A. G. et al. Os presídios no Brasil: o histórico da pena e a comparação entre o sistema carcerário tradicional e o método APAC. **III Congresso de Pesquisa e Extensão da FSG, I Salão de Extensão & I Mostra Científica**. Caxias do Sul – RS. 2015. 17p.

BECCARIA, C. B. **Dos Delitos e Das Penas**. São Paulo: Ícone, 2006.

BITTENCOURT, C. R. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas**. São Paulo: Saraiva, 2001.

BITENCOURT, C. R. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral. v.1. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BITENCOURT, C. R. Criminologia crítica e o mito da função ressocializadora da pena. In: BITTAR, Walter. **A criminologia no século XXI**. Rio de Janeiro: Lumen Juris & BCCRIM, 2007.

BOSCHI, J. A. P. **Das Penas e Seus Critérios de Aplicação**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto Lei nº2848 de 07 de dezembro de 1940. In: *Vade mecum penal e processual penal*. 3ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2012.

BRASIL. Lei de Execução Penal Nº 7.210 de 11 de julho de 1984. Disponível em:
< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 05 out. 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. 2016. Disponível em:
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.h](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)
[tm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 04 out. 2017.

BRIZZI, Carla Caldas Fontenele; PINHEIRO, Michel. Violência e violação aos direitos humanos dos presos no sistema prisional cearense. **XVII Congresso Nacional do CONPEDI**, Brasília, 2008.

CABRAL, L. R.; SILVA, J. L. **O trabalho penitenciário e a ressocialização do preso no Brasil.** Revista do CAAP, v. 1, Belo Horizonte, 2010. 28p.

CALDAS, G. A. A.; CARLES, F. D. Direitos humanos fundamentais e o princípio da individualização da pena no Estado democrático de direito. **Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI**, São Paulo - SP, 2009.

CAPEZ, F. **Curso de Direito Penal.** Parte Geral. 12. ed. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2008.

CLEMENTE, M. **Fundamentos da Psicologia Jurídica.** Madrid: Pirâmide, 1998.

DIAS, J. F. **Questões fundamentais do Direito Penal revisitadas.** São Paulo: RT, 1999.

FALCONI, R. **Lineamentos de Direito Penal.** 3. ed. São Paulo: Ícone, 2002.

FAYET, F. A. Por que punir? Punir pra quê? Um estudo sobre a finalidade da aplicação da pena e a missão do Direito Penal. **Revista Íbero**

Americana de Ciências Penais. Porto Alegre, ano 7, n. 14, jul./dez., 2006, p. 57-80.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Saiba quais foram algumas das maiores rebeliões em presídios do Brasil.** Disponível em: <[http://www1.folha.uol.com.br/asmais/2017/01/](http://www1.folha.uol.com.br/asmais/2017/01/1846402-saiba-quais-foram-algumas-das-maiores-rebelioes-em-presidios-do-brasil.shtml)

[1846402-saiba-quais-foram-algumas-das-maiores-rebelioes-em-presidios-do-brasil.shtml](http://www1.folha.uol.com.br/asmais/2017/01/1846402-saiba-quais-foram-algumas-das-maiores-rebelioes-em-presidios-do-brasil.shtml)>. Acesso em: 05 out. 2017.

GALLI, M. **40% dos presos no Brasil são provisórios, aponta levantamento oficial.** 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-abr-26/40-presos-brasileiros-sao-provisorios-aponta-levantamento>>. Acesso em: 05 out. 2017.

GOMES, G. A. Z. G. **Princípios do direito penal brasileiro.** Disponível em: < https://semanaacademica.org.br/system/files/artigos/principios_do_direito_penal_brasileiro.pdf>. Acesso em: 05 out. 2017.

GRECO, R. **Curso de Direito Penal.** 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Dicionário da língua portuguesa. **Versão online.** 2008. Disponível em: <<https://dicionariodoaurelio.com/pena>>. Acesso em: 25 set. 2017.

MEDEIROS, J. C. C. **O colapso do sistema prisional e a mercantilização do cárcere.** Brasília: IDP/EDB, 2017. 29f. Artigo (Especialização) - Instituto Brasiliense de Direito Público.

NUCCI, G. S. **Manual de Direito Penal.** 10ª Edição. Rio de Janeiro. Forense. 2014.

NUCCI, G. S. **Individualização da Pena.** 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NUNES, A. L. Penitenciárias e Estado Criminoso. **Revista Nova Democracia**, Brasília, ano 4, n. 27, nov. 2005.

NORONHA, M. M. **Direito Penal**. v. 1, 35^o edição, São Paulo: Saraiva, 2000.

PETER FILHO, J. **Reintegração social**: um diálogo entre a sociedade e o cárcere. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011.

ROSSINI, T. R. D. **O sistema prisional brasileiro e as dificuldades de ressocialização do preso**. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/33578/o-sistema-prisional-brasileiro-e-as-dificuldades-de-ressocializacao-do-preso>>. Acesso em: 03 nov. 2017.

ROXIN, C. **Direito Penal**. Parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SANTOS, E. M. R.; MENEZES, J. R. V. T. Sistema prisional: problemáticas e soluções. **Ciências Humanas e Sociais**, Aracaju, v. 3, n.2, p. 261-280, 2016.

SILVA, J. C. C.; CASAGRANDE, E. G. F. G. Os Princípios Constitucionais Incidentes no Direito Penal Brasileiro. **Revista Eletrônica Direito, Justiça e Cidadania**.v. 1, n. 1, 2010. 35p.

SOUZA, P. S. X. **Individualização da Penal**: no estado democrático de direito. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2006.

VELOSO, J. A. "**Pena criminal**" in Polis - Enciclopédia VERBO da Sociedade e do Estado, 4.^o Vol., Lisboa, Verbo, 1986.

NOTAS:

[1] Cristiane Dorst Mezzaroba. Professora Mestre do curso de Direito da Faculdade Serra do Carmo. Palmas/TO. cdmezzaroba@gmail.com

[2] Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php>. Acesso em: 23 nov. 2017.

[3] Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/cidadania-nos-presidios>>. Acesso em: 02 nov. 2017.

[4] Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php>. Acesso em: 23 nov. 2017.

[5] Disponível em:
<:[://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/07/572bba38535700](http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/07/572bba38535700)

[3379ffeb4c9aa1f0d9.pdf](http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/07/572bba385357003379f)>. Acesso em: 23 nov. 2017.

[6] Disponível em:
<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/04/23902dd211995b2bcba8d4c38>

[64c82e2.pdf](http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/04/23902dd211995b2bcba8d4c3864c82e2)>. Acesso em: 23 nov. 2017.

[7] Disponível em:
<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/04/23902dd211995b2bcba8d4c38>

[64c82e2.pdf](http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/04/23902dd211995b2bcba8d4c3864c82e2)>. Acesso em: 23 nov. 2017.

[8] Disponível em:
<:[://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/07/572bba385357003379f](http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/07/572bba385357003379f)

[feb4c9aa1f0d9.pdf](http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/07/572bba385357003379f)>. Acesso em: 23 nov. 2017.v

A IMPORTÂNCIA DA ATUAÇÃO DO COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO NA GUERRA DO AFGANISTÃO DE 2001

ALLAN COSME MARQUES SOUSA:
Assessor de juiz. Bacharel em Direito
pela Universidade Federal do Maranhão.

Resumo: O Direito Internacional Humanitário (DIH) consiste em um ramo do Direito Internacional Público (DIP), tendo por objetivo fundamental, a redução da violência característica dos conflitos armados, por meio da proteção dos direitos mínimos da pessoa humana, bem como pela regulamentação da assistência às vítimas dos conflitos armados (internos ou externos). O Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV), nascido em 1863, a partir dos ideais humanitários do suíço Henri Dunant, por sua vez, tem como objetivos, prestar proteção e assistência humanitária às vítimas dos conflitos armados e outras situações de violência, realizar medidas para responder às emergências e promover a observância das normas de Direito Internacional Humanitário. Em 2001, após o ataque terrorista ao World Trade Center, os Estados Unidos da América invadiram o território do Afeganistão, almejando capturar o líder da Al-Qaeda, Osama Bin Laden. Nesse conflito, o CICV realizou ações de caráter humanitário, a fim de garantir a observância das normas do DIH. Este artigo objetiva revelar a importância das ações humanitárias realizadas pelo CICV após a invasão americana no Afeganistão na efetivação do Direito Internacional Humanitário

Palavras-chave: Direito Internacional Humanitário. Comitê Internacional da Cruz Vermelha. Ações humanitárias.

Abstract: The Humanitarian International Law (DIH) consists in a branch of the Public International Law (DIP) and its fundamental goal is to reduce the violence, this one a characteristic of the armed conflicts by means of the protection of the minimal rights of the human being as well as by the human being as well as by the regulation of the care to the victims from the armed conflicts (internal ou external). The International Committee of the Red Cross (CICV), born in 1863, had its humanitarian ideals through Henri Dunant. It aims to give protection and humanitarian care to the victims of the armed conflicts and other states of violence; also to establish measures

in order to answer to the emergencies and promote the observance of the norms of Humanitarian International Law. In 2001 after the terrorist attack to the World Trade Center the United States of America invaded the Afghan territory aiming to capture Al-Quaeda's leader, Osama Bin Laden. In that conflict the CICV made actions of humanitarian character in order to assure the observance of the norms of the DIH. This article aims to reveal the importance of the humanitarian actions carried out by the ICRC after the invasion of Afghanistan in the implementation of international humanitarian law.

Keywords: Humanitarian International Law. International Committee of the Red Cross. Humanitarian actions

Sumário: Introdução. 1. Considerações iniciais sobre o Direito Internacional Humanitário. 2 Competências e funções do Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV). 3. Atuação do Comitê Internacional da Cruz Vermelha na Guerra do Afeganistão. 3.1 Distinção entre intervenção humanitária e assistência humanitária. 3.2 Atividades desenvolvidas pelo Comitê Internacional da Cruz Vermelha na Guerra do Afeganistão. Conclusão. Referências.

Introdução

O Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV) nasceu em 1863 a partir dos pensamentos humanitários do suíço Henri Dunant. Desde sua criação, o Comitê possui como objetivo primeiro, garantir a proteção e assistência às vítimas de lutas e conflitos armados.

Com uma atuação mundial, assim como incentivos à aplicação do Direito Internacional Humanitário e à promoção do respeito ao mesmo por parte dos governos e de todos os portadores de armas, a organização busca alcançar seu objetivo.

Em 2001, os Estados Unidos da América anunciaram ao mundo – em reação aos atentados as torres gêmeas do World Trade Center –, a invasão ao território do Afeganistão, no intuito de capturar o autor dos

atentados, o terrorista Osama Bin Laden. Desta forma, instaurou-se um dos maiores conflitos da história recente da humanidade.

Com a guerra estabelecida, o Comitê Internacional da Cruz Vermelha realizou ações a fim de assegurar a observância das normas de Direito Internacional Humanitário.

Assim, o presente artigo objetiva verificar a importância da atuação do Comitê Internacional durante a invasão Americana ao Afeganistão, cuja análise perpassa pelos aspectos gerais do Direito Internacional Humanitário, funções do Comitê e principais medidas adotadas durante a invasão.

1. Considerações Gerais sobre o Direito Internacional Humanitário

O Direito Internacional Humanitário (DIH) - também denominado como direito de guerra, direito dos conflitos armados, e, ainda, “Direito de Genebra” – é um ramo do Direito Internacional Público (DIP), formado por um conjunto de regras e princípios cujo objetivo fundamental, em tempo de conflito armado, é tutelar as vítimas deste.

Para Swinarski (2001, p. 18) o Direito Internacional Humanitário significa:

[...] o corpo de normas internacionais, de origem convencional ou consuetudinária, especificamente aplicável aos conflitos armados, internacionais ou não-internacionais, e que limita, por razões humanitárias, o direito de as partes em conflito escolherem livremente os métodos e os meios utilizados na guerra, ou que protege as pessoas e os bens afetados, ou que possam ser afetados pelo conflito.

Krieger (2011, p. 223), por sua vez, conceitua o Direito Internacional Humanitário da seguinte forma: “[...] conjunto de normas, cuja finalidade, em tempo de conflito armado, visa, por um lado, a proteção às pessoas que não participam ou tenham deixado de participar das

hostilidades, e, por outro, limitar os métodos e os meios de como se fazer a guerra”.

O Direito Internacional Humanitário, então, consiste na reunião de postulados, normas e condutas jurídicas ou não, empreendidas pelos Estados almejando a diminuição dos danos provocados pela guerra.

Foi a partir do século XIX, com a publicação do livro “Uma lembrança de Solferino”, de autoria do suíço Jean Henry Dunant (onde relatou suas impressões acerca das atrocidades ocorridas na Batalha de Solferino), é que surge o embrião do Direito Internacional Humanitário.

Dunant defendia o estabelecimento de normas internacionais direcionadas à proteção da pessoa humana durante conflitos armados, bem como a criação de grupos nacionais e de uma organização internacional que permitisse melhorar as condições de vida dos combatentes em momentos de conflitos (PORTELA, 2011).

Os ideais defendidos por Dunant contribuíram para o surgimento, em 1863, do Comitê Internacional e Permanente de Socorros dos Feridos Militares, precursor do movimento que atualmente é denominado de Cruz Vermelha (INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS, 2011).

Segundo Sousa (2011, p. 52):

Em meados do século XIX acontece o que se pode chamar de “fato gerador” do moderno Direito Internacional Humanitário: o nascimento do Comitê Internacional da Cruz Vermelha. Através da iniciativa de determinados cidadãos e do governo suíços, catorze delegados de países europeus presentes a uma Conferência Internacional realizada em Genebra resolveram adotar um corpo de normas que vincularia os Estados em situações de conflito.

Assim, o nascimento do DIH está vinculado diretamente à criação do Comitê Internacional da Cruz Vermelha.

O Direito Internacional Humanitário tem por objeto duas categorias de normas: i) que restringem a atuação dos combatentes; ii) que protegem os direitos dos não combatentes, civis e militares.

Quanto às suas fontes, têm-se as costumeiras e convencionais. As primeiras referem-se aos velhos costumes de guerra. Já as últimas dividem-se em três: a) Direito de Haia (jus in bello); b) Direito de Genebra; e c) Direito de Nova Iorque.

O Direito de Haia, também denominado de Jus in bello, consiste no conjunto de normas que restringe a atuação dos combatentes. Estabelece, por exemplo, as armas que podem ser utilizadas, quais alvos podem ser atingidos, etc.

Já o Direito de Genebra tutela o direito dos não combatentes (civis, militares fora de combate, prisioneiros de guerra, feridos, os náufragos, jornalistas, profissionais de saúde, etc.)

Por fim, o Direito de Nova Iorque representa a preocupação das Nações Unidas com os direitos humanos durante a guerra, consistindo no conjunto de tratados internacionais sobre este tema.

2. Competências e funções do Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV)

O Comitê Internacional da Cruz Vermelha foi criada em 1863, a partir dos pensamentos oriundos do suíço Henri Dunant. O termo Cruz Vermelha é uma expressão genérica, pois o que existe na realidade é o Movimento Internacional da Cruz Vermelha, formado não somente por uma organização monolítica, mas sim por um conjunto de entidades, nacionais e internacionais, privadas, sem fins lucrativos, ligadas por objetivos e filosofia comuns (PORTELA, 2011).

A competência institucional do CICV está disposta no art. 5º, inciso II e III, dos Estatutos do Movimento Internacional da Cruz Vermelha e do Crescente Vermelho, são funções do Comitê Internacional da Cruz Vermelha: a) salvaguardar os Princípios Fundamentais do Movimento: humanidade, imparcialidade, neutralidade, independência, serviço

voluntário, unidade e universalidade; b) reconhecer qualquer Sociedade Nacional, nova ou reconstituída, estabelecida e que preencha as condições para reconhecimento determinadas o art. 4º (dos estatutos), e notificar as outras Sociedades Nacionais de tal reconhecimento; c) executar as tarefas que lhes são determinadas de acordo com as Convenções de Genebra; trabalhar para a aplicação fiel do direito internacional humanitário aplicável em conflitos armados, e tomar conhecimento de quaisquer queixas baseadas em alegações de violações daquele direito; d) empenhar-se sempre – como instituição neutra cujo trabalho humanitário é conduzido particularmente em tempos de conflitos armados internacionais ou outros conflitos armados internos – em assegurar a proteção e assistência às vítimas civis e militares de tais eventos e de seus resultados diretos; e) garantir a operação da Agência Central de Pesquisa, de acordo com as Convenções de Genebra; f) contribuir, em antecipação de conflitos armados, ao treinamento do pessoal médico e a preparação de equipamento médico, em cooperação com as Sociedades Nacionais, com os serviços médicos civis e militares e outras autoridades competentes; g) cultivar o entendimento e disseminar o conhecimento do Direito Internacional Humanitário aplicável em conflitos armados, preparando qualquer aprimoramento deste; h) executar os mandatos confiados pela Conferência Internacional da Cruz Vermelha e do Crescente Vermelho. III. O Comitê Internacional poderá tomar qualquer iniciativa humanitária que venha ao encontro de seu papel de instituição e intermediário especificamente neutro e independente, podendo considerar qualquer questão que necessite seu exame (COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA, 2001).

Bouvier, Quintin e Sassòli (2011) classificam as funções descritas no transcrito art. 5 inc. III, dos Estatutos do Movimento Internacional da Cruz Vermelha e do Crescente Vermelho, como funções de ordem extraconvencional, e acreditam que a maioria das atividades realizadas pelo CICV são alicerçadas neste abrangente direito de iniciativa. Além disso, classificam, ainda, as funções do CICV em de ordem geral e específicas.

De ordem geral é o serviço prestado de intermediário neutro entre as partes em conflito, a fim de prestar proteção e assistência às vítimas de guerra.

As funções específicas do Comitê, segundo os autores supracitados, são: a) visita e entrevista sem testemunhas a prisioneiros de guerra e civis protegidos, em particular quando estão internados ou sob custódia; b) prestar auxílio a civis protegidos, prisioneiros de guerra e à população de territórios ocupados; e, c) proceder à busca de pessoas desaparecidas e rastreio de prisioneiros de guerra e civis e entregar-lhes correspondência familiar.

O Comitê Internacional da Cruz Vermelha, por meio de suas funções, realiza uma série de ações inerentes ao seu fim, tais como: assistência médica às vítimas de conflitos; ajuda alimentar em situações de conflito; pesquisa de desaparecidos; assistência às pessoas desabrigadas devido aos conflitos; a disseminação de regras do Direito Internacional Humanitário (INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS, 2012a).

3. Atuação do Comitê Internacional da Cruz Vermelha na Guerra do Afeganistão

3.1 Distinção entre intervenção humanitária e assistência humanitária

Não há uma definição normativa prevista nos documentos internacionais para intervenção humanitária, embora já tenha sido definido de várias formas. A soberania estatal garante a não-intervenção de um Estado ou organização noutro governo. Todavia, hodiernamente a intervenção humanitária passou a ser uma ação legítima da sociedade internacional em Estado que tratam seus súditos de forma brutal e há profundo sofrimento humano. A intervenção humanitária envolve uma situação em que os aspectos humanitários autorizam a sua prática (BILL, 2006).

Holzgrefe (2002, p. 18) define as intervenções humanitárias como sendo:

Ameaça ou o uso da força para além das fronteiras de outro Estado, por um Estado ou grupo de Estados, com o objetivo de prevenir ou cessar violações graves e generalizadas de direitos humanos fundamentais dos indivíduos que não sejam cidadãos da força interventora e sem a permissão do Estado cujo território seja objeto da intervenção.

Do conceito supramencionado, depreende-se os requisitos constitutivos do conceito de intervenção humanitária: a) força ou ameaça do uso da mesma devem estar inseridos na ação; b) a intervenção somente poderá ocorrer se um ou mais Estados se mostrarem dispostos a enviar forças militares além de suas fronteiras físicas para atuarem noutro Estado soberano (força interventora); c) a intervenção deve ser realizada com o estrito propósito humanitário, ou seja, deve ser realizada somente para salvar vidas ou fazer cessar o sofrimento causado pelo desrespeito aos direitos humanos e individuais; d) a operação deve ser direcionada ao resgate ou defesa de cidadãos do Estado que está sofrendo a intervenção.

A assistência humanitária, por sua vez, consiste no auxílio aos não-combatentes atingidos pelo conflito, com distribuição de alimentos, medicamentos e protegendo seus direitos fundamentais (realizada por Organizações como a Cruz Vermelha Internacional) (MARQUES, 2007).

Comumente utiliza-se a noção de assistência humanitária e caridade como sinônimas. Porém, a assistência humanitária rompe os limites da conceituação de caridade.

Associada com as ações desenvolvidas pelo Comitê Internacional da Cruz Vermelha, a assistência humanitária é definida por Verri (1988, p. 133) como “a assistência geral que o CICV deve garantir, junto com a proteção das vítimas dos conflitos armados; para que esta tarefa se realize, as Partes em conflito devem outorgar ao CICV todas as facilidades ao seu alcance [...]”.

Anota Sousa (2011, p. 77):

Outras organizações também se ocupam desta tarefa, como a própria ONU. Todavia, em razão do caráter pioneiro do CICV, é comum associar tão-somente a este organismo a atividade humanitária. Esta assistência não se dá apenas em casos de conflitos armados; também se evidencia em caso de catástrofes naturais ou ainda em razão do subdesenvolvimento que leva populações inteiras à miséria absoluta e ao abandono.

Na conceituação da assistência humanitária enquanto direito do indivíduo, é imperioso se levar em consideração mais as necessidades daquele que dela precisa (assistência humanitária) que as vontades políticas estatais quanto a oferta de assistência a outros Estados (SOUSA, 2011).

3.2 Atividades desenvolvidas pelo Comitê Internacional da Cruz Vermelha na Guerra do Afeganistão.

O conflito no Afeganistão se intensificou e se expandiu em termos geográficos, durante 2010, gerando um número crescente de vítimas civis. A fragmentação das partes beligerantes, incluindo a formação de milícias locais e grupos ainda mais armados –, proporcionou desafios novos para a população afegã, bem como para os ajudantes humanitários que tiveram bastante dificuldade para encontrar as vítimas do conflito. Ademais, os ataques teleguiados continuaram nas áreas de fronteiras com o Paquistão. Com a luta se espalhando na maioria das províncias, explosões causadas por bombas, minas e dispositivos explosivos improvisados cresceram significativamente (INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS, 2010).

Autoridades dos Estados Unidos e os parceiros da Organização do Tratado do Atlântico Norte (OTAN) comprometeram-se em retirar paulatinamente seus combatentes do Afeganistão até 2014.

Em um contexto de conflito e insegurança se intensificando, algumas partes do território do Afeganistão não foi abrangido pela atuação do Comitê Internacional da Cruz Vermelha. Não obstante, devido ao seu

diálogo com os beligerantes e a aceitação de sua aproximação com caráter neutro, imparcial e independente, o Comitê expandiu suas atividades, chegando a 31 das 34 províncias existentes no Afeganistão. (INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS, 2010).

Para prestar assistência humanitária ao máximo de vítimas possível, o CICV contou com uma extensiva rede de voluntários da Sociedade do Crescente Vermelho Afegão, ativos em todas as províncias e fornecendo suporte financeiro, material e técnico, bem como treinamento para ajudar a construir a capacidade da Sociedade Nacional (INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS, 2010).

Os delegados do CICV coletaram informações de violações de regras do Direito Internacional Humanitário, e fizeram representações secretas às partes envolvidas, a fim pôr fim a tais abusos. Eles reforçaram as autoridades que faziam parte no conflito e aos portadores de armas, suas obrigações para com as regras do Direito Internacional Humanitário, mormente a condução das hostilidades e o dever de proteção às pessoas não envolvidas no conflito. O Comitê forneceu apoio ao Exército Nacional Afegão integrando as normas de DIH, a sua doutrina, treinamento e operações, e promoveu a familiarização da polícia e dos soldados com a legislação referente aos direitos humanos internacional (INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS, 2010).

Os delegados do Comitê realizaram visitas às pessoas detidas pelas autoridades Afegãs, autoridades Americanas, da OTAN e dos grupos armados, a fim de monitorar os tratamentos e condições de vivência recebidos, e principalmente, a observância das garantias judiciais. A especialidade do CICV em infraestrutura prisional ajudou as autoridades afegãs a usar seus limitados recursos para reabilitar prisões e promover a melhora nas condições de higiene e saúde dos presidiários (INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS, 2010).

A aceitação do Comitê Internacional da Cruz Vermelha por todas as partes beligerantes no conflito significou que ele foi frequentemente solicitado para atuar no papel de intermediário neutro durante a soltura dos reféns e a entre dos restos humanos aos familiares.

Em virtude disso, o CICV utilizou toda a sua credibilidade e seus contatos para facilitar a atuação de outros grupos humanitários, tais como ONG's que prestavam assistência médica (INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS, 2010).

Pessoas em áreas afetadas pelo conflito confiaram nos 10 (dez) centros de assistência primária à saúde do Crescente Vermelho Afegão apoiado pelo CICV, conforme o pacote básico dos serviços de saúde do país. A equipe recebeu treinamento, apoiado pelo Comitê, acerca de coleta de dados e análise para detectar e responder de forma célere a quaisquer tipos de deterioração da saúde pública (INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS, 2010).

O CICV, com o auxílio da Cruz Vermelha da Noruega em relação ao treinamento de ajudantes de primeiros-socorros, providenciou assistência antes e após o natal e ensinou práticas de boa higiene a comunidade (INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS, 2010).

Devido a grande quantidade de óbitos, as partes beligerantes receberam informações de como lidar com os restos humanos, incluindo a preservação de dados para a futura identificação, no intuito de garantir a contabilização de pessoas mortas com o conflito.

No que tange especificamente as pessoas privadas de sua liberdade, desde janeiro de 2002 o CICV realiza visitas aos detidos alojados no centro de detenção de Parwan, que funciona em uma base área dos Estados Unidos, localizada ao norte da cidade de Kabul. As visitas começaram três meses após iniciado o conflito. Dos aproximadamente 3.000 presos alojados nesse centro de detenção, a maioria são afegãos capturados pela aliança liderada pelos EUA no sul e no leste do Afeganistão. Além de Parwan, desde de 2008, o Comitê também tem acesso a pessoas presas em outros centros mantidos pelos EUA no Afeganistão, onde elas esses presos são mantidos de forma temporária, antes de serem liberados ou transferidos para o centro de Parwan (COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA, 2012).

Conforme o acordo que estabelece a retirada paulatina dos Estados Unidos do Afeganistão, os centros de detenção e as presos neles

mantidos serão transferidos para a administração das autoridades do governo afegão. O Comitê mantém um bom diálogo com as autoridades americanas e afegãs a fim de que sejam respeitados os direitos dos detidos, bem como que as autoridades judiciárias e penitenciárias afegãs se preparem de forma adequada para lidar com o aumento da população penitenciária do país (COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA, 2012).

O objetivo geral das visitas realizadas pelo CICV é garantir que os detentos sejam presos em condições que evidenciem o devido respeito pela dignidade humana. Com as visitas repetidas, o Comitê averigua as condições materiais da prisão, bem as condições psicológicas dos detidos. Um Estado que retira do individuo sua liberdade, deve garantir ao mesmo o mínimo de bem-estar. E o CICV assegura, por meio de suas ações, que às autoridades cumpram com seus deveres e responsabilidades àquele respeito (bem-estar dos detidos). Ele ainda avalia o funcionamento do sistema prisional, no intuito de detectar potenciais lacunas e falhas que, se verificadas, serão tratadas diretamente com as autoridades competentes (INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS, 2012a).

As visitas realizadas pelo CICV seguem os padrões das modalidades discutidas e acordadas previamente com as autoridades do Estado. Aos delegados do Comitê, deve ser possível: a) ver todos os detentos sob qualquer autoridade; b) ter acesso a todas as partes da prisão onde os detentos são mantidos, bem como as outras áreas, v.g., banheiros, cozinhas, áreas de recreação; c) terem encontros com os detentos sem a presença dos guardas ou outro agente da prisão; d) repetir as visitas ao local de detenção, bem como se encontrarem com os detentos da sua escolha, tantas vezes os delegados achem necessário; e) estabelecer uma lista de detentos durante a visita (INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS, 2012a).

De acordo com o caráter neutro e imparcial de seu mandato, o CICV não realiza comentários ou discussões acerca dos motivos da detenção, preocupando-se exclusivamente com as condições humanitárias das detenções, bem como o tratamento dado aos prisioneiros (INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS, 2012a).

A composição da equipe do Comitê e a duração das visitas dependem dos objetivos da mesma e do tamanho das instalações a serem visitadas. As equipes podem ser compostas por delegados e intérpretes, assim como por especialistas, por exemplo: assessores jurídicos, médicos, enfermeiras, ortopedistas, assim como engenheiros sanitários e hídricos para. As visitas realizadas pelo Comitê seguem um procedimento padrão. Elas começam com uma troca preliminar de pontos de vista com as autoridades dos presídios, seguindo por um passeio, de forma conjunta, por toda instalação prisional (INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS, 2012a).

No final de cada visita, os delegados expõem suas observações, constatações e recomendações para as autoridades, de maneira bilateral e confidencial. Ademais, se necessário, eles solicitam às autoridades que sanem as eventuais lacunas existentes no sistema prisional (INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS, 2012a).

O contato dos detidos com seus familiares é essencial para o bem-estar mental dos mesmos. O CICV, por meio de seu programa de reestabelecimento dos laços familiares, facilita o contato deles com seus entes queridos. Tal programa é composto por: a) mensagens da cruz vermelha; b) saudações orais; c) visitas das famílias e videoconferências (INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS, 2012a).

As mensagens da cruz vermelha consistem em cartas abertas trocadas entre os detidos e seus parentes próximos, contendo somente notícias da família. Antes da entrega, elas são submetidas a uma análise pelas autoridades prisionais.

Saudações orais são mensagens que significam “estou bem e seguro”, transmitidas pelo CICV através de telefone, a pedido dos detentos, com a autorização das autoridades, para os seus familiares.

O Comitê realiza avaliações nos serviços médicos prestados nos locais de detenção, objetivando certificar-se que o cuidado com a saúde possui o mesmo padrão que prevalece em outras partes do território afegão. Geralmente, o CICV não fornece cuidados médicos para detidos de forma individual, porém, em emergências médicas, v.g., princípio de

uma epidemia ou no caso de um detido estar muito doente, necessitando de um cuidado específico, a equipe médica do CICV encontra-se pronta para fornecer auxílio, bem como apta para ajudar substancialmente as autoridades com auxílio técnico e material (INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS, 2012a).

Durante as visitas na detenção, os delegados verificam, também, as condições de higiene e da água para certificar-se que os detidos são beneficiados com água em quantidade e qualidade adequadas, condições sanitárias adequadas e bom funcionamento da cozinha.

Campanhas de cuidados higiênicos são direcionadas aos detidos e aos funcionários da prisão para prevenir o início de doenças contagiosas. Os agentes de saúde supervisionam e monitoram os esforços das autoridades da prisão para erradicar insetos transmissores de doenças (INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS, 2012a).

Nos casos em que as autoridades da prisão são incapazes de prover as mínimas necessidades, o CICV fornece auxílio direto aos detidos. A cada outubro, o Comitê fornece a todos os detidos um pacote de auxílio ao rigoroso inverno afegão, contendo cobertores, mantas e outros itens (INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS, 2012a).

Através do diálogo entre os detidos, as autoridades de detenção e membros do sistema judiciário, os delegados do CICV monitoram o andamento dos julgamentos detidos, bem como se os mesmos têm acesso a todos os direitos que asseguram um julgamento justo sob égide da lei interacional e afegã (INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS, 2012a).

Em relação às pessoas feridas e doentes, muitos pacientes com ferimentos ocasionados por armas de fogo em uma das 29 províncias afetadas pelo conflito, receberam atendimentos em um dos 6.420 (seis mil quatrocentos e vinte) postos de primeiros-socorros instalados com auxílio do CICV

Conclusão

O Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV), sediado em Genebra, Suíça, é o principal órgão do Movimento Internacional da Cruz Vermelha e do Crescente Vermelho, composto ainda da Federação Internacional da Cruz Vermelha e do Crescente Vermelho e das Sociedades Nacionais da Cruz Vermelha e do Crescente Vermelho.

Consistem em objetivos fundamentais do CICV: prestar proteção e assistência humanitárias às vítimas dos conflitos armados e de outras situações de violência; realizar medidas para responder às emergências e promover, ao mesmo tempo, o respeito do Direito Internacional Humanitário e sua aplicação na legislação nacional.

A assistência humanitária visa prestar auxílio aos não-combatentes atingidos pelo conflito, pautando-se na observância dos princípios e o da igualdade soberania dos Estados.

Para garantir o respeito às normas de Direito Internacional Humanitário, durante a invasão americana ao Afeganistão, os delegados do CICV coletaram informações de ofensas às regras do DIH e fizeram representações às partes beligerantes.

Foram instalados com a ajuda do CICV cerca de 6. 420 (seis mil, quatrocentos e vinte) postos de primeiros-socorros para fornecer atendimento às pessoas feridas e doentes. O CICV financiou o transporte de pacientes para a unidade de assistência à saúde.

Voluntários do CICV forneceram auxílio aos pacientes nos leitos do Hospital de Mirwais, bem como treinaram a equipe afegã para melhorar os atendimentos nos casos críticos, dentre outras atividades humanitárias desenvolvidas.

Portanto, verifica-se que a presença do Comitê Internacional da Cruz Vermelha foi essencial para a efetivação do Direito Humanitário, pois atuou significativamente na diminuição dos efeitos fatídicos gerados à população civil pela guerra, bem como na busca pela observância das regras do Direito Internacional Humanitário, a fim de que fosse garantido o mínimo de dignidade às pessoas envolvidas nesse conflito armado.

Referências

BILL, Juliana de Castro. **Intervenção humanitária no conflito da Somália**. 2006. Monografia (Graduação em Direito) – Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2006.

BOUVIER, Antoine A.; QUINTIN, Anne; SASSÒLI, Marco. **How does law protect in war? Volume I: outline of International Humanitarian Law**. Geneva: International Committee of the Red Cross, 2011.

HOLZGREFE, J. H. **Humanitarian intervention: ethical, legal and political dilemmas**. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

HUMANITÁRIA. **O direito à assistência humanitária**: anais. Tradução de Catarina Eleonora F. da Silva e Jeanne Sawaya. Rio de Janeiro: Garamond, 1999. p.47-52.

INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS. Afghanistan. **Annual Report**, p.236-242, 2010. Disponível em: <<http://www.icrc.org/spa/assets/files/annual-report/current/icrc-annual-report-2010-afghanistan.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2012.

INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS. **International humanitarian law: treaties & documents**. CD-ROM. Version 5. Geneva: International Committee of the Red Cross Publications, 1998.

INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS. **Historia del CICR: El CICR y la Primeira Guerra Mundial: aspectos generales**. Disponível em: <<http://www.icrc.org/icrcspa.nsf>>. Acesso em: 15 mar. 2012b.

INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS. **International humanitarian law: answers to your questions**. Geneva: International Committee of the Red Cross, 2011.

INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS. **Solferino and the International Committee of the Red Cross**. Disponível em:

<<http://www.icrc.org/eng/resources/documents/feature/solferino-feature-240609.htm> > Acesso em: 2 fev. 2012c.

INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS. **The Geneva Conventions of 1949 and their additional protocols**. Disponível em: <<http://www.icrc.org/eng/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions/overview-geneva-conventions.htm>> Acesso em: 10 fev. 2012d.

KRIEGER, Cesar Amorim. **Direito internacional humanitário**. Curitiba: Juruá, 2011.

MARQUES, Ivan Contente. **Intervenções humanitárias**: aspectos políticos, morais e jurídicos de um conceito em (trans) formação. 2007. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais) – Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2007.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito internacional público e privado**. 3 ed. Bahia: Juspodivm, 2011.

SOUSA, Mônica Teresa Costa. **Direito internacional humanitário**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

SWINARSKI, Christophe. Derecho internacional humanitario como sistema de protección de la persona humana en su relación con el derecho internacional de los derechos humano. In: SILVA, Ricardo Mendes; FRAIDENRAIJ, Susana. **Elementos de derecho internacional humanitário**. México: Universidad Nacional Autónoma, 2001.

JUSTIÇA TERAPÊUTICA: UM NOVO PARADIGMA PARA A JUSTIÇA BRASILEIRA NO COMBATE A REINCIDÊNCIA DA CRIMINALIDADE PELO USO DAS DROGAS LICITAS E ILÍCITAS

**SEBASTIÃO HENRIQUE VIANA
BATISTA:** Bacharelando do Curso de Direito da
Faculdade Serra do Carmo

ENIO WALCÁCER DE OLIVEIRA FILHO^[1]

RESUMO: Neste artigo abordaremos o tratamento dado pela Lei 11.343 de 2006, conhecida como Lei de Drogas, quanto ao sujeito que se encontra na situação de usuário de drogas, verificando se efetivamente foi dado um tratamento não criminal a ele, tangenciando a esfera de atuação estatal quanto ao problema do usuário na esfera da saúde e da recuperação. O debate se faz encima de construções que diziam ter sido o uso de drogas descriminalizado, quando entendemos, e justificamos ao largo do artigo, que ao revés o uso além de não ser descriminalizado é em geral confundido com o crime de tráfico, a depender da condição socioeconômica do usuário, bem como as condições periféricas ou centrais de sua residência e vida. Neste sentido, abordamos ao largo do texto a possibilidade da utilização da justiça terapêutica como possibilidade de fuga do sistema penal tradicional no tratamento e recuperação do toxicômano, em vista de sua reinserção na sociedade e a mitigação dos danos causados em sua vida e na sociedade com o uso e exposição às drogas.

PALAVRAS-CHAVE: Lei de drogas. Usuário. Justiça Terapêutica.

ABSTRACT: In this article we will discuss the treatment given by Law 11.343 of 2006, known as the Drug Law, regarding the subject that is in the drug user situation, verifying if a non-criminal treatment was actually given to him, affecting the sphere of state performance to the problem of the user in the sphere of health and recovery. The debate is based on constructions that said that the use of drugs was decriminalized, when we understand and justify the article, that on the other hand the use, besides not being decriminalized, is generally confused with the crime of trafficking, depending on the socioeconomic condition of the user, as well as the

peripheral or central conditions of his residence and life. In this sense, we approach the text of the possibility of using therapeutic justice as a possibility of escape of the traditional penal system in the treatment and recovery of the toxin, in view of its reintegration into society and the mitigation of the damages caused in its life and society with drug use and exposure.

KEYWORDS: Drug law. User. Therapeutic Justice.

INTRODUÇÃO

Vivemos como pessoas no mundo, sujeitos de nossas próprias experiências e caminhada de vida, logo, interpretamos o mundo de acordo com as nossas subjetividades e preconceitos, no qual, as pessoas veem o mundo de acordo com a fatia social na qual estão incluídas. Em um país de extrema desigualdade, pessoas tendem a ver o mundo, também, de maneira desigual, na medida de suas próprias cognições e experiências de vida.

Os investimentos na área da saúde e educação são elementos essenciais para o provimento de uma igualdade mínima, são direitos sociais criados para coibir as desigualdades naturais de nossa sociedade e estabelecer uma determinada igualdade de pontos de partida, para além da mera formalidade constitucional. Contudo, como são estes direitos metas a serem cumpridas e consolidadas ao longo do tempo, ainda não se consegue efetivar essa igualdade como se pretende em nossa Carta, sendo o Brasil um país ainda extremamente desigual, o que mantém determinadas fatias sociais extremamente vulneráveis e suscetíveis a problemas históricos das sociedades.

A desigualdade, a vulnerabilidade, o distanciamento dos aparatos estatais, tanto para garantir direitos quanto para prevenir e reprimir crimes em certas áreas faz com que naturalmente nestas áreas alheias ao Estado ascenda à criminalidade por meio do fortalecimento do poder paralelo, como se pode vê nos morros do Rio de Janeiro e em outras áreas marginais do Brasil.

De outra banda o nosso sistema carcerário é caótico, sobre este ponto, o ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes (2017) afirma em entrevista á BBC Brasil que “Nós temos 360 mil vagas e quase 700 mil presos, uma superlotação. As condições dos presídios são péssimas. E a tendência, em função da legislação e a questão do tráfico de drogas, é a intensificação das prisões, principalmente as preventivas. ” Deste modo, ele aponta que uma boa parte destes presos são presos provisórios e que a Justiça em geral não tem como julgá-los. Aduz ainda, que o fluxo de entrada são enormes e não tem saída -, é causa da superlotação. (MENDES, 2017, *online*).

Ademais, o ministro Gilmar Mendes aponta como uma medida para descarcerização são os mutirões carcerários para visualizar excessos, apresentar julgamentos, liberar aqueles que precisam ser liberado, mudar de regime. Ou seja, são as visitas de juízes in loco.

Neste mesmo norte, o Conselho Nacional do Ministério Público (2016) publicou um relatório que define o sistema penitenciário brasileiro como caótico, pois possui graves deficiências estruturais, superlotação carcerária e condições desumanas de custódia, que submete ao país umas séries de violações dos direitos fundamentais. (BRASIL, 2016).

Em decorrência deste superencarceramento um problema crescente no Brasil vem multiplicando-se: a superlotação dos presídios^[2]. Alcançamos a marca de quarta população mundial em número de presos, e a tendência mostra uma crescente exponencial, somem-se a isso as condições precárias que se encontra o nosso sistema penitenciário, em que sequer garantias mínimas previstas nas legislações vigentes são aplicadas.

Vale destacar que o nosso ex-ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, em entrevista para a revista Estadão (2015), asseverou que nossos presídios são “masmorras medievais”. Daí pode extrair que os presídios brasileiros são fábricas de criminosos, basta verem que duas das maiores organizações criminosas brasileiras, o Comando Vermelho e o Primeiro Comando da Capital nasceram exatamente dentro destes sistemas falidos, e hoje os controlam, comandando rebeliões, separação

de presos e toda a sorte de crimes que acontecem sob a égide de um empreendimento que deveria ser controlado pelo Estado.

No que concerne às drogas, questão de grande relevo no cenário jurídico atual, e sempre foi uma questão controversa na sociedade, o sistema carcerário brasileiro vem crescendo exponencialmente em grande medida pela criminalização indistinta de usuários e traficantes, pois conforme o relatório do Levantamento Nacional de Informações Penitenciário (Infopen 2016), em virtude da Lei 11.343/2006 a população carcerária elevou-se a 28% (vinte e oito por cento), reflexo de que a Lei de Drogas não traz uma distinção clara entre um e outro, permitindo a discricionariedade na seleção de quem será classificado como um e outro no sistema.

Anteriormente, a Lei 6.368/1976 possuía um caráter repressivo e coercitivo, era conhecida como proibicionista. Diferentemente, a nossa legislação atual de drogas Lei 11.343/2006 vê a questão das drogas como uma questão de saúde pública, e como consequência deveria tratar o usuário de drogas como vítima de um problema de saúde pública, e não como alguém que merece punição.

Porém, observa-se que a nova Lei de Drogas não teve um resultado satisfatório, pois o índice de pessoas presas aumentou desde o início de sua vigência, como demonstra o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN (2016). Outro dado importante informado neste levantamento aponta para a criminalização desproporcional da comunidade preta, de baixa renda e de jovens, principalmente sem estudos, casos em que a simples posse de pequena quantidade de drogas é classificada, graças aos fatores socioeconômicos, como traficância.

Isso denota a dificuldade na diferenciação entre o usuário e o traficante na Lei de Drogas, já que os critérios não são quantitativos nem objetivos, deixando à margem do subjetivismo do aplicador da lei a definição e separação, o que inevitavelmente acontece sob as lentes dos preconceitos sociais inerentes a ele.

De antemão se verifica que o fulgor inovador que traria a nova lei, com uma visão mais ampla de tratamento das drogas como problema

complexo que envolve o crime e a saúde pública, logo convolou-se em uma lei que amplificou a estratificação social do criminoso.

Neste ponto o presente trabalho pretende demonstrar como a Justiça Terapêutica, ou Justiça Restaurativa, pode servir muito mais aos princípios da própria Lei de Drogas como medida de reinserção do usuário de drogas na sociedade, com vistas à promoção da terapia para o tratamento não de um criminoso, mas sim de um doente, como deve ser tratado o usuário de drogas.

Tem-se então como objetivo deste artigo, apresentar as formas com as quais a justiça terapêutica pode contribuir para o tratamento do usuário de drogas e a forma de retirá-lo da situação de vulnerabilidade para o cometimento de outros crimes que pode decorrer da toxicomania.

A metodologia utilizada para o desenvolvimento desta pesquisa tem como método exploratório, buscará estudos bibliográficos, livros, artigos, monografias, leis, além de documentos e textos em meio virtual.

Dar-se-á especial ênfase neste trabalho à Justiça Terapêutica com enfoque na prevenção e tratamento dos usuários de drogas ilícitas demonstrando os seus pontos positivos para o combate a criminalidade e desencarceramento, tendo em vista as infrações cometidas sob efeitos das drogas. Para tanto, serão ressaltadas possíveis causas que levam indivíduos a reincidir no crime levando em conta à vulnerabilidade social.

O primeiro ponto a ser aludido, é sobre Drogas e Legislação Penal, fazendo uma breve comparação entre a Antiga Lei de Drogas – 6.368/1976 e a Nova Lei de Drogas – 11.343/2006, bem como, analisando a inconstitucionalidade do artigo 28 desta lei; posteriormente, falarei sobre a reincidência na criminalidade, levando possíveis causa e o índice de pessoas que voltam a reincidir conforme o relatório do Nacional de Informações Penitenciárias; por fim, apontarei como um artifício para causa caótica do sistema prisional brasileiro, a Justiça Terapêutica, dando ênfase em sua aplicabilidade ao tratamento alternativo ao usuário de drogas.

1. DROGAS E LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Anteriormente, tínhamos uma legislação que dispunha medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito de entorpecentes e o seu uso, a lei 6.368/1976, conhecida também como 'proibicionista'^[3], sendo que umas das principais críticas ao antigo modelo seria a indefinição e separação de tratamento entre o traficante e o usuário de drogas, resumindo-se a diferenciação apenas no quantitativo da pena. A problemática residia exatamente em tratar o usuário como criminoso e não como uma pessoa doente, que necessite de recuperação.

A pena aplicada por esta lei ao usuário de droga seria de detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos e pagamento de 20 (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa conforme elencado no seu artigo 16. Ao passo que o traficante seria incluso na pena de 3 (três) a 15 (quinze) anos de prisão. De forma teratológica, ao invés de buscar tratamento ao usuário o que se permitia era remetê-lo à prisão, um ambiente cabalmente tomado pelo tráfico de drogas, em decorrência dos problemas estruturais do sistema penal brasileiro.

Por outro lado, com o advento da nova Lei de Drogas – 11.343/2006, que entrou em vigor em outubro de 2006, em seu artigo 3º aduz que o Sistema Nacional de Drogas tem com finalidade a prevenção do uso indevido, a atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas. Além disso, esta lei trata o usuário não como um criminoso e sim como uma pessoa que necessita de cuidados para tratar desta doença, aplicando outras medidas diversas da prisão para o usuário, e tratando-o como um doente que necessita do aparato estatal exatamente para livrar-se de seu vício.

Nesse sentido, a aplicabilidade da Lei 11.343/2006 possibilitou a distinção do usuário e do traficante de drogas, no que concerne ao tratamento penal, deste modo, reconhecendo que os dependentes de drogas necessitam de um tratamento diferenciado, o que possibilita uma melhor aplicação da pena.

A nova lei de drogas trás como pena alternativa para o usuário de drogas conforme é previsto no seu artigo 28, as seguintes medidas:

- [...] I - advertência sobre os efeitos das drogas;
- II - prestação de serviços à comunidade;

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

[...]

§ 3º As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.

§ 4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses.

§ 5º A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas. (BRASIL, 2006)

Segundo Gomes & Bianchini (2006) a nova lei de drogas trouxe, para o usuário, medidas despenalizadoras, à medida que não prevêem mais o ergástulo, ainda que não sejam medidas administrativas, mas ainda penais (diversas da prisão).

Notamos que a nova tônica da Lei 11.343/2016 busca tratar o usuário de drogas como um doente, ao revés da antiga lei que o tratava como criminoso. Neste sentido, o artigo 48 parágrafo § 2º desta lei aduz que o usuário deve ser encaminhado imediatamente ao juízo competente para medidas cabíveis. Percebe-se então que não houve uma descriminalização e sim uma *despenalização*, tendo em vista, que o uso de drogas ilícitas não deixou ser relevante para o âmbito jurídico. Com a despenalização, há uma substituição da pena de prisão por uma medida educativa e de reinserção desses usuários. (BRASIL, 2017).

Nesta lógica, Lamarck (2015) defende que essas mudanças na legislação trouxeram reflexão e adoção de novas práticas, que possibilita um enfoque no sistema judiciário a fim de resolver os conflitos e descarcerização, e reinserir o paciente bem como reduzir a reincidência,

tônica esta que vai de acordo com a superlotação do sistema prisional brasileiro, como apresentamos alhures.

Essa adoção de novas práticas é aplicável em um programa que envolve grupo de profissionais da área da saúde, psicologia e assistência social, onde, há uma espécie de terapia que parte de um processo desintoxicação, seja ela psíquica, por meio de cursos, como em medidas extremas por meio da internação e a desintoxicação química.

O nosso sistema vigente de prisão parece não resolver o problema da dependência do usuário de drogas. “Apenas e tão somente retirá-lo da rua não irá eliminar a droga ou o anseio de consumi-la. A real preocupação deve ser como recuperar o usuário, sua vida, seu cotidiano e afastá-lo do convívio nocivo com a droga”. (GONÇALVES, 2012, p. 9)

Contudo, há controvérsia na 11.343/2006 em relação à aplicabilidade e tratamento do dependente e usuário de droga, uma vez que, esta lei tem finalidade de reinserção social destas pessoas, sendo no diploma legal o uso de drogas identificado como um caso de saúde pública e não de justiça criminal.

Segundo Emmanuela (2009), no que tange aos usuários e o tratamento da Lei de Tóxicos, a Lei fracassou, tendo em vista, que apesar de distinguir o traficante do usuário de drogas formalmente, a grade dificuldade que a justiça tem em aplicar as medidas despenalizadoras. A uma porquanto há uma extremada dificuldade prática em se separar o usuário do traficante pelos critérios legais aplicados na lei^[4], a duas pela introjeção de fatores subjetivos nesta análise e não quantitativos, que podem levar a uma aplicação diferenciada em regiões diferenciados por conta de estigmas sociais inerentes à nossa sociedade desigual, uma verdadeira perseguição àqueles indivíduos que estão em desvantagens na sociedade, os outsiders de Becker.

Segundo Karam (2008, p. 118), a Lei de Drogas não chegou a despenalizar o usuário, apenas delimitou o tipo de pena aplicável ao usuário, mantendo seu caráter de penalização, e conseqüentemente os efeitos decorrentes da pena, tanto de prevenção quanto de repressão ao usuário, bem como os efeitos estigmatizatórios do mesmo.

Neste sentido, a antiga lei de drogas já mantinha o mesmo caráter, à medida que, como efeito prático, as penas aplicadas de detenção, consideradas de menor potencial ofensivo no caso, eram sempre passíveis ou de medidas despenalizadoras já na Lei 9.099/95 (transação penal e suspensão condicional do processo), bem como subsidiariamente a possibilidade de substituição por medidas diversas da prisão, consoante o art. 44 e seguintes do Código Penal. (KARAM, 2008, p. 118)

Em se tratando de drogas o perigo não está em sua circulação, mas na sua proibição e em decorrência a possibilidade de fomentar, sem o controle de produção e venda pelo Estado, um poder paralelo, neste sentido defende Karam (2008, p. 119) que em decorrência desta proibição acabemos “expandindo o poder punitivo, superpovoando prisões e negando direitos fundamentais, acaba por aproximar democracias de Estados totalitários”.

A expansão do poder punitivo impulsiona a guerra contra as drogas, conseqüente a perseguição do usuário como efeitos colaterais desta guerra.

Nas atuais tendências expansionistas do poder punitivo, impulsionadas, em grande parte, por essa “guerra às drogas”, a figura do “inimigo” ou de quem tenha comportamentos vistos como diferentes, “anormais” ou estranhos à moral dominante, se confunde nos criados perfis do “criminoso”, do “terrorista” ou do “dissidente” (KARAM, 2008, p. 119).

Ademais, o procedimento para tratativa que envolve o usuário de drogas é feito sem uma devida cautela “visto que a definição do que vem a ser usuário depende de uma análise subjetiva do magistrado ao se deparar com a quantidade e qualidade da droga como prevê o § 2.º do art. 28” da citada lei. (GONÇALVES, 2012, p. 2).

Vale ressaltar ainda, que há um conflito no tocante a aplicação do artigo 28 e 33 da citada lei, pois ambos os artigos possuem seus dispositivos os mesmos verbos: “adquirir”, “transportar”, “trazer” consigo drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Deste modo, “o grande enfrentamento é determinar o que

seria consumo pessoal e tráfico, pois se quatro previsões são colidentes como aferir o princípio de Justiça? Afinal, a disparidade de penas entre as condutas é enorme”. (GONÇALVES, 2012, p. 2)

Nesse seguimento, o procedimento para a identificação do usuário ainda é dificultoso, tendo em vista, primariamente, se identifica quantidade, o local e as condições em que foram encontradas substâncias ilícitas, posteriormente determinar a tipificação. (GONÇALVES, 2012, p. 2)

Desta feita, surge à indagação, qual seria a quantidade para enquadrar o agente com um usuário ou um traficante? E se o agente for encontrado nessas condições acima com uma quantidade elevada de drogas para o consumo próprio? “Será que dividir um cigarro de maconha com um amigo pode ser considerado tráfico, pensamento plenamente inteligível e adequado ao art. 33 que prevê o oferecimento como causa de tráfico”. Destaca-se que são tipificações e penas totalmente diferentes como inicialmente demonstrado. (GONÇALVES, 2012, p. 2-3)

Logo, o legislador pretendeu preservar o usuário de droga, pois nota-se que o universo prisional ao invés de recuperá-lo, irá agravar ainda mais a situação deste. Isto posto, o nosso sistema prisional atual é inviável para os usuários de drogas, pela facilidade com a qual se encontram dentro do sistema prisional. (GONÇALVES, 2012, p. 3)

Dentro do sistema penal a maioria da população é de jovens, negras, pobres e de baixa escolaridade e que a maioria dos encarceramentos é por crimes relacionados às drogas ilícitas. Entre as pessoas presas, 40% são provisórios e que as pesquisas indicam como principal fator dessa quantidade de encarcerados é a Lei 11.343/2008 – Lei de Drogas. (Infopen, 2017)

Segundo o relatório realizado pela *Human Rights Watch* (2017), organização internacional não-governamental que defende e realiza pesquisa sobre direitos humanos:

Um fator chave para o drástico aumento da população carcerária no Brasil foi a lei de drogas de 2006, que aumentou as penas para traficantes. Embora a lei tenha substituído a pena de prisão para

usuários de drogas por medidas alternativas como o serviço comunitário – o que deveria ter reduzido a população carcerária –, sua linguagem vaga possibilita que usuários sejam processados como traficantes. Em 2005, 9 por cento dos presos haviam sido detidos por crimes associados às drogas. Em 2014, eram 28 por cento, e, entre as mulheres, 64 por cento, de acordo com os últimos dados disponíveis (HUMAN RIGHTS WATCH, 2017, p. 4).

Em suma, percebe-se a forma pelo o qual é tratado o usuário e o traficante não mudou na prática, a velha política repressiva e coercitiva é a que prevalece, neste ponto, a forma de analisar o indivíduo é de forma seletiva, pela questão da vulnerabilidade social e fator econômico.

2. O SISTEMA PENAL BRASILEIRO E SEU CARÁTER REPRESSIVO

A evolução história do Direito Penal, é marcada pela crueldade e derramamento de sangue. Não eram respeitadas as garantias fundamentais e muito menos a dignidade da pessoa humana. Passando-se por período de vinganças divinas (povos primitivos), vingança privada (prática de justiça pelas próprias mãos); vingança pública (com o fortalecimento dos Estados); pela Idade Média (ascensão do período político – direito penal grego, divisão dos crimes – Direito Romano); Idade Média (Direito Penal Germânico e Direito Penal Canônico); e pela Idade Moderna (período humanitário). (TRIGUEIROS, 2016, p. 811)

Com isso, pode-se observar que o Direito Penal evoluiu de acordo com as necessidades sociais da época em qual é vivida adaptando conforme a evolução da sociedade, sempre demonstrando os fatores mais democráticos ou autoritários de uma sociedade, como aduz Goldshimit.

Partindo desse norte, atualmente, temos uma legislação penal arcaica que não cumpre o seu papel na sociedade conforme a sua finalidade primitiva e que precisa ser modificada conforme os anseios da sociedade atual e principalmente a nossa realidade.

Então, a princípio deve ressaltar a finalidade do Direito Penal, que é uma norma reguladora do comportamento humano, que protege o direito mais relevante da sociedade, tais como: a vida, o tempo, a liberdade, o patrimônio e outros. Assim, pode-se dizer que o Direito Penal possui uma face de proteção da sociedade de atos ilícitos no âmbito criminal (GARCIA, 2016, P. 809).

Para tanto, a essência do Direito Penal Brasileiro é de fato, evitar que o crime ocorra. Porém, o que na prática ocorre é uma inversão da finalidade deste ramo do direito, uma vez, que o Direito Penal é usado para punir, somente punir, e não evitar que o crime aconteça, assim, trás para a sociedade uma sensação de insegurança porque o papel do Direito Penal não está sendo cumprido conforme a sua essência. (TRIGUEIROS, 2016, p. 809).

Para Silveira & Dias (2016) o sistema punitivista adotado pelo Brasil não alcança uma efetividade satisfatória, é uma máquina de privações que perde sua finalidade e ainda, não cumpri com o seu papel, muitos menos evita a reincidência e não efetividade no combate a criminalidade, desde modo o que esperar de um sistema que causa insegurança para a sociedade? A sua ineficiência é tão grande que sequer trás para uma sociedade uma sensação de conforto, pois temos um sistema punitivista que não passa de uma fábrica de criminosos.

O Direito Penal Brasileiro tem uma força coercitiva, logo quando nos deparamos com alguma ação delituosa já se passa pela mente uma punição. Porém, de certo, se ocorreu um crime é porque a norma penal não foi eficiente na sua missão primária, que é evitar que o crime aconteça, há uma profusão de tipos penais incriminatórios, mas uma pouca efetividade na evitação destes crimes e ainda em sua apuração.

Diante da situação que o nosso país vem vivenciando nesses últimos anos percebe-se que de fato deve haver uma revisão no nosso Código Penal. Nesse sentido, deve-se adotar como meio de cumprimento de pena que trás para a nossa sociedade uma segurança enquanto eficácia das normas existentes no nosso ordenamento jurídico diferente da norma repressiva e punitivista vigente.

Deste modo, verifica-se que a importância de um direito penal que respeita a dignidade humana, bem como possibilita aos indivíduos que age em desfavor da lei um tratamento eficaz para que este não volte a reincidir, dessa forma, diminuir o índice da criminalidade. Pois norma penal reflete nas demais sanções imposta aqueles indivíduos que pratica crime tipificado em leis espacia, no caso em estudo, a Lei de Drogas.

3. A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006

Para o ministro Gilmar Mendes o artigo 28 da Lei 11.343/2006 que criminaliza o porte de droga para o uso pessoal é inconstitucional. Existe, neste sentido, uma ação de Inconstitucionalidade em curso, pendente de julgamento, que busca efetivamente essa declaração, tendo inclusive votos já prolatados em sede de julgamento. (BRASIL, 2015).

Para tanto, o ministro Gilmar Mendes relator do Recurso Extraordinário votou pela inconstitucionalidade, sob o argumento:

Apesar do abrandamento das consequências penais da posse de drogas para consumo pessoal, a mera previsão da conduta como infração de natureza penal tem resultado em crescente estigmatização, neutralizando, com isso, os objetivos expressamente definidos no sistema nacional de políticas sobre drogas, em relação a usuários e dependentes, em sintonia com políticas de redução de danos e prevenção de riscos (BRASIL, 2015).

O Ministro Gilmar Mendes (2015) abarca ainda o direito a personalidade dos usuários, em seus termos “o direito ao desenvolvimento da personalidade em suas várias manifestações, de forma, portanto, claramente desproporcional”.

Nesse mesmo sentido, Maria Lúcia Karam (2006) aduz que:

A simples posse para uso pessoal das drogas qualificadas de ilícitas, ou seu consumo em circunstâncias que não envolvam um perigo concreto,

direto e imediato para terceiros, são condutas que não afetam nenhum bem jurídico alheio, dizendo respeito unicamente ao indivíduo, à sua intimidade e às suas opções pessoais. Em uma democracia, o Estado não está autorizado a intervir sobre condutas de tal natureza, não podendo impor qualquer espécie de pena, nem sanções administrativas, nem tratamento médico obrigatório, nem qualquer outra restrição à liberdade do indivíduo. Em uma democracia, enquanto não afete concreta, direta e imediatamente direitos de terceiros, o indivíduo pode ser e fazer o que bem quiser. (KARAM, 2008, p.118).

Karam (2008) defende que essa criminalização antecipada viola o princípio da lesividade ou ofensividade da conduta proibida, em esta conduta só poderá ser objeto de criminalização quando, direta, imediata e significativa afete um bem juridicamente relacionados aos direitos individuais concretos. Dessa maneira, as drogas que consiste em tutelar a saúde pública, que só poderia ser visualizado com a produção e distribuição destas.

Com isso, diante o princípio da ofensividade pode se afirmar que não há crime sem lesão ou perigo concreto ao bem juridicamente tutelado nos crimes de perigo abstrato aos quais se enquadra o porte de droga para o uso pessoal.

4. A REINCIDÊNCIA NA CRIMINALIDADE

Ao longo da história, conforme preconiza Durkheim, o crime consiste num ato que ofende certos sentimentos coletivos dotados de uma energia e de uma clareza particulares, sendo para ele um fator normal e decorrente da própria sociedade, e até necessário e útil, sendo que muitas vezes, ele constitui uma simples antecipação da moral futura.

Conforme a Bíblia Sagrada (2012) assim que Deus criou o mundo, o homem e a mulher a eles foram determinados que todos os frutos Adão e Eva poderiam comer, porém, apenas o fruto de uma única árvore “fruto proibido” eles não podiam comer. Assim, eles não resistiram e comeram o

fruto proibido, ou seja, transgrediram a Lei de Deus e suas punições foi suas expulsões do Jardim do Éden.

Segundo Veiga (2011) também, encontramos fato histórico na mitologia grega, onde, “na tragédia grega tudo acontece pelo desejo do homem se livrar dos limites lhes impostos pelos deuses e transcender pelo êxtase, comungando com a imortalidade”.

Trazendo esses contextos para os nossos dias atuais, considerando a finalidade das normas que é regular o comportamento dos homens, e que não pode ser escusável o seu desconhecimento, o que ocorre com o Direito Penal, é que foi criado com a finalidade de evitar que o crime ocorra. Sendo assim, qualquer ato praticado que configurar crime acarretará uma pena.

Para tanto, para compreendermos a questão da reincidência do indivíduo na criminalidade, devemos levar em consideração a motivação do crime, o porquê ocorreu o crime. Aqui levamos em consideração que os motivos que fazem com que um indivíduo cometa um crime são as desvantagens sociais. Pois o que vêm sendo apontado nas pesquisas realizadas nas penitenciárias brasileiras é que a população carcerária é composta por maioria de negros e pobres.

Dessa maneira, Silveira e Dias (2016) afirmam que a questão dos indivíduos estarem vulneráveis torna-os mais propensos a se deixarem corromper no mundo do crime. Pois vivemos em sociedade desigual, que gira em torno do consumismo exacerbado que acarreta frustrações na vida pela questão do prazer sem limites, com isso, buscamos a felicidade em uma sociedade capitalista que trás como consequências frustrações para nossas vidas.

Então, podemos observar que o Estado é falho em não possibilitar a sociedade os elementos básicos (mínimos) para a construção do ser humano para sua convivência no meio social. Juntamente com o preconceito que é inerente na nossa sociedade que vem deste os primórdios até os dias de hoje.

Portanto, é uma série de fatores que fazem com que os indivíduos se corrompam e pratiquem crimes, recebendo penas que não contribuem para a libertação deste mal voltando à vida da criminalidade e delinquência, pois o nosso Sistema Penal não cumpre com o seu papel em vista da sua inversão.

5.1 PRINCIPAIS CAUSAS DE REINCIDÊNCIA DA CRIMINALIDADE PELO FATOR DROGAS LÍCITAS E ILÍCITAS.

Nos dias de hoje, a banalização das drogas está afetando todos os grupos e classes sociais brasileiras. É o que pode ser apontado como uma das principais causas que influenciam as pessoas principalmente pela globalização e o mundo capitalista e consumista em que vivemos que trazem consequências frustradas para nossas vidas.

Para tanto, as relações entre as pessoas sejam no ambiente familiar, grupos de amigos ou pelas próprias relações vividas entre homem e sociedade, que de alguma forma influencia o indivíduo a entrar nesse mundo que para muitos é um caminho sem volta.

Como mecanismos que contribuem para influenciar os indivíduos no mundo de drogas, pode ser explicado por algumas fases estas que podem ser compreendidas como primariamente uma busca de novas experiências, no qual o indivíduo busca as drogas devido à curiosidade, que envolve “pressão de amigos ou vontade de imitar um ídolo, entre os adolescentes principalmente, o ato de usar drogas e tido como uma aventura e que algumas pessoas que consomem a droga pela primeira vez passa a praticar o que médicos e psicólogos chamam de uso recreativo ou social” (MARIANO, 2013, p. 18).

No segundo momento a droga não mais será usada por curiosidade, agora o indivíduo será influenciado pelo o ambiente ao qual se encontra. Por fim, a terceira fase pode ser explicada pela relação familiar, pelo fato do desemprego, educação e lazer (MARIANO, 2013, p. 18).

Diante disso, o reflexo dessas fases é a elevação de números de usuários de drogas e conseqüentemente o aumento da criminalidade,

devido à vulnerabilidade social, o que possibilita a estes a praticarem crime.

No tocante a reincidência do usuário de drogas no mundo da criminalidade é que no nosso ordenamento jurídico encontramos formas de reabilitação dessas pessoas que não passa da forma teórica codificada, pois o Estado não oferece um tratamento digno para estes usuários, porque de fato, o nosso Sistema Penal não ressocializa o preso, o que ele faz é punir o indivíduo privando lhe sua liberdade e jogando lhe na fábrica da bandidagem.

Nesse sentindo, o que encontramos é um estado caótico do sistema prisional brasileiro, que com os efeitos da lei antidrogas, ocorre excesso de prisões provisórias, regime fechado (mesmo quando cabem penas alternativas). É preocupante, com a ausência de ações efetivas de ressocialização a consequência é o fortalecendo do crime.

Desta feita, é possível uma alternativa para diminuir a criminalidade através da política pública Justiça Terapêutica que pode mudar o patamar que a sociedade se encontra, pois a Justiça Alternativa tem um compromisso de ressocializar os indivíduos que cometem crimes sob efeito de drogas.

6. JUSTIÇA TERAPÊUTICA

6.1. ORIGEM DA JUSTIÇA TERAPÊUTICA

A Justiça Terapêutica é inspirada nas *Drug Courts* (tribunais de drogas) que se iniciou por volta dos anos 70 em Miami, Estados Unidos da América e já adotada em alguns estados brasileiros como o Estado do Rio Grande do Sul, “consiste na combinação de um sistema jurídico associado a um sistema de tratamento” que abrange um conjunto de medidas voltado ao usuário abusivo ou dependente de substâncias entorpecentes em conflito com a justiça. É aplicado nos casos em que o uso de drogas está envolvido na prática criminosa de menor potencial ofensivo, deste modo, será aplicado a estes casos um tratamento contrário da aplicação de pena privativa de liberdade (VAILATE & MOTA, 2015, p. 6).

Segundo Fensterseifer (2009) a Justiça Restaurativa surgiu nos Estados Unidos da América em um momento de avanço de usuários de drogas:

[...] num momento em que o uso de drogas e o aumento da criminalidade apresentavam-se em níveis próximos à insuportabilidade. Nesse contexto, foram implantadas varas para atender os crimes cometidos por usuários de drogas que gostariam de participar de um programa de reabilitação em vez de responder a um processo criminal tradicional [...].
(FENSTERSEIFER, 2009, p. 11)

Na legislação brasileira passou a ser reconhecida que o fator drogas influência na criminalidade, com isso, com o advento do Estatuto da Criança e do adolescente – ECA de 1990, em seu artigo 101, inciso V e VI, surgiu à proposta de tratamento ao jovem infrator que possui dependência química. Tratamento este que será “autoridade competente, requisite o tratamento psicológico, médico e/ou psiquiátrico em ambiente ambulatorial e/ou hospitalar ou inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoolista e toxicômanos” (VERGARA, 2011, p. 2).

Conforme Fensterseifer (2009) os tribunais das drogas são medidas jurídica e penal que direcionam os usuários de drogas e infratores que manifestam condutas violentas e antissociais para inicialmente tenham tratamento de desintoxicação em clínicas médicas e hospitais. Que requer um monitoramento da execução da pena – tratamento com a solicitação de avaliações, exames e relatórios da equipe de saúde e da assistência social e psicológica.

No ano de 1996 e 1997, o Ministério Público do Rio Grande do Sul deu início ao “Projeto Consciência”, que buscava tratar a criminalidade relacionada ao uso de drogas de forma mais satisfatória. Tal projeto transformou-se no programa denominado “RS sem Drogas”. Já no ano de 2000, foi criada a Associação Nacional de Justiça Terapêutica – ANJT, que busca incentivar os acusados que praticaram delitos sob efeitos de drogas a aderirem ao tratamento (FENSTERSEIFER, 2009, p. 12-13).

A justiça terapêutica, hodiernamente, já abrange alguns estados brasileiros, tais como: Pernambuco, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Minas Gerais, Sergipe e Paraná). No entanto, o estado mais significativo através da justiça terapêutica é o estado de Pernambuco, onde, existe desde 2001 o Centro de Justiça Terapêutica. (GIACOMINI, 2009)

6.2. VIABILIZAÇÃO DO PROGRAMA JUSTIÇA TERAPÊUTICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A aplicabilidade da Justiça Terapêutica gira em face da resolução de conflitos nas áreas de crimes de violência doméstica, crimes cometidos por menores de idade, entres outras infrações onde o elemento drogas está presente em vista do abuso de substâncias psicotóxicas. O estudo também envolve a questão do modelo de tratamento adotado pelo nosso Estado em torno desses crimes, que é o iminentemente coercitivo, e que este tipo de cumprimento de pena pesa no bolso da sociedade e que de nada adianta, pois o através desse sistema punitivista o nível de reincidência é bastante elevado.

Para Lamarck (2009) o fato de que cada vez mais existem pessoas que possui dependência química de drogas no Brasil, trás consequências dolorosas de violência físicas sofridas e praticadas com o objetivo de obter dinheiro para manter o vício, sofrimento no âmbito familiar, bem com, abandono dos filhos e do trabalho, o encarceramento pelo uso de drogas, e em muitos casos a pratica de crimes contra o patrimônio e a vida.

De acordo com Brandão (2014) o aumento da população carcerária no país é exorbitante. Enquanto a população brasileira cresceu 36% no período de janeiro de 1992 a junho de 2013, o número de pessoas presas aumentou 403,5%, (quatrocentos e três e cinco centésimos por cento) segundo dados do Ministério da Justiça.

A população carcerária brasileira atualmente chega a mais de 622 mil detentos, segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN (2016). O relatório mostra que os perfis das pessoas presas são jovens, negras, pobres e de baixa escolaridade e que

a maioria dos encarceramentos é por crimes relacionados às drogas ilícitas.

Diante dos excessos de prisões provisórias o sistema penal adotado pelo Brasil somente serve para punir o indivíduo, não oferecendo um tratamento eficaz de recuperação do paciente para o seu retorno ao convívio social evitando a sua reincidência na criminalidade.

Inicialmente pode-se apontar como ponto para a viabilização da Justiça Terapêutica, como já demonstrando anteriormente, a Lei 8.069/1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA em seu dispositivo 101 possibilita aos dependentes químicos um tratamento diferente do sistema adotado pelo atual sistema criminal. Esse sistema alternativo tem inspiração dos tribunais para dependentes químicos dos Estados Unidos e do Canadá.

Com o advento da Lei de Drogas nº 11.343/2006 foi criada a Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas (SENAD), que institui as medidas para prevenção, repressão, recuperação, tratamento, recuperação, reinserção social do paciente, e aduz que no caso de infrações penais por porte, uso e aquisição de drogas ilícitas seja processado pelo Juizado Especial Criminal – JECRIM.

Conforme Silva (2014) os efeitos do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006 no programa Justiça Terapêutica, vão além que prescrito:

a. Contravenções penais (Decreto-Lei nº 3.688/41): via de fato, provocação de tumulto, perturbação do trabalho ou sossego alheios, importunação ofensiva ao pudor, embriaguez e perturbação da tranquilidade;

b. Crimes contra a pessoa: homicídio, aborto, lesões corporais, notadamente envolvendo relações domésticas e/ou familiares e de vizinhança, perigo para a vida ou saúde de outrem, abandono de incapaz e maus tratos;

c. Crime contra o patrimônio: furto, roubo, dano, apropriação indébita, estelionato e receptação;

d. Crimes contra os costumes: estupro, atentado violento ao pudor, corrupção de menores e favorecimento da prostituição, casa de prostituição, rufianismo e ato obsceno;

e. Crimes contra a assistência familiar: abandono material e abandono intelectual;

f. Crimes contra a paz pública: quadrilha ou bando;

g. Crimes praticados por particular contra a administração geral: resistência, desobediência e desacato;

h. Crimes praticados contra a administração da justiça: exercício arbitrário das próprias razões;

i. Crimes da Lei nº 6.368/76: porte para uso de substâncias entorpecentes;

j. Crimes da Lei 9.437/97: porte ilegal de arma de fogo e disparar de arma de fogo em local habitado;

k. Crimes da Lei 9.503/97: homicídio culposo, lesão corporal culposa, condução de veículos sob a influência de álcool ou de efeitos análogos e participação de corrida ou competição na via pública.

Com as alterações que sucederam com Lei de Drogas foi possível à distinção entre o traficante e o usuário de drogas ilícitas, ao qual, reconheceu que estes necessitam de um tratamento diferenciado, deste modo, a pena mostra-se com melhor eficácia.

Nesse sentido, essas mudanças na legislação trouxeram reflexão e adoção de novas práticas que tem como um enfoque na resolução de conflitos e descarceirização que visa à reinserção e a redução da reincidência, mesmo que ainda haja uma grande dificuldade, graças a

lacuna na lei, de diferenciação por ausência de critérios claros de definição sobre o que vem a ser um usuário.

Ainda, com o advento da Lei N° 11.343/2006 – Lei de Drogas, em especial no artigo 28, inciso III, foi inovação que esta lei trouxe para o Sistema Judiciário Brasileiro, onde, viabilizou a Justiça Terapêutica. Sua aplicação tem como finalidade o direito do agente dependente de drogas a um tratamento de desintoxicação em clínicas médicas e hospitais, monitorada por equipe de saúde, assistência social e psicóloga.

Dessa forma, a Justiça Alternativa possibilitará se colacionada a uma correta aplicação na distinção entre usuários e traficantes, um tratamento digno e ressocialização do usuário de drogas através da junção entre as políticas criminais e de saúde pública.

6.3 TRATAMENTO

O tratamento oferecido pela justiça terapêutica é um benefício processual que dever ser oferecido ao envolvido que se enquadram nos propósitos da medida alternativa, é um direito subjetivo da pessoa, que leva em conta o seu livre arbítrio de se suceder a medida ou não, no caso, sua resposta seja negativa de não aderir ao tratamento, correrá o processo judicial normalmente. Nesse sentido, a partir do momento que o dependente de drogas adere ao programa imediatamente será controlado judicialmente e passará a ser supervisionado.

Para Giacomini (2009), o procedimento poderá ser feito por fases, quais são: o momento prejudicial, que avaliará se a conduta tem relação com o consumo de drogas e uma segunda etapa, chamada de fase judicial, aonde é apresentado o programa ao paciente, no qual, decidirá pela aplicação ou não do programa, neste momento será usado os requisitos e formalidades legais pelo juiz competente.

A fase judicial vai desde o momento anterior à proposição da denúncia, no qual poderá ser feita a transação penal, até o final do cumprimento da pena, visto que, durante a execução penal, poderão ocorrer

diversos incidentes de interesses do Poder Judiciário.
(GIACOMINI, 2009, p. 11)

Ainda conforme Giacomini (2009):

É nessa fase que acontece o encaminhamento do usuário, pelo juiz, à instituição na qual será realizada a medida de tratamento, com o envolvimento de médicos, psicólogos, ONG's e uma série de outros profissionais, além do juiz que deve acompanhar o desenvolvimento, por meio de relatórios. (GIACOMINI, 2009, p. 12)

Neste tratamento, o infrator passará por uma equipe interdisciplinar, que envolverá vários especialistas em que inicialmente será feito um diagnóstico global deste.

Giacomini (2009) explica que tratamento será feito em parceria com a rede pública e da rede privada de saúde, envolvendo ainda, diversos grupos de apoio, como Associações, em convênio com a Administração Pública e o Poder Judiciário.

6.4 BENEFÍCIOS DO PROGRAMA

O simples afastamento do usuário do sistema carcerário falido no Brasil atual já é demonstração suficiente dos benefícios de incorporação da justiça terapêutica ao usuário de drogas. Pode se somar a isso a redução da superpopulação carcerária no Brasil, bem como a redução dos custos envolvidos no processo, sob uma ótica pragmática. Sob uma ótica individual de garantias, tem-se uma efetiva consolidação dos fins da pena, em especial da reinserção do usuário na cadeia produtiva da sociedade.

Podemos elencar especificamente pontos que denotam essas vantagens, na seguinte ordem:

- a. Permite a solução do problema legal, ou seja, da infração cometida, bem como a do problema de saúde que envolve o uso de drogas;

- b. Evita a prisão e oferece ao infrator a possibilidade de receber atendimento profissional especializado;
- c. Aumenta a probabilidade de se romper o binômio droga-crime;
- d. Diminui a reincidência da conduta infracional e o comportamento recorrente do uso de drogas com consequente redução na criminalidade;
- e. Reduz o custo social, por ser a atenção à saúde menos cara e mais efetiva que o simples encarceramento;
- f. O infrator tem seus processos arquivados, não constando ao final, antecedentes criminais. (LIMA, 2009)

Dessa forma, o grande diferencial do tratamento oferecido pelo programa é a sua eficácia no tocante a reeducação e reinserção do infrator usuário na sociedade, além de apresentar para o Estado um custo financeiro reduzido.

No entanto, enfatiza Lamarck (2015) que diante a realidade em que se encontra o Brasil, a atual a Justiça Terapêutica pode ser um atalho para o não encarceramento, pois dispõe ao indivíduo e a sua família tratamento, acompanhamento, educação formal, qualificação, estímulo ao crescimento pessoal, familiar e social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo buscou-se analisar uma possível alternativa diversa da punição para minimizar dois grandes problemas que afetam toda a sociedade brasileira, quais são: drogas e a criminalidade.

É evidente que a população brasileira sofre com a omissão do Estado, pois falta de investimentos voltados para as áreas da saúde e educação que, por sua vez, são elementos essenciais para prove-se uma igualdade mínima da sociedade brasileira. Essa omissão estatal afeta

todas as classes sociais, principalmente aquela que se encontram as margens da sociedade.

Com isso, a vulnerabilidade social pode explicar o grande avanço da quantidade de usuário de drogas, que por consequência, viabiliza a criminalidade. Dessa forma, notamos que esse problema se tornou algo sem solução, e que o Estado só tem a oferecer para combater esses males, um sistema prisional falido que não possui nenhuma eficácia, porque suas formas são arcaicas, onde, preocupa em somente castigar aqueles contrários a lei, sem se procurar com a restauração do indivíduo, isso é um fato preocupante, que devido à ausência de ações efetivas de ressocialização o resultado é o fortalecendo do crime.

Sabemos que as drogas e a criminalidade percorrem juntas, deste modo, para que tenhamos bons resultados em seu combate é necessário que primeiro resolver a questão do uso de drogas, que não é necessário a sua descriminalização, despenalização, e muito menos, punir o infrator usuário, pois a dependência sempre existirá. Na verdade, para que se alcance bons resultados, como foi enfatizado neste trabalho, é o tratar esses indivíduos, que por ser dependentes de drogas, não deixam de ter dignidade. Dessa maneira, deve adotar medidas alternativas (diversa da prisão) para o tratamento dos usuários de drogas, como é oferecido pela justiça terapêutica.

Neste contexto, buscou se demonstrar o cabimento da medida alternativa para o tratamento multidisciplinar dos usuários de drogas que cometem crimes sob o seu efeito destas, deste modo, enfatizamos a sua inovação no tocante da visão de tratar o usuário/dependente, pois isso é questão de saúde pública. Entretanto, ressaltamos a sua negatividade, pois com o advento da Lei 11.343/2006 o número da população carcerária elevou-se, chegando atualmente a quarenta por cento da população carcerária pela traficância, conforme aponta o relatório do INFOPEN (2016). O que evidencia que há um problema na aplicabilidade da lei, pois nota-se a dificuldade de distinguir, o traficante do usuário de drogas fazendo que muitos usuários fossem para trás das grades, o que faz agravar ainda mais a situação desses indivíduos, pois é sabido que os presídios são escola da bandidagem.

O programa oferece uma possibilidade de desmembrar a droga da criminalidade, porque esse afasta da ceara de punição, e se direciona ao cuidado de restabelecer a saúde do usuário/dependente de drogas como forma de restaurar o infrator, de tal maneira, que este não volta a delinquir, ou seja, a justiça terapêutica preocupa com a reinserção deste para o convívio social.

Para tanto, tratamento oferecido pela justiça terapêutica é um benefício processual que dever ser oferecido ao envolvido que se enquadram nos propósitos da medida alternativa, é um direito subjetivo da pessoa, que leva em conta o seu livre arbítrio de se suceder a medida ou não, no caso, sua resposta seja negativa de não aderir ao tratamento, correrá o processo judicial normalmente. Nesse sentido, a partir do momento que o dependente de drogas adere ao programa imediatamente será controlado judicialmente e passará a ser supervisionado.

Observamos que para o deferimento da medida alternativa, é preciso que preliminarmente um processo judicial para verificar a possibilidade da aplicação da medida, que posteriormente será apresentado ao usuário. O tratamento envolve uma equipe interdisciplinar, que engloba vários profissionais. Veja que o tratamento é realizado com a parceria com a rede pública.

Pelo o que foi exposto nesta pesquisa, a Justiça Terapêutica é o método que demonstra ser mais eficaz para recuperar o usuário de drogas, possibilitando a este um tratamento mais digno, pois trabalha com a recuperação da saúde do infrator usuário, que busca a reeducação e reinserção do infrator usuário na sociedade, além de apresentar para o Estado um custo financeiro reduzido.

REFERÊNCIAS CONSULTADAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE JUSTIÇA (ABJ): O punitivismo na política de guerra as drogas e as alternativas na busca de proteção à saúde dos usuários. Disponível em:

. Acesso em: 30 mar. 2017.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE JUSTIÇA. O punitivismo na política de guerra as drogas e as alternativas na busca de proteção à saúde dos usuários. Disponível em:. Acesso em: 30 mar. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*:promulgada em 5 de outubro de 1988. 22. Ed. São Paulo: Rideel, 2016.

BRASIL. Lei no 11.343/20016.

BÍBLIA. Português. Bíblia Sagrada. Traduzida por João Ferreira de Almeida. Revista e Atualizada. São Paulo: Barueri, 2012.

BRANDÃO, M., EBC Agência Brasil. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2014-03/populacao-carceraria-aumentou-mais-de-400-nos-ultimos-20-anos-no-brasil>>. Acesso em 20 de 06 de 2017.

BRASIL. *Lei no 11.343, de 23 de agosto de 2006*. Dispõe sobre o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas Sisnad? prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas? estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas? define crimes e dá outras providências.

Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 23 fev. 2017.

BRASIL. Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm. Acesso: 22 mar. 2017.

BRASIL. Justiça e Segurança Pública. MJ divulga novo relatório sobre população carcerária brasileira.

Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/radio/mj-divulga-novo-relatorio-sobre-populacao-carceraria-brasileira>>. Acesso: 22/11/2017.

BRASIL. STF. Art. 28 da Lei 11.343/2006 e Despenalização (RE 430105 QO/RJ). Disponível em: . Acesso em: 22/11/2017.

BRASIL. *Lei 8.069 de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.

Disponível em:

< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 24 nov. 2017.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO - **A Visão do Ministério Público sobre o sistema prisional brasileiro – 2016** - Página Principal/Publicações/A Visão do Ministério Público sobre o sistema prisional brasileiro – 2016. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/publicacoes/9948-a-visao-do-ministerio-publico-sobre-o-sistema-prisional-brasileiro-2016>>. Acesso em: 12 out. 2017. Blog: CNPM.

CARNEIRO, Edward e Henrique. **Drogas e cultura: novas perspectivas**. Salvador, BA: EDUFBA, 2008, p. 105-120.

FENSTERSEIFER, Daniel Pulcherio. Justiça Terapêutica e Drug Treatment Courts: perspectivas de uma contextualização do sistema canadense ao brasileiro sob alguns aspectos funcionais e criminológicos. Trabalho de Conclusão de Curso (meste em Direito) Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Mestrado, da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Disponível em: . Acesso em 22 set. 2017.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINIHTTP, Alice. **Usuário de drogas: a polêmica sobre a natureza jurídica ao art. 28 da Lei 11.343/06**. Disponível em:

. Acesso em: 12 out. 2017.

GIACOMINI, Eduarda. A Justiça Terapêutica como alternativa ao Sistema Penal Brasileiro. In: *Âmbito Jurídico*. Disponível em: <> Acesso em: 18 ago. 2017.

GONÇALVES, Antonio Baptista - Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo | vol. 30/2012 | p. 87 - 131 | Jul - Dez / 2012 | DTR2012451353 – Acesso em: 02/09/2017.

RELÓGIO DOS DIREITOS HUMANOS. Relatório Mundial 2017.

Disponível em:

. Acesso em: 14/10/2017.

KARAM, Maria Lucia. A Lei 11.343/06 e os repetidos danos do proibicionismo. In: LABATE, Beatriz Caiuby, GOULART, Sandra Lucia, FIORE, Mauricio, MACRAE,

LIMA, Flávio Augusto de. **Justiça Terapêutica**: em busca de um novo paradigma. Trabalho de Conclusão de Curso de Doutorado (Doutor em Direito) Departamento de Direito Penal Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

LAMARCK, Sarah. **Análise do Programa Justiça Terapêutica no município de Goiânia nos anos de 2010-2013**. Trabalho de Conclusão de Curso de Pós-Graduação (mestrado em Direito) Programa de Pós-Graduação em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento da Pontifícia Universidade Católica de Goiás, 2015. Disponível em: <http://tede2.pucgoias.edu.br:8080/bitstream/tede/2756/1/SARAH%20LAMARCK.pdf>.>Acesso em 23 de Abril de 2017.

LINS, Emmanuela Vilar. A nova Lei de Drogas e o usuário: s emergência de uma política pautada na prevenção, na redução de danos, ma assistência e na reinserção social. Disponível em: . Acesso em:

MARIANO, Saritha Regina Pedreira Chagas. Sistema Educacional Online., disponível em:

. Acesso em: 29 mai. 2017.

SOUZA, Felipe. **A questão não se resolve com construção de presídios', diz Gilmar Mendes sobre crise penitenciária.** BBC Brasil, São Paulo, SP, 2017. Jan. 2017. Disponível em:

. Acesso em: 12 out. 2017.

TRIGUEIROS, Artur. Super-revisão para OAB: doutrina completa/Vagner Garcia [coordenador]. – 6. Ed. – Indaiatuba, SP: Foco Jurídico, 2016. Direito Penal.

VEIGA, Michele Martins da. Fatores do Crime. Disponível em: . Acesso em: 26 mai. 2017.

VAILATE, Willian; MOTA, Ederson Luiz Matos. Revista de Divulgação científica. Justiça terapêutica: um desafio na busca pelos fins da justiça. p. 5 - 23.

VERGARA, Alcides José Sanches. Justiça terapêutica, drogas e controle social. IV Jornada em Psicologia.

Disponível em: <
http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/jornada_psicologia/article/view/10194 >. Acesso em: 16 fev. 2017.

NOTAS:

[1] Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos, Especialista em Ciências Criminais, Pós-graduado em Direito e Processo Administrativo, Graduado em Direito e em Comunicação Social, todos os cursos pela UFT – Universidade Federal do Tocantins. Escritor dos Livros Constituição & Inquisição (Lumen Juris), e Tutela penal das modernas Biotecnologias, organizador de obras jurídicas, professor e palestrante.

[2] Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, hoje o Brasil conta com 403.170 vagas e uma lotação de 655.222 presos, com um déficit de 252.052 presos, o que demonstra a falência da estrutura carcerária para abrigar a demanda de presos em nossa atualidade. Fonte: http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php, acesso em 08/11/2017.

[3] Para Maria Lúcia Karam, em A Lei 11.343/06 e os repetidos danos do proibicionismo, afirma que essa temática proibitiva da antiga e da nova

Lei de Drogas são reproduções de dispositivos criminalizadores das proibicionistas convenções da ONU, que por sua vez, se baseiam na supressão de direitos fundamentais e suas garantias. Drogas e Cultura: novas perspectivas. P. 107.

[4] Os critérios da Lei 11.343/2006 são: análise das substâncias recolhida, a quantidade, local e condições que se encontrava o agente portador da droga, circunstância sociais e pessoais do indivíduo, conduta do agente, e seus antecedentes, bem como o local e o contexto aonde se encontrava o agente.

PODER PUNITIVO ESTATAL: JUSTIFICATIVAS E LIMITAÇÕES

RENATA MOURA TUPINAMBÁ: graduada em Direito (Universidade Federal do Rio de Janeiro); pós-graduada em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Cândido Mendes; pós-graduanda pela Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro; aprovada nos Concursos para os cargos de Analista do Ministério Público do estado do Rio de Janeiro e Defensor Público Substituto do estado da Bahia.

Resumo: A sociedade moderna clama pela condenação e punição daqueles que, de alguma forma, violam as normas do sistema penal. No atual contexto do endurecimento do controle social, a lógica do processo penal como instrumento de garantia acaba por ser subvertida, deixando-se em segundo plano a proteção dos direitos individuais do acusado, cujo império é ditado pela Constituição da República de 1988.

Palavras-chave: Poder Punitivo. Seletividade. Limitações. Abusos. Estado Democrático de Direito.

Sumário: Introdução; 1. A seletividade do sistema penal; 2. O garantismo penal; 3. A limitação do poder de punir; Conclusão; Referências bibliográficas.

Introdução

Sob o título de garantidor da ordem social justa, o Estado tem a prerrogativa de submeter à sua força aqueles que não se integram às normas jurídico-penais.

Em nossa sociedade, tendemos a pensar que os delitos se exaurem quando condenamos o delinquente. Por isso, confundimos pena com castigo; justiça com vingança. A expansão do poder punitivo é fomentada pelos clamores populares por segurança pública.

Contudo, o agir repressivo das forças policiais não soluciona questões sociais – que, em sua maioria, são causadas pela omissão do próprio Estado em difundir reais oportunidades de ascensão econômica e oferecer condições que possibilitem ao indivíduo uma perspectiva de vida fora do crime. Isto porque as questões coletivas vêm sendo suprimidas das pautas políticas, de modo a, praticamente, reduzir o direito público ao direito penal. Assim, o Estado distancia sua atuação das demais esferas de interesse da população, limitando-se a exercer o monopólio legítimo da força.

1 A seletividade do sistema penal

O sistema penal pretende se afirmar democrático, de modo a atingir igualmente os cidadãos, baseando-se, exclusivamente, nas condutas praticadas. No entanto, em verdade, está muito distante de honrar seus ideais. Além de seletivo, pois, em sua maioria, recai sobre integrantes de classes sociais menos abastadas, o sistema penal é estigmatizante, impondo seu peso ao investigado antes que seja aferida a culpabilidade. Caso seja declarado inocente, o réu já terá sofrido males decorrentes do processo penal.

Ignorar tais características centrais do sistema repressivo é fechar os olhos para o funcionamento das instituições brasileiras e para a evidente degradação humana advinda das campanhas de “lei e ordem”, em que determinadas parcelas da população são postas à margem da sociedade e apontadas como inimigos públicos.

Afirma Zaffaroni (2014) que assistimos a um progressivo desbaratamento dos limites do poder punitivo repressivo e controlador como resultado de uma crescente vitimização dos mais humildes e uma redução dos espaços de liberdade de todos os cidadãos.

O que se pretende com as grandes campanhas midiáticas de combate pontual à violência é apontar determinados grupos sociais menos favorecidos como causadores da desordem social, afastando a responsabilidade do Estado pelas condições de vida degradantes suportadas pela população. Dessa forma, os receptores dos meios de

comunicações são induzidos a fielmente acreditar que não há outra solução senão a repressão. Vivemos a rotina do medo e da descrença num futuro melhor solidamente construído a longo prazo. Em meio a isso, as supostas soluções imediatas se tornam altamente atrativas e não demonstram dificuldade em captar seguidores, que, contudo, não se atentam para o fato de os excessos do poder punitivo podem ser mais perigosos que os delitos que se deseja coibir.

Padecemos de um processo penal que reflete a falta de democracia das perseguições e execuções penais, que tem como resultado a opção pelos pobres. Nas palavras de Nilo Batista:

“(...) vivemos a contradição entre um texto constitucional democrático formal e procedimentos reais que respiram a cultura discriminatória, racista e exterminadora da característica de nossa formação social.”^[1]

Karam (2009), ex Defensora Pública e Juíza de Direito aposentada pelo Estado do Rio de Janeiro, afirma que a identificação do criminoso em alguém facilmente reconhecível produz alívio, causando nos que não foram acusados uma sensação de inocência, de modo que a imposição de pena a alguém identificado como autor de um crime opera uma espécie de absolvição de todos os demais, que podem, confortavelmente, se intitular “cidadãos de bem”, contrapostos aos “maus”.

Por assim ser, muitas vezes, nos vemos seduzidos por discursos sensacionalistas e promessas fartas, que nos conduzem a aceitar, sem receios, a mitigação de direitos fundamentais. A razão disso é a disposição da sociedade em fazer qualquer concessão em troca de segurança. Permitimos, então, o desprezo do imperativo das normas de proteção ao indivíduo, e afastamos os pilares do Estado de Direito. A consequência é que, embora mantida a estrutura formal da democracia, vai tomando força o regime de exceção, que seleciona o “inimigo” de acordo com seus interesses políticos, e não demonstra pudor na utilização de instrumentos de combate capazes de esmagá-lo impiedosamente sob os aplausos populares.

Nesse moldes, Zaffaroni (2007), em sua obra *El Enemigo en el Derecho Penal*, classifica o agigantamento do poder punitivo como *autoritarismo cool*, aquele que camufla seus traços opressores para que passem despercebidas aos olhos distraídos da maioria, que aprova seus avanços e caminha célere e cegamente para a negação dos fundamentos do Estado Democrático, sem perceber que podem ser as próximas vítimas dos preconceitos e rejeições ao exercício da defesa no processo penal.

2 O garantismo penal

É lamentável que os direitos dos investigados e acusados sejam muitas vezes deixados de lado em prol do que alguns insistem em denominar “interesse da coletividade”. O objetivo do presente trabalho é alarmar para esquecido campo jurídico-penal, desafiando não só os pensadores do Direito, mas todos os cidadãos a refletirem sobre o dano que a violação de direitos individualmente considerados pode acarretar à sociedade como um todo. As garantias que protegem o réu não devem ser consideradas apenas de maneira individualizada, pois não tutelam somente sua liberdade; mas, ao contrário, destinam-se a proteger toda a coletividade de maneira indiscriminada e isonômica.

Sob essa ótica, aqueles que percebem as manipulações a que são submetidos os ditames constitucionais, bem como a iminência de sua ruína em meio ao caos social são atacados pela incompreensão dos que sustentam a punição a qualquer preço. Reacionários a um processo penal pautado em paridade de armas e presunção de inocência privilegiam a acusação e minimizam o direito do réu a defender-se. Em verdade, o que se apresenta é a concretização da pretensão punitiva em detrimento da própria essência de cidadania, como se os direitos daqueles que estão em conflito com o ordenamento jurídico penal não merecessem proteção.

Nesse contexto, o termo “garantista”, surgido para fazer referência àqueles que pregam a reverência aos direitos constitucionais, independentemente de quem seja seu titular, vem sendo empregado de forma hostil, de modo a, não raras vezes, insinuar conivência com a conduta delituosa do agente.

Assim explica Geraldo Prado:

O Garantismo não é uma religião e seus defensores não são profetas ou pregadores utópicos. (...) sua principal virtude consiste em reivindicar uma renovada racionalidade baseada em procedimentos que têm em vista o objetivo de conter os abusos do poder e criar condições para eu este mesmo poder possa integrara as pessoas, eliminando dentro do possível todas as formas de discriminação. ^[2]

3 A limitação do poder de punir

O processo penal tem como escopo, sobretudo, limitar o poder de punir estatal, evitando o uso arbitrário da força e garantindo ao réu a disponibilidade dos mesmos instrumentos utilizados pela acusação, a fim de equilibrar a relação essencialmente desigual que existe entre o Estado e o particular. Desse modo, não pode ser manuseado apenas sob a ótica técnica; e sim, observando o fim social a que se destina, garantindo um julgamento baseado em pilares verdadeiramente harmônicos com o Estado Democrático de Direito, e não se deixando sucumbir frente aos desejos vingativos revestidos sob a forma de medidas urgentes, defendidas por parte do corpo social.

Segundo Batista (2011), o combate que o direito penal é capaz de produzir atinge apenas os delitos já realizados, sendo precário seu desempenho preventivo. Isto porque a pena não atua na esfera da moralidade; ao contrário, exerce seu papel por meio da coerção. Ao não afetar o indivíduo em sua consciência, não implica o arrependimento necessário à sua ressocialização.

Nas palavras de Cesare Beccaria, assim se definem as finalidades da pena:

O fim, portanto, não é outro que o de impedir que o réu cometa novos danos aos seus cidadãos e de demover os outros de fazerem o mesmo. Aquelas penas, portanto, e aquele método de infligi-las, deve ser eleito de tal forma que, observada a proporção, causará uma impressão mais

eficaz e mais durável sobre os ânimos dos homens, e a menos tormentosa sobre o corpo do réu.^[3]

Não restam dúvidas de que, sob os moldes atuais, e diante da falência do sistema carcerário, a imposição de pena não cumpre a função preventiva idealizada por Beccaria. Seu fracasso prático pode ser facilmente extraído dos números que apontam para o crescimento da reincidência e da criminalidade. Por não trazer qualquer benefício à coletividade, implica, unicamente, em castigo para o condenado. Como consequência direta, desperta o ódio em seu destinatário e o sentimento de vingança popular; revolta mais do que coíbe, não desempenhando papel educativo.

O interesse comum não é pautado somente no não cometimento de crimes, mas na aplicação de sanções proporcionais, que, de fato, cumpram a função social da pena. A mão forte do Estado deve ser instrumento de garantia da exata correspondência entre o delito e sua consequência penal. É temerário acreditar que o endurecimento do poder punitivo gere outra consequência que não a violência institucionalizada. São falaciosas as conclusões baseadas na premissa de que o cárcere seja instrumento hábil a controlar a criminalidade. Ao contrário do que é sustentado por grande parte dos agentes políticos, a atuação com maior rigor no regime carcerário não é capaz de coibir a prática de crimes, tampouco de reinserir o indivíduo no convívio coletivo. A implementação de medidas que deleguem à privação de liberdade a tarefa de transformar a realidade social é ineficaz e não atenta para os perigos latentes trazidos por um poder punitivo desenfreado.

Conclusão

Os problemas de segurança pública não servem de fundamento à utilização de vias que a Constituição repudia. Quanto maior for o direcionamento do pensamento crítico à observação da desproporção entre aquilo que é teorizado e a realidade social, menos frequentes serão as ilegalidades e os abusos de autoridade, pois a ignorância sobre a dignidade humana conduz à aceitação da violência praticada pelas instituições responsáveis por combatê-la.

A contenção do poder punitivo é o único modo de prevenir massacres. O século XX provou que a potestade punitiva quando exercida sem limites conduz a genocídios de proporções irrefreáveis. O maior instrumento para submeter a força à ordem jurídica é o Direito Penal, que atua como limitadora da tirania do Estado.

Apenas um Direito Penal Humano para todos os seres humanos é capaz de promover uma força justa.

Referências Bibliográficas

BATISTA, Nilo. **Apresentação** In: PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**: A conformidade Constitucional das Leis Penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2 ed. 2001. p. xi - xiii

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**: A conformidade Constitucional das Leis Penais. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001, 2ª edição. Notas do autor à 2ª edição.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Quartier Latin. Clássicos Quartier. 2005. Tradução: Alexis Couto de Brito.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Efetividade do Processo Penal e Golpe de Cena: um problema às reformas processuais no Brasil. In: WUNDERLICH, Alexandre (org.). Escritos de direito e processo penal ao Prof. Cláudio Tovo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 140.

_____. **Legibus Solutio: a sensação dos que são contra a reforma global do CPP**. Boletim IBCCRIM. n. 210, v. 18, 2010. P. 2.

_____. **Um devido processo legal (constitucional) é incompatível com o sistema do CPP, de todo inquisitorial**. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo Rudge (coords.). **Processo Penal e Democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DINAMARCO, Candido Rangel. **A instrumentalidade do Processo**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p.27.

FELDENS, Luciano. **Ministério Público, Processo Penal e Democracia: Identidade e desafios**. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo Rudge (coords.). **Processo Penal e Democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Vinte anos de Constituição e o Processo Penal**. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo Rudge (coords.). **Processo Penal e Democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

NOTAS:

[1] BATISTA, Nilo. **Apresentação** In: PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A conformidade Constitucional das Leis Penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2 ed. 2001. p. xi - xiii

[2] PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A conformidade Constitucional das Leis Penais**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001, 2ª edição. Notas do autor à 2ª edição. p. xxiii.

[3] BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Quartier Latin. Clássicos Quartier. 2005. Tradução: Alexis Couto de Brito. P. 57.

UMA ANÁLISE CRÍTICA DA LEI 11.340/06 À LUZ DA EXPANSÃO DO IDEÁRIO PUNITIVISTA NO BRASIL

ANDREA CERQUEIRA RUSSO

RESUMO: Em meio a uma sociedade com ideais punitivistas, a Lei 11.340/06, simbolicamente denominada de Lei Maria da Penha, foi promulgada com a finalidade de conferir uma maior proteção às mulheres que sofrem violência doméstica. Como expressão do movimento feminista, esta legislação tenta reparar as injustiças historicamente sofridas pelas mulheres, opondo uma maior proteção a sua integridade física, psíquica e moral. Todavia, apesar de a Lei em discussão apresentar alguns avanços, a busca incansável pelo recrudescimento do Direito Penal vai de encontro à finalidade maior da ressocialização dos transgressores, bem como desconsidera as peculiaridades existentes nesses tipos de crimes de gênero.

Palavras-chave: Punitivismo. Lei 11.340/06. Violência Doméstica.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO 1 A EXPANSÃO DO PUNITIVISMO NO BRASIL 2 EVOLUÇÃO NO TRATO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NO BRASIL 3 LEI 11.340/06 3.1 CRÍTICAS À LEI 11.340/06 3.2 A PERDA DA AUTONOMIA DA OFENDIDA CONSIDERAÇÕES FINAIS REFERÊNCIAS

INTRODUÇÃO

Com um condão punitivista, a Lei Maria da Penha surgiu com a finalidade de impor um tratamento mais severo à violência de gênero no seio familiar. A partir da criação de mecanismos específicos para a proteção da ofendida, a Lei 11.340/06 visa a criminalização e a punição legal dos delitos praticados contra a mulher, no âmbito da violência doméstica.

Cedendo às pressões sociais e ao belo discurso falacioso das funções simbólicas do Direito Penal, a Lei Maria da Penha surgiu em um momento de supervalorização do punitivismo pela sociedade brasileira. Perdendo o status de crime de menor potencial ofensivo, os conflitos conjugais passaram a ser solucionados com uma maior rigidez pelo Direito

Penal, seguindo na direção contrária ao movimento mundial de ressocialização e despenalização que vem ganhando força ao longo dos anos, com a promoção de proveitosos debates sobre o assunto.

Neste diapasão, o presente estudo objetiva analisar a expansão do direito penal na violência doméstica contra a mulher no Brasil, bem como tecer críticas à legislação em debate.

Ressalta-se, porém, que apesar de a Lei 11.340/06 apresentar eventuais excessos, o diploma normativo em análise também trouxe incontestáveis avanços para o trato da violência doméstica no Brasil.

Para melhor explanação do tema em análise, o método utilizado nesta pesquisa foi a técnica documental proveniente de fonte primária, como legislação; e fontes secundárias, como livros, revistas e acesso a bancos de dados, como a internet.

1 A EXPANSÃO DO PUNITIVISMO NO BRASIL

É proêmio expor que o objetivo declarado do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos essenciais à sociedade. Pautado em um ideário ressocializador, o sistema penal é considerado por muitos o recurso mais eficaz no combate à criminalidade.

Em contrapartida, com a finalidade de desnudar essa função simbólica do Direito Penal, a criminologia crítica passou a denunciar a seletividade do mesmo, enxergando o sistema penal como um propagador da violência estatal. Pensemos.

É inegável afirmar que todos os imputáveis cometem ou já cometeram algum crime tipificado no Código Penal. Isso posto, questiona-se: por que apenas os grupos vulneráveis da sociedade sofrem as consequências?

Isso se dá porque o Direito Penal é um verdadeiro seletor social, em que a parcela subutilizada da sociedade é neutralizada, isto é, excluída do convívio social. Constata-se, assim, que o sistema penal é empregado

como um redutor de complexidades, que visa gerar falsas impressões de estabilidade e segurança à população leiga.

Todavia, para garantir a legitimidade desse sistema, seu discurso revestido de falácias é ratificado através da proliferação de políticas punitivistas, o que atinge diretamente o processo de criminalização tanto primário, com a criação demasiada de leis criminalizadoras, quanto secundário, com o alto rigorismo na aplicação concreta da ação punitiva.

Ressalta-se, ainda, que o populismo punitivo, qual seja, o clamor da sociedade por um maior rigorismo no sistema penal, também é de suma importância para a legitimação do Direito Penal.

Dito isto, verifica-se que a mídia exerce papel fundamental na propagação dessa ânsia por punição. Sobre o assunto, David Garland (2008, p. 54) pontifica que “(...) o novo discurso da política criminal insistentemente invoca a revolta do público, cansado de viver com medo, que exige medidas fortes de punição e de proteção”.

A exploração midiática é uma constante na realidade brasileira. Com sensacionalismos e imagens publicitárias, os meios de comunicação, em troca de altos índices de audiência, proliferam o medo e o ideário de impunidade aos quatro cantos do país.

É prudente expor que, segundo Hassemer (p. 163, apud GARLAND, David, 2008, p. 12), “criminalidade e medo do crime não são como a coisa e a sua imagem no espelho. Sentimento de ameaça e insegurança não são meros reflexos de ameaças reais, mas também consequência de circunstâncias de dessocialização e intranquilidade sociais”.

Em consonância com este pensamento, constata-se que essa implementação do medo e sua consequente exploração pela mídia fez a população enxergar o delinquente como um bandido sem escrúpulos. Já a vítima passou a ser tratada como “um personagem muito mais representativo, cuja experiência é projetada para o comum e o coletivo, em lugar de ser considerada individual e atípica.” (GARLAND, David, 2008, p. 55).

Assim, sedentos por “justiça”, a população passa a exigir dos legisladores uma postura mais punitivista, cobrança a qual pode ser vista como uma arma para garantir o próximo mandato. Ora, a matemática é simples: políticos precisam de eleitores, eleitores clamam pela criação de novas leis criminalizadoras, assim, basta que os políticos façam o que o público pede que suas reeleições estarão garantidas, formando, desse modo, um círculo vicioso de punitividade.

Isso posto, uma importante conclusão que pode ser extraída do fato narrado é que elevadas taxas de prisionalização, não necessariamente indicam o aumento do número de crimes, mas que apenas políticas de encarceramento foram implantadas pelo governo.

Compartilhando deste mesmo pensamento, Elena Larrauri (p.14, apud GARLAND, David, 2008, p. 10) pontifica que “(...) o aumento de pessoas que estão na prisão não reproduz o aumento da delinquência, mas multiplicidade de outros fatores, como decisões legislativas, sensibilidade judicial e capacidade e limites do próprio sistema para processar os diversos atos delitivos”.

Diante do exposto, evidencia-se algumas das grandes falhas do Direito Penal e os seus desdobramentos, o que desencadeou uma série de debates a fim de soltar as amarras do punitivismo exacerbado. É nesta realidade que surge a Lei 11.340/06, também conhecida como Lei Maria da Penha, visando a criminalização e a punição legal e severa dos crimes contra a mulher.

2 EVOLUÇÃO NO TRATO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NO BRASIL

A Lei 11.340/06 foi resultado de anos de luta do movimento feminista, o qual ressurgiu no Brasil na década de 70, podendo ser considerado um produto da modernização do país.

Diante de uma sociedade extremamente patriarcalista como a brasileira, as feministas se depararam com muitas dificuldades para a implantação de suas reivindicações, sendo a criação das Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher uma das suas principais vitórias.

A função legal dessas DEAMs era detectar as transgressões à lei, averiguar sua procedência e criminalizar a violência doméstica. Todavia, na prática, as Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher funcionavam como locais de apoio às vítimas, as quais, na grande maioria das vezes, desistiam de prosseguir com o inquérito policial.

Nesse caso, as agredidas usavam o poder da polícia não para criminalizar os seus companheiros, mas apenas para intimidá-los, a fim de renegociar os pactos domésticos. Verifica-se, assim, que as delegacias possuíam uma função predominantemente mediadora nos conflitos conjugais, atuando de maneira distinta da que deveria, qual seja, constatar e apurar os crimes.

Entretanto, em 1995, tudo mudou, pois, com a criação da Lei 9099/95, houve a institucionalização dos Juizados Especiais Criminais, o que trouxe a violência doméstica para o rol dos crimes de menor potencial ofensivo, se opondo aos anseios e aos ideários do movimento feminista.

Enquanto as mulheres buscavam um tratamento mais severo para a violência de gênero, bem como a criação de mecanismos específicos para o seu combate, os JECRIMs surgem com um discurso despenalizador e descriminalizador, conferindo oportunidades iguais às partes na audiência de conciliação, acabando com a imagem de hipossuficiência da mulher no processo.

Todavia, diante da pressão feita pelas feministas, em 2006 foi aprovada a Lei Maria da Penha, prevendo a criação de Varas e Juizados de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher, retirando dos Juizados Especiais Criminais a competência para processar e julgar os crimes referentes à violência conjugal.

3 LEI 11.340/06

3.1 CRÍTICAS À LEI 11.340/06

A Lei 11.340/06 é resultado dos anseios da população, em virtude da falsa impressão de impunibilidade que existe no subconsciente da grande maioria da sociedade.

Nesse sentido, é comum se ouvir falar que o sistema penal não funciona e que as penalidades, em regra, são muito brandas, porém, o interessante é que, quando questionada, a maior parte da população brasileira não faz nem ideia do tempo que pode durar a pena privativa de liberdade para a grande maioria dos crimes.

Nesse contexto, constata-se que os cidadãos foram “adestrados” a culpar o “relaxamento” do sistema penal como o principal responsável pela desordem social e, como resultado, o que se vê é uma sociedade mergulhada num direito penal máximo, em que a prisão é única solução capaz de conter a violência.

Em sentido contrário ao do senso comum, Pileggi, reflete que a Lei Maria da Penha é um verdadeiro retrocesso em termos legais, pois busca o aumento da punição e, em alguns casos, até o encarceramento dos agressores, em um momento de debate de formas alternativas para o aprisionamento.

A Lei 11340/06 veio trazendo uma imposição contrária ao movimento mundial de ressocialização, de menor intervenção estatal e de conciliação, para impor, através do Direito Criminal ou Penal, um freio ou um temor para conter a violência doméstica ou familiar.” (Pileggi, 2006, p. 3, apud MORAES; SORJ, 2009, p.68-69).

Nesse ponto, é curial fazermos uma breve reflexão. O crime praticado no âmbito doméstico possui uma singularidade que o separa dos demais delitos, qual seja, a relação familiar/afetiva existente entre o agressor e a agredida.

Dessa forma, diante da referida particularidade, é forçoso concluirmos que as vontades da vítima devem ser respeitadas e levadas em consideração, bem como o tratamento despendido ao agressor, nesse tipo de crime, deve ser analisado com parcimônia, sob pena de a ofendida ser submetida a novo sofrimento.

É sabido que o estigma de ser processado não é sofrido apenas pelo delincente, posto que se estende para toda sua família. No caso da violência de gênero, a mulher é vítima duas vezes, tanto no que se refere à agressão em si quanto aos preconceitos impostos pela sociedade.

Neste diapasão, partindo do pressuposto de que a instituição familiar se desestrutura quase que totalmente com a existência de um processo penal contra o transgressor, é muito comum que a mulher se abstenha de acionar o sistema penal, tendo em vista que as consequências para o seu parceiro delincente são demasiadamente rígidas, ao passo que a vítima deseja, muitas vezes, tão somente, cessar a violência e travar uma conversa franca com o seu companheiro, a fim de chegarem a um consenso.

É estatisticamente comprovado que a grande maioria dos delitos cometidos no seio familiar, diferentemente do que muitos pensam, são de baixa lesividade, assim, muitas vezes, a vítima recorre à esfera penal com o intuito de apenas intimidar o seu companheiro ou para a aplicação de medidas protetivas.

Nesse contexto,

várias pesquisas de âmbito nacional apontam para o fato de a maioria dos crimes praticados contra as mulheres no contexto doméstico serem aqueles que se encaixam na definição legal de baixa lesividade. Carmen Campos e Salo de Carvalho (2011, p. 163-165), com base no Relatório Anual do Conselho Nacional de Justiça (2010) e em registros do Ministério Público do Rio Grande do Sul, afirmam que os crimes mais praticados contra mulher no contexto da violência doméstica e familiar no Brasil são as lesões corporais leves e a ameaça (apud MEDEIROS; MELLO, 2016, p.10).

Diante do exposto, percebe-se que o recrudescimento da legislação penal não se verifica como a forma mais eficiente para combater os crimes domésticos, porquanto, o que as ofendidas necessitam, em sua maioria, é de amparo do Poder Público e de medidas diversas da prisão, a fim de

solucionar o conflito da melhor forma possível, sem que se submetam a uma revitimização.

3.2 A PERDA DA AUTONOMIA DA OFENDIDA

Um dos assuntos mais controversos referentes à Lei 11.340/06 é a atual impossibilidade de a vítima desistir da representação prestada. Isso porque a ação penal relativa ao crime de lesão corporal, no âmbito da violência doméstica, passou de “pública condicionada à representação” para “pública incondicionada”. Tal mudança retirou totalmente a autonomia, a voz da mulher no processo penal.

Nesse sentido, os Tribunais Superiores vêm reconhecendo a natureza pública incondicionada das ações penais no âmbito da violência doméstica. Nas palavras do STJ:

nos casos de lesão corporal no âmbito doméstico, seja leve, grave ou gravíssima, dolosa ou culposa, a ação penal é sempre pública incondicionada. (AgRg no REsp 1333935 MS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, sexta turma, julgado em 04/06/2013, DJe 20/06/2013).

Ainda, o Superior Tribunal de Justiça, em 2015, publicou a Súmula 542, pacificando o referido entendimento, segundo o qual: “A ação penal relativa ao crime de lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública incondicionada”.

Percebe-se que a vítima teve seus desejos calados pela voz estatal, que, desconhecendo a realidade vivenciada no seio familiar, impôs seu poder punitivo, gerando um grande impasse, uma vez que o desejo mais recorrente da mulher é a simples intimidação do seu agressor e o consequente reestabelecimento da paz no lar, e não a criminalização do seu companheiro, como determina o Estado.

Desse modo, a despeito do posicionamento dos Tribunais Superiores, defende-se que o aplicador da lei deve sempre almejar o restabelecimento da harmonia do lar e, para isso, seria fundamental que

levasse em consideração os verdadeiros anseios da vítima, ouvindo-a e respeitando suas decisões. Ou seja, a mulher deve ter a autonomia restabelecida para guiar as diretrizes do seu futuro e o de toda a sua família. Sobre o assunto Larrauri (2008, p.97) pontifica que “todo el sistema parece estar más interessado em servir su própria lógica interna que em servir a las victimas”.

É importante ressaltar que o presente estudo não busca privilegiar a impunidade, pelo contrário, pretende elucidar o fato de que o encarceramento e o recrudescimento das penas, no âmbito da violência doméstica, em muitos casos, não é a melhor maneira de se atingir a ressocialização do delinquente, bem como pode causar novos e piores danos às ofendidas, que tanto sofrem durante todo o procedimento.

Outrossim, não se pode olvidar que, apesar dos retrocessos, a Lei Maria da Penha trouxe incontestáveis avanços, a citar a junção das varas cíveis e criminais, conferindo competência dupla aos Juizados de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito Penal se legitima através de falsas promessas de proteção e segurança à sociedade. Com a proliferação do medo, o qual é essencialmente espreado pela mídia, a população fica sedenta por maiores punições aos transgressores.

A chamada Lei Maria da Penha é um completo retrato dos anseios sociais. Na busca pelo imediatismo, o Estado enrijece cada vez mais o sistema penal, conferindo-o uma atuação mais abrangente, a fim de causar uma falsa impressão de segurança à população aterrorizada

Dentro desse contexto, pode-se citar a retirada da autonomia da mulher no processo penal, envolvendo os crimes referentes à violência doméstica, como uma expressão desse desejo por punição. Neste caso, o governo intervém nas relações de vínculo afetivo, impondo sua autoridade, com o discurso de proteção da ofendida.

Ocorre que esse recrudescimento no tratamento dos transgressores no âmbito dos crimes de violência doméstica despreza a peculiaridade da anterior relação familiar/afetiva existente entre o agressor e a ofendida, podendo essa retirada da autonomia da mulher ensejar graves e novos sofrimento para a vítima.

É evidente que o governo não pode se omitir na tutela dos bens jurídicos indisponível, entretanto, deve ser concedido à agredida uma certa liberdade de atuação para esta faça valer seus direitos reparatórios da forma que melhor lhe convier.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Flagrando a ambiguidade da dogmática penal com a lupa criminológica**: que garantismo é possível do compasso criminologia – penalismo crítico? Revista Sequencia, n. 59, dez. 2009.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Minimalismos e abolicionismos: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. Seqüência**. Florianópolis, ano XXVI, n. 52, julho, 2006.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 2. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos: Instituto Carioca de Criminologia, 1999.

CAMPOS, Carmen Hein de. **Lei Maria da Penha comentada em uma pesquisa jurídico-feminista**. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2011.

CARVALHO, Salo de. **O papel dos atores do sistema penal na Era do punitivismo** – Col. Criminologias. Editora Lumen Juris, 2010.

CASTRO, Lola Aniyar de. **Direitos humanos: delinquentes e vítimas, todos vítimas**. Criminologia. Trad. Sylvi Moretzsohn.

FERRAJOLI, Luigi. **A pena em uma sociedade democrática**. Tradução de Carlos Arthur Costa. In: *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*. Rio de Janeiro, p. 31-40, Editora Revan, 2002.

GARLAND, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p.10-12-54-55

LARRAURI, Elena. La economía política del castigo. **Revista de Estudios de la Justicia**, nº11, 2009.

LOPES, Luciano Santos. **A criminologia crítica: uma tentativa de intervenção (re)legitimadora no sistema penal**. Disponível em: . Acesso em: 12.set. 2017.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Técnicas de Pesquisa: planejamento e execução de pesquisas, amostragens e técnicas de pesquisa, elaboração, análise e interpretação de dados**. 3. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 1996.

MEDEIROS, Carolina Salazar l'Armée Queiroga de; MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. **O que vale a pena? O impacto da Lei Maria Da Penha no encarceramento de "agressores" e seus efeitos colaterais sobre a mulher vítima de violência doméstica e familiar**. Disponível em: Acesso em: 20 out. 2017.

MORAES, Aparecida Fonseca; SORJ, Bila; MARQUES, Amanda; MUSUMECI, Bárbara; GOMES, Carla; GOMES, Christiane; GRIN, Guita; ROMEIRO, Julieta; ZANOTTA, Lia. **Gênero, violência e direitos na sociedade brasileira**. Editora 7 letras, 2009.

OLIVEIRA, Luciano. **Relendo Vigiar e Punir. Brasil: Sociedade Indisciplinar**. Disponível em: . Acesso em: 20 set. 2017.

PALMEIRA, Raimundo. **Cientificidade da Criminologia**. Disponível em: . Acesso em: 30 set. 2017

PIJOAN, Elena Larrauri. **La Economía Política del Castigo**. Revista Electrónica de Ciência Penal y Criminología. 2009, núm. 11-06.

PIJOAN, Elena Larrauri. **Mujeres y Sistema Penal: Violência doméstica**. Euros Editores. 2008.

PINTO, Alessandro Nepomoceno. **O sistema penal: suas verdades e mentiras**.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Culpabilidade por vulnerabilidade**. In: Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: A perda de legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: volume 1 - parte geral**, 6. ed. rev. e atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1333935 MS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 04.06.2013. Disponível na Internet: Acesso em: 27 set. 2017.

ACUMULAÇÃO DE CARGOS E REGIME DE HORAS

ELIARDO SOARES MORAES:
Advogado.

RESUMO: Dos requisitos implícitos que autorizam a acumulação lícita de cargos públicos, reside aquela que diz respeito ao limite de horas trabalhadas pelo servidor.

Palavras-chave: Acumulação lícita de cargos públicos. Limite de 60 horas semanais. Entendimento da AGU.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo possui o escopo de traçar regras e os aspectos do comando normativo previsto no parágrafo único do o artigo 37, XVI da Magna Carta, à luz da Constituição Federal, doutrina, e do entendimento da Advocacia Geral da União.

2- DO LIMITE DE 60 HORAS PARA A ACUMULAÇÃO

Preceitua o artigo 37, XVI da Magna Carta, coma redação dada pela Emenda Constitucional nº 34 de 13 de dezembro de 2001, a vedação à acumulação de cargos públicos:

XVI - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI.

- a) a de dois cargos de professor;
- b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico;
- c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas.

Acerca dos requisitos do texto constitucional, dispõe o Manual de Processo Administrativo da CGU (versão 2017) que:

Quanto aos cargos acumuláveis, é importante observar que:

a) admite-se a acumulação de dois cargos de professor, desde que, existindo compatibilidade de horários, a carga horária total resultante do acúmulo não Manual de Processo Administrativo Disciplinar/CGU 262 ultrapasse 60 horas semanais, conforme Parecer-AGU nº GQ-145221, vinculante. Assim, é possível a acumulação entre um cargo de professor com jornada semanal de 40 horas com outro de 20 horas semanais, sendo ilegal a acumulação entre dois cargos de professor, ambos com jornada de 40 horas semanais (totalizando 80 horas semanais). Também é ilegal a acumulação do cargo de professor em regime de dedicação exclusiva com qualquer outro cargo, uma vez que o caput do artigo 12222 da Lei nº 4.345/1964 proíbe o servidor que esteja submetido a tal regime de exercer outra atividade;

b) cargo técnico é aquele para cujo exercício sejam exigidos conhecimentos técnicos específicos e habilitação legal, não necessariamente de nível superior. 223. Diz-se “científico” o cargo cujas atribuições se desempenham na área de pesquisa. A acumulação de um cargo de professor com outro técnico ou científico, para que seja legal, além da compatibilidade de horários, também deve observar o limite máximo de 60 horas semanais;

c) incluem-se entre os cargos e empregos privativos de profissionais da saúde, além de médicos, psicólogos, dentistas, enfermeiros, farmacêuticos e outros²²⁴, os cargos de nível médio, a exemplo do técnico em enfermagem. Segundo entende José Armando da Costa, podem, igualmente, ser acumulados dois cargos de médico-veterinário, o que não era permitido antes da promulgação da Emenda Constitucional nº 34/2001.²²⁵;

d) a acumulação, em todos os casos em que é permitida, deve observar a compatibilidade de horário e o limite máximo de dois cargos (não se admite a acumulação de três cargos), sob pena de ser considerada ilegal.

Ainda dispõe o artigo 118 da Lei 8.112/90:

Art. 118. Ressalvados os casos previstos na Constituição, é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos.

§ 1º A proibição de acumular estende-se a cargos, empregos e funções em autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Territórios e dos Municípios.

§ 2º A acumulação de cargos, ainda que lícita, fica condicionada à comprovação da compatibilidade de horários.

§ 3º Considera-se acumulação proibida a percepção de vencimento de cargo ou emprego público efetivo com proventos da inatividade, salvo quando os cargos de que decorram essas remunerações forem acumuláveis na atividade. [\(Incluído pela Lei nº 9.527, de 10.12.97\)](#)

A exceção, então, da licitude da acumulação de cargos públicos requer dois requisitos cumulativos: **compatibilidade de natureza dos cargos e de horário**.

Nesse sentido o Parecer Vinculante da Advocacia Geral da União, reproduzido a seguir, *in verbis*:[\[1\]](#)

Parecer-AGU nº GQ-145, vinculante:

“9. É proibido o exercício cumulativo de cargos e empregos, excepcionada a acumulação também de dois cargos de professor, de dois cargos privativos de médico e a de um cargo de professor com outro técnico ou científico, "quando houver compatibilidade

de horários" (cfr. o inciso XVI do art. 37 da Constituição).

10. Essa regra vedante incide também nos empregos e funções das autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações mantidas pelo Poder Público, nos termos do Art. 37, XVII.

11. Os ocupantes de cargos técnicos ou científicos estão sujeitos, de lege lata, em regra, a quarenta horas (v. a Lei n. 8.112, de 11/12/90, art. 19, e a M.P. n. 1.587-7, de 5/3/98, art. 18, e normas posteriores) e os docentes dos estabelecimentos federais de ensino aos regimes de vinte ou quarenta horas, todos semanais. O professor submetido à carga de quarenta horas, com dedicação exclusiva, é obrigado a trabalhar em dois turnos diários completos e com impedimento para o desempenho de outra atividade remunerada, pública ou privada (cfr. o Decreto n. 94.664, de 23/7/87, arts. 14, 15 e 58, e normas posteriores).

12. Assim, nos casos em exame, os servidores somente poderiam ser submetidos, necessariamente, às cargas de sessenta ou oitenta horas semanais, presente a exigência da compatibilidade horária, cuja acepção, a seguir delineada, indica a inviabilidade da acumulação de que provenha o último quantitativo.

13. Esse total de oitenta horas de trabalho, por semana, tem o poder de tornar presente ao espírito do intérprete a invocação de Padre Antônio Vieira, feita por Cretella Júnior (Comentários à Constituição Brasileira de 1988, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, vol. 4, pp. 2.211 e 2.212:

"Tendes um só desses ofícios, ou tendes muitos? Há sujeitos, na nossa Corte, que têm lugar em três, e quatro tribunais: que têm quatro, que têm seis, que têm oito, que têm dez ofícios. Quando Deus deu

forma ao governo do mundo, pôs no Céu aqueles dois grandes Planetas, o Sol e a Lua, e deu a cada um deles uma presidência: ao Sol a presidência do dia: *Luminare maius ut praesset diei*. E à Lua a presidência da noite: *Luminare minus ut praesset nocti*. E por que fez Deus essa repartição? Porventura por que se não queixasse a Lua, e as Estrelas? Não: porque com o Sol ninguém tinha competência, nem podia ter justa queixa. Pois se o Sol tão conhecidamente excedia a tudo quanto havia no Céu, porque lhe não deu ambos os ofícios? Porque ninguém pode fazer dois ofícios, ainda que seja o mesmo Sol. Não vos admiro a capacidade do talento, a da consciência sim. Porque nenhum homem pode fazer bem dois ofícios. De maneira que um homem, que vale por setenta homens, não se atreve a servir um só ofício? E vós, que vos fará Deus muita mercê, que sejais um homem, atrevei-vos a servir setenta ofícios? Não louvo, nem condeno: admiro-me com as turbas" (Sermão do Terceiro Domingo da Quaresma, 1655, Anchieta, Sermões do Padre Vireira, Editora Anchieta, São Paulo, 1943, vol. I, Psicomotricidade. 480 a 485)."(Destacou-se).

14. O princípio da proibição da acumulação de cargos e empregos, inclusive com a ressalva destacada acima, tem por escopo o primado da coisa pública. As exceções estabelecidas não objetivam "privilegiar gratuitamente ou diferenciar pessoas de forma desarrazoada. Não é em seu proveito que se permitem casos de acumulação. Não é para que um servidor passe a ser mais poderoso ou mais afortunado" (Comentários à Constituição do Brasil, Celso Ribeiro Bastos, São Paulo: Saraiva, 1992, 3º vol., tomo III, p. 123).

15. De maneira consentânea com o interesse público e do próprio servidor, a compatibilidade

horária deve ser considerada como condição limitativa do direito subjetivo constitucional de acumular e irrestrita sua noção exclusivamente à possibilidade do desempenho de dois cargos ou empregos com observância dos respectivos horários, no tocante unicamente ao início e término dos expedientes do pessoal em regime de acumulação, de modo a não se abstrair dos intervalos de repouso, fundamentais ao regular exercício das atribuições e do desenvolvimento e à preservação da higidez física e mental do servidor. É opinião de Cretella Júnior que essa compatibilidade "deve ser natural, normal e nunca de maneira a favorecer os interesses de quem quer acumular, em prejuízo do bom funcionamento do serviço público" (*Op. cit.*).

16. Em alusão à jornada de trabalho razoável, a que o empregado deve ser submetido, Mozart Victor Russomano opinou que o "interesse é da sociedade, porque assim ele poderá ser um homem, fisicamente, apto para o desempenho de sua missão social. Lucrará, ainda, a coletividade, porque, se o empregado repousar, trabalhará mais, produzindo melhor, enchendo o mercado de produtos abundantes e qualificados. O próprio empresário tem vantagens com isso, visto que a qualidade e, até mesmo, a quantidade de seus produtos lhe propiciam lucros mais apreciáveis". (Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho, Rio de Janeiro: Forense, 1990, 13ª ed., vol. I p. 86).

17. Por mais apto e dotado, física e mentalmente, que seja o servidor, não se concebe razoável entenderem-se compatíveis os horários cumpridos cumulativamente de forma a remanescer, diariamente, apenas oito horas para atenderem-se à locomoção, higiene física e mental, alimentação e

repouso, como ocorreria nos casos em que o servidor exercesse dois cargos ou empregos em regime de quarenta horas semanais, em relação a cada um. A esse propósito, torna-se oportuno realçar, no respeitante ao sono: I) a "duração do sono passa de 16h em 24 do nascimento para cerca de 6h em 24 aos 70 anos" (Grande Enciclopédia Larousse Cultural, São Paulo: Ed. Universo, 1988);

II) o "sono se dá em ciclos regulares. Mas há variações individuais consideráveis. Assim, alguns necessitam de mais de dez horas de sono; a outros bastam quatro ou cinco horas. De qualquer modo, corresponde a necessidade irresistível. Sua privação provoca perturbações graves de conduta" (Enciclopédia Mirador Internacional, São Paulo: Companhia de Melhoramentos, 1975, p. 10.590).

18. Condições tais de trabalho seriam até mesmo incompatíveis com o fim colimado pela disciplina trabalhista, ao estatuir o repouso de onze horas, no mínimo, entre duas jornadas: este tem o fito de salvaguardar a integridade física e mental do empregado e a eficiência laborativa, intenção que, obviamente, não foi desautorizada pelo constituinte na oportunidade em que excepcionou a regra proibitiva da acumulação de cargos, até mesmo porque estendeu aos servidores públicos as normas trabalhistas sobre o repouso, contidas nos itens XIII e XV do art. 7º, a teor do art. 39, § 2º, ambos da Carta Federal.

19. O Texto Constitucional, art. 37, XVI, não terá pretendido contemplar cargas de oitenta horas semanais, sob o pretexto não só de que o regime cumulativo regrou-se sem nenhuma limitação, bem assim do pálio da compatibilidade de horários. Este requisito de configuração de direito de titularidade de

cargos acumulada é de relevo e deve ser admitido de maneira a harmonizar-se com o interesse público e proporcionar ao servidor a possibilidade do exercício regular dos cargos ou empregos. Admitir-se a exegese que admita a carga total de oitenta horas, acarretando a impossibilidade da razoável execução do trabalho, seria dissonante da maneira de pensar de Carlos Maximiliano, exposta ao prelecionar que deve "o Direito ser interpretado inteligentemente: não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências" (Hermenêutica e Aplicação do Direito, Rio de Janeiro: Forense, 1979, 9ª ed., p. 166)."

O parecer do Advogado-Geral da União, quando aprovado pelo Presidente da República e publicado juntamente com o despacho presidencial, **adquire caráter normativo e vincula todos os órgãos e entidades da Administração Federal, que ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento**, o que esgota a discussão da matéria na via administrativa.

Nesse sentido, eis o entendimento do STJ:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO.
ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 3/STJ.
MANDADO DE SEGURANÇA INDIVIDUAL.
SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL.
ENFERMEIRA DO QUADRO DE PESSOAL DO
MINISTÉRIO DA SAÚDE. PROCESSO
ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PENA DE
DEMISSÃO. ACUMULAÇÃO ILÍCITA DE CARGOS
PÚBLICOS PRIVATIVOS DE PROFISSIONAIS DE
SAÚDE. JORNADA SEMANAL SUPERIOR A 60
(SESSENTA HORAS). NÃO COMPROVAÇÃO DOS
REQUISITOS AUTORIZADORES À CONCESSÃO
DA LIMINAR. AUSÊNCIA DE PROBABILIDADE DE
ÊXITO E DE RISCO DE DANO IMEDIATO E DE
DIFÍCIL REPARAÇÃO.

1. Este Superior Tribunal de Justiça assentou entendimento de que não há compatibilidade de horários quando servidor público, em acúmulo de cargos públicos, está submetido a jornada de trabalho superior ao limite de 60 horas semanais impostos no Parecer GQ-145/98 da AGU e pelo Acórdão 2.242/2007 do TCU (cf. MS 19.336/DF, Rel. Ministra ELIANA CALMON, Rel. p/ Acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/02/2014, DJe 14/10/2014).

2. É firme o entendimento no âmbito do STJ de que meras alegações no sentido de que o não-pagamento dos proventos implicaria risco à subsistência própria e de sua família não são suficientes para comprovar a presença do referido pressuposto, impondo-se a efetiva comprovação dos danos. Precedentes.

3. Não há direito subjetivo da servidora em exercer carga horária de 30 horas semanais em regime de plantão (art. 3º do Decreto nº 1.590/1995, com alterações do Decreto nº 4.836/2003): há mera permissão, ao alvedrio da Administração Pública Federal. A servidora está submetida a uma jornada de trabalho de 40 horas semanais (art. 1º do Decreto nº 1.590/1995).

4. Agravo interno não provido.

(AgInt no MS 22.862/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/06/2017, DJe 21/06/2017)

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. NULIDADE PROCESSUAL.

AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. CARGA HORÁRIA SEMANAL. TRIBUNAL DE ORIGEM.

INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE E CONTRADIÇÃO. REDISSCUSSÃO DA

CONTROVÉRSIA. IMPOSSIBILIDADE. EMBARGOS NÃO PROVIDOS.

NULIDADE PROCESSUAL E AUSÊNCIA DE PREJUÍZO 1. Esclareça-se que o STJ já firmou o entendimento de que somente a nulidade que sacrifica os fins da justiça é que deve ser declarada, baseada no princípio *pas des nullités sans grief*.

2. Assim, eventual nulidade quanto à ausência de intimação da decisão que converteu o Agravo em Recurso Especial somente seria declarada se efetivamente demonstrado o prejuízo.

3. Enfim, "só produz nulidade quando demonstrado evidente prejuízo para uma das partes" (EDcl no AgRg no REsp 724.059/MG, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, DJ 3.4.2006, p. 252). Nesse sentido: AgRg na MC 25.519/DF, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 8/3/2016, AgRg no REsp 1.435.627/BA, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 14/11/2014, e AgRg no REsp 1.336.055/GO, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 14/8/2014.

CARGA HORÁRIA SEMANAL 4. No mais, verifica-se que não há omissão, contradição e obscuridade no acórdão embargado. Contudo, esclareça-se, com relação à alegação da embargante de que a soma da sua carga horária semanal é de 60 (sessenta) horas, que consta na ementa do acórdão do Tribunal de origem que a carga horária semanal é de 70 (setenta) horas, e dessa decisão a ora embargante não interpôs recurso, nem Embargos de Declaração para corrigir eventual erro.

5. Nesse sentido, demonstrou-se que a carga horária semanal da embargante é de 70 (setenta) horas, sendo, portanto, superior ao limite de 60 (sessenta) horas semanais.

6. "A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça já reconheceu a impossibilidade de cumulação de cargos de profissionais da área de saúde quando a

jornada de trabalho for superior a 60 horas semanais." (MS 21.844/DF, Rel. Ministro Og Fernandes, Primeira Seção, DJe 2/3/2017).

7. A propósito: AgRg no AREsp 635.757/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 13/5/2015, MS 19.336/DF, Rel.

Ministra Eliana Calmon, Rel. p/ Acórdão Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 14/10/2014, AgInt no AREsp 918.832/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 29/9/2016, REsp 1.483.176/SE, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 9/5/2017, AgInt no AgRg no AREsp 163.967/RJ, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 9/3/2017, AgInt no AREsp 956.564/SC, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 3/2/2017, AgInt no AREsp 976.311/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 29/11/2016, AgInt no REsp 1.539.049/RJ, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 21/11/2016, e REsp 1661930/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 10/5/2017.

8. A decisão recorrida encontra-se bem fundamentada, sendo certo que o órgão julgador não está obrigado a refutar um a um os argumentos das partes.

9. Os argumentos da embargante denotam mero inconformismo e intuito de rediscutir a controvérsia.

10. Embargos de Declaração rejeitados.

(EDcl no REsp 1642727/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/06/2017, DJe 20/06/2017)

Contudo, a Advocacia Geral da União, por meio do PARECER-PLENÁRIO Nº 01/2017/CNU-DECOR/CGU/AGU, de 29/03/2017, deu uma nova interpretação ao Parecer-AGU nº GQ-145, **possibilitando que no limite das 60 horas em caso de acumulação de cargos**, observe-se a

efetiva carga horária prestada pelo servidor quando este tenha sido autorizado por meio de legislação vigente.

Vejam:

II.IX Aplicação do limite de 60 horas aos servidores legalmente autorizados a cumprir carga horária reduzida em relação à carga horária prevista para o cargo

Em razão de ter o Parecer GQ-145 recebido, à época de sua edição, a aprovação da Presidência da República, nos termos do art. 40 da Lei Complementar nº 73/93, o entendimento proposto no item anterior somente entrará em vigor caso seja aprovado pela mesma instância do Poder Executivo federal. Faz-se necessária, portanto, por medida de precaução, a análise da segunda questão submetida a esta CNU/CGU, definindo-se se o limite de 60 (sessenta) horas para a acumulação de cargos se refere à jornada abstrata dos cargos públicos ou à jornada efetivamente exigida do servidor.

Trata-se, conforme visto, de controvérsia apontada pela CONJUR/MS, tendo em vista as hipóteses de servidores regularmente autorizados a realizar jornada de trabalho reduzida em relação à carga horária prevista para o cargo, sem redução da remuneração, a exemplo do que autoriza o Decreto nº 1.590/95. A problemática encontra-se devidamente equacionada no já mencionado Parecer nº 0961-2.3/2014/HTM/CONJUR-MP/CGU/AGU, no qual concluiu a CONJUR/MP, com base em leitura precisa do Parecer GQ-145, pela prevalência, para a finalidade destacada, da carga horária efetivamente exigida do servidor. Esse o teor do opinativo:

5. No que concerne inicialmente ao primeiro questionamento, é preciso compreender a situação.

Uma eventual diferença entre a Carga Horária do Cargo e a Jornada efetivamente cumprida pode decorrer de três situações, sendo a resposta distinta a depender de qual está presente no caso. São elas:

a) Existência de Ato Administrativo regular, fundamentado em Normativo específico que permite a modificação da jornada do cargo para uma jornada distinta excepcional (caso, por exemplo, do artigo 3º do Decreto nº 1590/95);

b) Mera Tolerância da chefia imediata (Art. 7º do Decreto nº 1590/95);

c) Descumprimento irregular, pelo servidor, da jornada de trabalho.

6. No primeiro caso, respondendo inclusive o questionamento da alínea "d" supra, a jornada a ser considerada é a resultante da mudança empreendida e não a jornada original do "cargo". No momento em que a Legislação abarca e legitima a exceção, em especial em sendo o mesmo decreto que prevê a carga horária básica de 40 horas, esta passa a ser autônoma em relação à regra principal. Em outras palavras, o cargo/função/emprego específico daquele agente público sob regime excepcional passa a ser de 30 horas, sendo essa a carga horária a ser considerada.

7. Tal conclusão é corroborada com a leitura do Parecer nº GQ-145/1998. Todo o parecer baseou-se na premissa de que seria faticamente impossível trabalhar de forma adequada por 80 horas, haja vista as necessidades biológicas do corpo humano. A compatibilidade de horários se centrou em uma análise fática, ainda que em caráter geral. Por isso, caso a jornada do mundo dos fatos, em situação autorizada e legitimada pela legislação, seja distinta da jornada a que normalmente se submete o

ocupante de referido cargo público, deve prevalecer a jornada efetiva, excepcional.

8. Ressalte-se, apenas, que, em se tratando de exceção, a concessão de tal regime especial deve se cingir à hipóteses previstas na legislação e deve ser precedida de justificativa robusta demonstrando tanto a presença dos requisitos normativos de que esta seria a opção mais eficiente (considerando eficiência não só como produtividade, mas também como vedação ao desperdício) a ser tomada no caso. Não se deve banalizar tal possibilidade utilizando-a apenas como forma de evitar a carga horária máxima de 60 horas.

9. No entanto, se a diferença entre a jornada esperada e a efetiva resultar de abonos ou de tolerância da chefia imediata, o referencial a ser considerado é o da Jornada Esperada (Carga Horária do Cargo). É que, ainda que haja a tolerância, ainda assim se presume que o servidor está, pelo menos, a disposição do respectivo órgão ou entidade pela integralidade da Carga Horária Prevista. Considerando que o costume não é apto a modificar, dessa forma, o regime jurídico do servidor, a tolerância da chefia imediata representa um irrelevante jurídico.

10. Por fim, se a diferença entre a jornada efetiva e a jornada prevista for irregular, então a solução é a instauração de Procedimento Administrativo Disciplinar para aplicação das penalidades respectivas, não sendo possível sequer vislumbrar qualquer possibilidade remota de essa conduta mudar, ainda que minimamente, os parâmetros para aferição da compatibilidade de horários. O Servidor não pode se beneficiar de sua própria torpeza.

Assim sendo, é de se recomendar, na mesma linha do posicionamento adotado pela CONJUR/MP no Parecer nº 0961-2.3/2014/HTM/CONJUR-MP/CGU/AGU, a adoção do entendimento de que, para o servidor público autorizado, nos termos da legislação vigente, a cumprir carga horária reduzida em relação à carga horária prevista para o cargo, deve ser levada em consideração, para a finalidade da limitação da jornada de trabalho total dos cargos acumulados em 60 (sessenta) horas, a carga horária efetivamente exigida do servidor.

Nesse sentido, ainda é oportuno citar o **PARECER REFERENCIAL n. 00029/2017/CONJUR-MS/CGU/AGU**, in verbis:

NUP: 25000.091593/2017-92

INTERESSADOS: CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE (CONJUR/MS)

ASSUNTOS: ACUMULAÇÃO DE CARGOS

EMENTA:

I. Parecer referencial. Orientação Normativa nº 55, de 23 de maio de 2014, do Advogado-Geral da União. Dispensabilidade de análise individualizada de processos que envolvem matéria idêntica e recorrente e que se amoldam aos termos da manifestação referencial. Enquadramento no conceito e demonstração dos requisitos pertinentes.

II. Conflito interpretativo sobre o que deve prevalecer na consideração da acumulação de cargos, constitucionalmente permitida: a jornada abstrata do cargo ou a efetivamente prestada pelo servidor (dentro das hipóteses legais). Aplicação nesta Pasta da interpretação dada pelo PARECER-PLÊNARIO Nº 01/2017/CNU-DECOR/CGU/AGU, de 29/03/2017 ao

Parecer GQ nº 145/98, a fim de se considerar a jornada efetiva do servidor, legalmente autorizada.

III. Possibilidade de acumulação de cargos, avaliando-se a jornada efetiva do servidor (permitida por ato normativo), desde que não ultrapasse 60 (sessenta) horas, enquanto não modificado o Parecer GQ nº 145 ou no caso de não vir a sê-lo.

IV. Este Parecer Referencial será aplicado nos casos em que, **conjuntamente**,: (a) houver acumulação de cargos, **nas hipóteses permitidas constitucionalmente**, conforme o inciso XVI do artigo 37 da Constituição da República; (b) houver diferença entre a jornada abstrata do cargo e a efetivamente prestada pelo servidor (**dentro das hipóteses legais**), sendo que o cálculo da jornada total do servidor considerará, necessariamente, a carga horária efetiva, **permitida por ato normativo**, para os referidos cargos, e (c) a soma das cargas horárias **efetivas dos cargos acumulados não ultrapassar 60 (sessenta) horas**, enquanto não modificado o Parecer GQ nº 145, ou no caso de não vir a sê-lo.

3- CONCLUSÃO:

Portanto, como regra, não há compatibilidade de horários quando servidor público, em acúmulo de cargos públicos, está submetido a jornada de trabalho superior ao limite de 60 horas semanais impostos nos termos do Parecer GQ-145/98 da AGU, entendimento esse seguido pelo STJ.

Excepcionalmente, nos termos do PARECER-PLENÁRIO Nº 01/2017/CNU-DECOR/CGU/AGU, de 29/03/2017, possibilita-se que **no limite das 60 horas em caso de acumulação de cargos**, observe-se a efetiva carga horária prestada pelo servidor quando este tenha sido autorizado por meio **de legislação vigente e que o ato seja devidamente motivado**.

[1]Manual de Processo Administrativo Disciplinar CGU, Página 510.